



*Recenzenta:*

zasl. prof. dr. Ada Polajnar Pavčnik  
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

prof. dr. Rajko Knez  
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

*Stvarno kazalo:*

Neža Šubic, univ. dipl. prav.

© IUS SOFTWARE, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2015.  
Vse pravice pridržane. Brez predhodnega pisnega dovoljenja IUS SOFTWARE so prepovedani reproduciranje, distribuiranje, dajanje v najem, dajanje na voljo javnosti (internet) in druge oblike javne priobčitve, predelava ali vsaka druga uporaba tega avtorskega dela ali njegovih delov v kakršnemkoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem ali shranitvijo v elektronski obliki. Odstranitev tega podatka je kazniva.

CIP – Kataložni zapis o publikaciji  
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

366.5:34  
32:366.5

PRAVO in politika sodobnega varstva potrošnikov / [avtorji Meta Ahtik ... et al.] ; urednika Ana Vlahek in Matija Damjan ; [stvarno kazalo Neža Šubic]. – 1. natis. – Ljubljana : IUS Software, GV Založba, 2015

ISBN 978-961-247-317-4  
1. Ahtik, Meta 2. Vlahek, Ana  
281553408

# PRAVO IN POLITIKA SODOBNEGA VARSTVA POTROŠNIKOV

*Urednika*

Ana Vlahek  
Matija Damjan

**IUS SOFTWARE®**



Založba

**ij inštitutzaprimerjalnopravo**



Pravna fakulteta  
Univerza v Ljubljani



# AVTORJI

Meta Ahtik

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica ekonomskih znanosti, docentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, vodja odseka Implementacija makrobonitetne politike na Banki Slovenije*

Samo Bardutzky

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, raziskovalec na Pravni fakulteti Univerze v Kentu*

Jaka Cepec

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, asistent na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani*

Matija Damjan

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, raziskovalec na Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani*

Gregor Dugar

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

Andreja Fakin

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorska kandidatka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

Aleš Galič

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

Peter Grilc

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

Mojca Ilešič

*univerzitetna diplomirana pravnica, LL.M. (Amsterdam), pripravnica v odvetniški pisarni Wolf Theiss – Podružnica v Sloveniji*

Miha Juhart

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, dekan Pravne fakultete Univerze v Ljubljani*

- Boštjan Koritnik  
*univerzitetni diplomirani pravnik, asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, tajnik Pravne fakultete Univerze v Ljubljani*
- Simona Kotnik  
*univerzitetna diplomirana ekonomistka, magistrska kandidatka na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani*
- Mitja Kovač  
*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih in ekonomskih znanosti (Utrecht), docent na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani*
- Jerca Kramberger Škerl  
*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, D.E.A. (Poitiers), docentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*
- Luka Markelj  
*univerzitetni diplomirani pravnik, odvetniški kandidat pri odvetniku Antonu Preglju v Ljubljani*
- Špelca Mežnar  
*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, docentka na Mednarodni fakulteti za družbene in poslovne študije v Celju in odvetniška kandidatka v odvetniški družbi Vrtačnik v Ljubljani*
- Damjan Možina  
*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, LL.M. (Humboldt) izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*
- Klemen Podobnik  
*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, LL.M. (Columbia), izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, predstojnik Katedre za civilno pravo na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*
- Neža Pogorelčnik Vogrinc  
*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*
- Tilen Štajnpihler  
*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*
- Ana Vlahek  
*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, docentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*
- Katarina Zajc  
*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica ekonomskih znanosti (George Mason), LL.M. (Yale), redna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

## Spremna beseda

Specialna pravna ureditev razmerij med podjetji in fizičnimi osebami, ki nastaja zlasti zaradi zakonodajne aktivnosti Evropske unije, je v zadnjih desetletjih korenito spremenila klasično obligacijsko pravo. Pri pravnih poslih in drugih pravnih razmerjih med podjetji in potrošniki imajo določbe specialne potrošniške zakonodaje (zakona o varstvu potrošnikov, zakona o potrošniških kreditih, zakona o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami idr.) prednost pred splošnimi pravili Obligacijskega zakonika in drugimi splošnimi akti zasebnega prava in od njih mestoma precej odstopajo. Pri njihovi uporabi je treba marsikdaj upoštevati tudi obsežno prakso Sodišča Evropske unije, ki razlaga določbe potrošniških direktiv in drugega relevantnega prava Evropske unije.

Potrošniško pravo danes ni več ozka pravna panoga, s katero bi se ukvarjali le specializirani pravniki in potrošniške organizacije, temveč gre za integralni del zasebnega prava, ki ga mora v temeljih poznati vsak pravnik. V obligacijskem pravu zaradi nekaterih posebnosti urejanja razmerij glede na subjekte, ki vstopajo vanje, namesto klasičnega dualizma »navadnih civilnih« in gospodarskih pogodb že lahko govorimo o trializmu »navadnih civilnih« (t. i. C2C – *consumer to consumer*), gospodarskih (t. i. B2B – *business to business*) in potrošniških (t. i. B2C – *business to consumer*) pogodb. Posebne pravice potrošnikov in ustrezne obveznosti podjetij se nanašajo na predpogodbeno fazo, fazo sklenitve pogodbe, vprašanje veljavnosti pogodbe, razlago, izpolnitev in kršitev pogodbe. Nekaterih tipov pogodb, ki od stranke zahtevajo visoko raven ekonomskega in pravnega znanja, potrošnik zaradi uporabe varovalnih norm sploh ne more veljavno skleniti. Ne gre le za pogodbeno pravo: pravila ZVPot o proizvajalčevi odgovornosti za nevarne lastnosti proizvoda npr. izključujejo uporabo pravil OZ o produktni odgovornosti. Nekatera od pravil »potrošniške« zakonodaje so v slovenskem pravu zasnovana tako, da se uporabljajo tudi zunaj razmerij B2C. Dejstvo, da gre za spor med podjetjem in potrošnikom, pa vpliva tudi na uporabo procesnih pravil, ki urejajo način reševanja takšnega spora. Pravila o mednarodni pristojnosti in merodajnem pravu omejujejo tveganje, da bi se moral potrošnik spuščati v postopke v tuji državi in po tujem pravu. Kmalu bo uveljavljen poseben zakon o

izvensodnem reševanju potrošniških sporov, nekatera posebna pravila za potrošniške spore pozna tudi slovensko arbitražno pravo. Vrednost spora v razmerjih B2C je pogosto nizka, zaradi česar sodišča velikokrat odločajo po posebnih pravilih pravnega postopka v sporih majhne vrednosti, zaradi razpršenosti škode, ki jo potrošnikom povzročijo podjetja, in nizke vrednosti ali pomena posameznega spora pa je vse bolj aktualno tudi urejanje kolektivnega varstva potrošnikov. Posebno vprašanje je tudi razmerje med varstvom potrošnikov v upravnih in sodnih postopkih.

Pravila potrošniškega prava veljajo za večino poslov, ki jih fizične osebe sklepamo vsak dan, vse od nakupa jabolka, suknjiča ali knjige, obiska kemične čistilnice in odprtja varčevalnega računa do nakupa letalske vozovnice ali nepremičnine, naročila gradbenih del in sklenitve pogodbe o stanovanjskem kreditu. Potrošniški pravni posli so tako v praksi pravzaprav najpogostejša vrsta pravnega posla. Kljub temu je poznavanje te ureditve med pravniki ter med potrošniki in podjetji samimi pri nas pogosto pomanjkljivo. Pojavlja se npr. zmotno prepričanje, da se varstvo potrošnikov lahko uveljavlja le v upravnih postopkih tržnega inšpektorata, ne pa tudi v civilni pravdi. Sodnih odločb s tega področja je presenetljivo malo, prav tako tudi domače pravne literature.

Z namenom zapolniti to vrzel in predvsem opozoriti na pomanjkljivosti veljavne potrošniške zakonodaje in njenega poznavanja ter uporabe v slovenskem (pravnem) prostoru, smo raziskovalci Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani in Pravne fakultete Univerze v Ljubljani v okviru raziskovalnega projekta z naslovom *Reforma prava varstva potrošnikov v Republiki Sloveniji* analizirali aktualno stanje slovenskega in evropskega potrošniškega prava ter posledice uporabe posebnih pravil na posameznih področjih, kjer se pojavljajo odprta vprašanja. Rezultat našega raziskovalnega dela in dela nekaterih sodelavcev z drugih institucij je tudi monografija, v kateri so obravnavani tako temelji prava varstva potrošnikov kot nekateri aktualni procesnopravni in materialnopravni vidiki varstva potrošnikov. Upava, da bo delo pripomoglo k povečanju zavedanja o pomenu pravil varstva potrošnikov v sodobnem pravnem redu in k ustrežnejši uporabi teh pravil v praksi.

doc. dr. Ana Vlahek

doc. dr. Matija Damjan



# Kazalo

<b>I. Temelji prava varstva potrošnikov</b>	
Kriza slovenskega prava varstva potrošnikov .....	13
<i>Damjan Možina</i>	
Potrošniško pravo: med državnim in naddržavnim .....	31
<i>Samo Bardutzky</i>	
Nelojalna konkurenca in potrošniško pravo – nadgradnja, erozija, nova paradigma? .....	47
<i>Peter Grilc</i>	
Prepoved diskriminacije v pravu varstva potrošnikov .....	67
<i>Tilen Štajnpihler</i>	
Opredelitev pojma potrošnik v pogodbenem pravu EU .....	111
<i>Jaka Cepec</i>	
Varstvo majhnih in srednjih podjetij v okviru potrošniškega prava ..	133
<i>Mojca Ilešič</i>	
<b>II. Pravnoekonomska funkcija varstva potrošnikov</b>	
Ekonomska smiselnost predpisov na področju varstva potrošnikov	157
<i>Katarina Zajc, Luka Markelj</i>	
Zavajajoče označevanje živil, behavioristična ekonomija in varovanje potrošnikov .....	183
<i>Mitja Kovač, Simona Kotnik</i>	
Korist potrošnika kot skupni cilj in enovit standard presoje v pravu varstva potrošnikov in konkurenčnem pravu? .....	213
<i>Klemen Podobnik</i>	

**III. Procesnopravni vidiki varstva potrošnikov**

Mednarodna pristojnost za reševanje potrošniških sporov .....	225
<i>Aleš Galič</i>	
Implementacija Direktive 2013/11 o alternativnem reševanju potrošniških sporov v slovenski pravni red .....	251
<i>Neža Pogorelčnik Vogrinc</i>	
Obrazložitev sodbe in pritožba v sporu majhne vrednosti .....	283
<i>Jerca Kramberger Škerl</i>	
Uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov za znižanje plačila po OZ in ZVPot v sodni praksi – je res potrebno razlikovanje? .....	305
<i>Špelca Mežnar</i>	
Uveljavljanje znižanja kupnine in drugih jamčevalnih zahtevkov ....	321
<i>Damjan Možina</i>	

**IV. Materialnopravni vidiki varstva potrošnikov**

Ureditev predpogodbениh dolžnosti informiranja pri potrošniški prodaji blaga v Sloveniji .....	335
<i>Andreja Fakin</i>	
Varstvo potrošnikov pri prodaji (nakupu) bivalnih nepremičnin. ....	365
<i>Miha Juhart</i>	
Jamstvo za vloge kot instrument varstva potrošnikov .....	383
<i>Meta Ahtik</i>	
Krediti v švicarskih frankih: čigave so težave? .....	407
<i>Boštjan Koritnik</i>	
Pravice potnikov pri zamudi leta .....	427
<i>Gregor Dugar</i>	
Varstvo potrošnikov pri osebnih zavarovanjih obveznosti. ....	445
<i>Ana Vlahek, Matija Damjan</i>	
Povzetki .....	475
Abstracts .....	487
Stvarno kazalo .....	499

# I.

## Temelji prava varstva potrošnikov

Kriza slovenskega prava varstva potrošnikov

*Damjan Možina*

Potrošniško pravo: med državnim in naddržavnim

*Samo Bardutzky*

Nelojalna konkurenca in potrošniško pravo – nadgradnja, erozija, nova paradigma?

*Peter Grilc*

Prepoved diskriminacije v pravu varstva potrošnikov

*Tilen Štajnpihler*

Oprelitev pojma potrošnik v pogodbenem pravu EU

*Jaka Cepec*

Varstvo majhnih in srednjih podjetij v okviru potrošniškega prava

*Mojca Ilešič*



# Kriza slovenskega prava varstva potrošnikov

Damjan Možina

## 1. Uvod

Posebna pravna regulacija nekaterih vidikov pogodbenih, pa tudi drugih obligacijskih razmerij, v katerih je na eni strani podjetje, na drugi pa fizična oseba – končni porabnik blaga in storitev –, je v zadnjih desetletjih korenito spremenila klasično obligacijsko pravo. Naraščajoča regulacija teh razmerij, ki jih v angleščini označujemo z izrazom *business-to-consumer* (B2C), je v veliki meri rezultat zakonodajne aktivnosti EU.

Še nedolgo nazaj smo se ukvarjali z vprašanjem, ali naj bodo t. i. gospodarska pogodbenega razmerja (poenostavljeno: razmerja med podjetji, B2B) urejena na enak način in v istem zakonu kot t. i. civilna (tj. negospodarska) pogodbenega razmerja.<sup>1</sup> Obligacijski zakonik je sprejel načelo enotnosti (monizma), a je za gospodarske pogodbe predvidel nekaj odstopanj. Teh odstopanj je neprimerno več na področju potrošniških razmerij (B2C), zato se zdi, da je bolj kot o »gospodarskem pogodbenem pravu« upravičeno govoriti o »potrošniškem pogodbenem pravu«. Posebne pravice potrošnikov in ustrezne posebne obveznosti podjetij nasproti njim se nanašajo na predpogodbena fazo, fazo sklenitve pogodbe, vprašanje veljavnosti pogodbe, razlago, izpolnitev in kršitev pogodbe, skratka zaobjemajo večino pogodbenega prava.

Danes ne moremo več govoriti o dualizmu »civilnega« in gospodarskega pogodbenega prava (oziroma monizmu z izjemami), ampak, nekoliko nenatančno, o trializmu, pri čemer je tretji del potrošniško pogodbeno pravo, medtem ko čisto »civilno« pravo, ki ni modificirano niti s potrošniškim (B2C) niti z gospodarskim pravom (B2B), danes ureja le še razmerja med fizičnimi osebami (C2C).<sup>2</sup> Poleg tega ne gre le za posebno ureditev pogodbenih, ampak tudi za posebno ureditev nekaterih nepogodbenih razmerij B2C.

---

<sup>1</sup> Glej npr. Ilešič, str. 43.

<sup>2</sup> Ne »dualizem« ne »trializem« nista najbolj natančni označbi, kajti klasični obligacijski instituti, pa čeprav mestoma modificirani, se uporabljajo v vseh konstelacijah.

Kljub svojemu obsegu in pomenu – gre namreč za izrazito množična pravna razmerja – pa je ta del prava v Sloveniji nekako zapostavljen. Sodnih odločb s tega področja je presenetljivo malo, prav tako tudi pravne literature. Poznavanje tega področja med pravniki je na nizki ravni. Zakonodaja je nepregledna in deloma izhaja iz zastarelih konceptov. V prispevku predstavljam nekatere izmed teh težav, s katerimi se pravo varstva potrošnikov sooča v Sloveniji, in skušam poiskati vzroke zanje.<sup>3</sup>

## 2. Na kratko o pravu varstva potrošnikov

Že od rimskega prava naprej vsak razvit pravni red na določen način varuje kategorije končnih zasebnih uporabnikov blaga in storitev. O sistematičnem pravnem varstvu potrošnikov se je začelo govoriti leta 1962, ko je J. F. Kennedy v svojem govoru v ameriškem kongresu opredelil pet osnovnih področij varstva interesov potrošnikov: pravico do varstva zdravja in varstva pred nevarnimi proizvodi, pravico do informiranja, pravico do varstva pred zavajanjem, varstvo ekonomskih interesov potrošnikov in učinkovito pravno varstvo.<sup>4</sup> Te pravice so v grobem postale bistvene točke preteklih evropskih programov za varstvo potrošnikov in so danes v veliki meri uresničene v pravu EU.<sup>5</sup> Pravo varstva potrošnikov združuje predpise civilnega in javnega prava ter nekatere nepravne ukrepe. V drugi polovici 20. stoletja je v civilnem pravu prodrlo spoznanje, da v okoliščinah klasične, na liberalizmu in osebni svobodi ter odgovornosti zasnovane pogodbene avtonomije prihaja do nekaterih strukturnih motenj pogodbenega ravnovesja, ki ovirajo uveljavljanje interesov velikega dela tržnih udeležencev, zato je treba pogodbeno avtonomijo omejiti.<sup>6</sup> K odpravi strukturnih motenj pa bistveno pripomore tudi delujoča konkurenca na trgu, ki je predmet posebnega varstva v okviru protimonopolnega (konkurenčnega) prava.

<sup>3</sup> Spremenjena in posodobljena različica prispevka Možina (2012, Kaj ...).

<sup>4</sup> Kennedy.

<sup>5</sup> Gre za programa o varstvu potrošnikov iz let 1875 in 1981, ki sta že uresničena. Več: Micklitz. Varstvo zdravja se zagotavlja s predpisi o nadzoru živil, zdravil in drugih proizvodov, varstvo pred nevarnimi proizvodi z določbami o nadzoru varnosti proizvodov ter odgovornostjo proizvajalca za nevarne proizvode, informiranju in varstvu pred zavajanjem služijo določbe o varstvu pred nepoštenimi poslovnimi praksami ter predpisi o označevanju cen, varstvo ekonomskih interesov se zagotavlja s posebno pravno ureditvijo sklepanja nekaterih vrst pogodb, učinkovito pravno varstvo pa zajema določbe o kolektivnem pravnem varstvu, varstvu potrošnika v mednarodnem zasebnem in procesnem pravu ter alternativno reševanje sporov.

<sup>6</sup> Glej Možina v: Juhart in drugi, str. 54. Vzroke za strukturne motnje je mogoče razdeliti v tri skupine: bistveno različen ekonomski položaj strank, informacijsko neravnovesje ter psihološki razlogi.

Za današnje pravo varstva potrošnikov v Evropi je značilna pristojnost EU, ki (predvsem) z direktivami postopoma spreminja nacionalno pravo.<sup>7</sup> Direktive potrošniških civilnopравnih razmerij ne urejajo celovito, ampak se lotevajo le nekaterih posameznih problemskih sklopov v pravnih razmerjih med podjetji in potrošniki (B2C).<sup>8</sup> Velik del materialnih varstvenih določb v civilnem pravu se nanaša na obveznosti podjetja glede seznanjanja potrošnika z določenimi informacijami pred sklenitvijo pogodbe in ob njej, v nekaterih primerih pa je potrošnik varovan tudi s pravico, da si v določenem roku premisli in prekliče sklenjeno pogodbo (od nje odstopi). Globlje v obligacijsko pravo posegata kogentni ureditvi nepoštenih pogojev (splošni pogoji poslovanja) ter pravic potrošnika v prodajni pogodbi. Zunaj pogodbenega prava je najpomembnejše področje varstva odškodninska odgovornost proizvajalca za nevarne proizvode. Pravo varstva potrošnikov danes zavzema pomemben del obligacijskega prava. Ob tem velja opozoriti, da evropski zakonodajalec zlasti v zadnjem času nekoliko spreminja svoj koncept pravnega urejanja: medtem ko večina direktiv sledi načelu minimalne harmonizacije, ki državam članicam omogoča manevrski prostor pri prenosu, je Direktiva 2011/83 o pravicah potrošnikov<sup>9</sup> namenjena popolni harmonizaciji, kjer odstopanja v pravu držav članic niso mogoča, vendar je področje uporabe te direktive bistveno ožje, kot nakazuje njen naslov (prodaja na daljavo in izven poslovnih prostorov). Posebno varstvo potrošnik uživa na področju evropskega civilnega procesnega prava, zlasti z vidika mednarodne pristojnosti sodišč,<sup>10</sup> ter evropskega mednarodnega zasebnega prava.<sup>11</sup>

Že jugoslovansko pravo je poznalo nekatere institute varstva potrošnikov, čeprav niso temeljili na pojmu potrošnika in niso bili omejeni na razmerje med potrošnikom in podjetjem (B2C). V ZOR (1978) so bili takšni instituti denimo odškodninska odgovornost proizvajalca za proizvod, ureditev splošnih pogojev poslovanja ter garancija za brezhibno delovanje.<sup>12</sup> Enako velja za današnji slovenski OZ (2001), v katerega je bila brez sprememb prenesena velika večina določb ZOR, vključno z omenjenimi instituti.

<sup>7</sup> Glej 169. člen PDEU.

<sup>8</sup> Glej pregled pri Možina (2008).

<sup>9</sup> Direktiva 2011/83/EU z dne 25. oktobra 2011, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta, Uradni list L 304/64.

<sup>10</sup> Glej t. i. Uredbo Bruselj I v aktualni različici – Uredbo št. 1215/2012 dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah.

<sup>11</sup> Glej t. i. Uredbo Rim I – Uredbo št. 593/2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja.

<sup>12</sup> Garancija je bila urejena tudi v Zakonu o standardizaciji. O zgodovini ureditve garancije glej Možina (2009).

Temeljni predpis v Sloveniji, ki vsebuje določbe o varstvu potrošnikov, je Zakon o varstvu potrošnikov. Sprejet je bil v letu 1998,<sup>13</sup> pozneje pa velikokrat spremenjen, najboljšežnje v letu 2002,<sup>14</sup> ko je bila vanj prenesena vsebina večine evropskih potrošniških direktiv. Zasnovan je kot *lex specialis* glede na splošno obligacijsko pravo: posebne pravice potrošnika po ZVPot imajo prednost, v ostalem pa se uporablja OZ.<sup>15</sup> Potrošniške pravice pri potrošniški kreditni pogodbi ureja Zakon o potrošniških kreditih, ki je bil sprejet v letu 2000,<sup>16</sup> zdaj pa velja v različici iz leta 2010 (ZPotK-1).<sup>17</sup> Nekatere vidike kogentnega varstva kupca pri prodaji nepremičnin ureja Zakon o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb (ZVKSES),<sup>18</sup> ki ni rezultat prenosa evropskega prava, ampak specifičen predpis, ki odgovarja na težave kupcev v slovenskem prostoru. Varstvu potrošnika v razmerju do podjetja je namenjen tudi Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami, ki ne sodi v obligacijsko pravo, ampak v pravo nelojalne konkurence.<sup>19</sup>

### 3. Kaj je narobe s pravom varstva potrošnikov v Sloveniji

ZVPot ureja pravna razmerja med podjetji in potrošniki (B2C), ki so izrazito množična. Velika večina posameznikov (fizičnih oseb, ki delujejo za namene izven svoje poklicne ali pridobitne dejavnosti) dnevno sklepa pogodbe s podjetji in tako zadovoljuje vrsto svojih potreb. To niso le nakupi hrane, obleke, dnevnih časopisov ali frizerskih storitev, ampak tudi npr. nabave večjih gospodinjskih aparatov, rabljenih ali novih avtomobilov, stanovanj, zahtevnejših storitev, skratka dobrin, katerih vrednost je dovolj visoka, da posameznik ob morebitnem nezadovoljstvu s transakcijo ne more preprosto zamahniti z roko in oditi v drugo trgovino.

Zato bi pričakovali, da bo ZVPot v praksi postal pomemben predpis. Vendar pa ni tako. Pregled dostopne sodne prakse pokaže, da je bilo v sedemnajstih letih veljavnosti ZVPot na njegovi podlagi izdanih razmeroma malo sodnih odločb. Enako velja za ZPotK-1. Število odločb seveda ni edini kazalnik pomena predpisov, vseeno pa kaže na določeno težo v sodni praksi. Nobenega dvoma ne more biti, da si izjemno majhnega števila sodnih odločb ne moremo razlagati s tem, da so slovenski potrošniki s transakcijami (skoraj) vedno zadovoljni. Bolj verjetno

<sup>13</sup> Uradni list RS, št. 20/1998.

<sup>14</sup> Uradni list RS, št. 110/2002.

<sup>15</sup> Glej četrty odstavek 37. člena ZVPot.

<sup>16</sup> Uradni list RS, št. 70/2000, 41/2004, 111/2007.

<sup>17</sup> Uradni list RS, št. 59/2010, 77/2011, 30/2013.

<sup>18</sup> Uradni list RS, št. 18/2004.

<sup>19</sup> Uradni list RS, št. 53/2007.



je, da se kljub nezadovoljstvu ne odločajo za sodno varstvo zaradi predolgega trajanja postopka, nezaupanja v sodstvo in drugih razlogov.

Da utegne biti s pravom varstva potrošnikov v Sloveniji nekaj narobe, pa ne nakazuje le število, ampak tudi kakovost sodnih odločb. Iz posameznih med njimi namreč izhaja, da sodišča ZVPot ne poznajo niti v obrisih, njegovega razmerja do OZ pa ne razumejo. Tako je npr. Višje sodišče v Mariboru v odločbi, za katero se zdi, da je postala pravnomočna, navedlo, da naj bi se določbe ZVPot uporabljale le v upravnem postopku pri pristojnem inšpektoratu, medtem ko naj se na ZVPot pred rednim sodiščem ne bi bilo mogoče sklicevati, saj naj bi bil relevanten predpis edino OZ.<sup>20</sup> Sodišče je torej zaradi svojega nepoznavanja prava zavrnilo uporabo pomembnega dela veljavnega prava.

Odkar je Slovenija članica EU, za uporabo večjega dela ZVPot, kjer gre za prenos vsebine evropskih direktiv, ni relevantno le zakonsko besedilo, ampak tudi besedilo direktiv in sodna praksa Sodišča EU (načelo skladne razlage). Kljub temu se slovenska sodišča pri uporabi ZVPot na evropske direktive ali sodne odločbe doslej sploh niso veliko sklicevala.<sup>21</sup>

Zato ne preseneča, da – drugače kot v drugih »novih« državah članicah EU – predhodnega vprašanja Sodišču EU s področja varstva potrošnikov slovenska sodišča še niso poslala. To kaže tudi na to, da evropsko pravo slabo poznamo in malo uporabljamo. To je le nekaj kazalnikov stanja na področju prava varstva potrošnikov, za katero po mojem mnenju lahko uporabimo izraz kriza. Kakšni so razlogi zanjo?

#### 4. Slabo delovanje sodišč in slabo poznavanje prava varstva potrošnikov med pravniki

Pri razlagi majhnega števila sodnih odločb na podlagi ZVPot moramo najprej upoštevati ovire potrošnika pri dostopu do sodišča. Pravdanje stane in cena sodnega postopka utegne marsikaterega potrošnika odvrniti od uveljavljanja pravic. K temu moramo dodati še notorično dolgotrajnost sodnih postopkov in negotovost izida ter nizko stopnjo zaupanja v delo slovenskih sodišč. Vprašanja, povezana s procesnopравnim varstvom potrošnikov ter z alternativnimi načini reševanja potrošniških sporov, seveda zaslužijo samostojno obravnavo in prese-gajo okvire tega prispevka.

<sup>20</sup> Glej VSM sklep I Cp 1902/2010 z dne 17. 3. 2011.

<sup>21</sup> Glej Schulte-Nölke, Twigg-Flesner in Ebers. Izjema je odločba Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 160/2013 z dne 23. 4. 2015.

Ocenjujem pa, da so razlogi za majhno število odločb tudi drugje. Eden od razlogov je gotovo slabo poznavanje potrošniške zakonodaje med slovenskimi pravniki, vključno s sodniki. Razlogi za to so tudi v izobraževanju pravnikov. Tu ne mislim le na pomanjkanje uporabne strokovne literature v slovenskem jeziku. ZVPot sploh ni vključen v program za pravniški državni izpit (!); uradni seznam pravnih virov in literature za ta izpit ZVPot do pred kratkim sploh ni omenjal,<sup>22</sup> aktualni seznam pa napotuje nanj le glede »ureditve sodnega varstva«. <sup>23</sup> Kandidatu za pravniški državni izpit torej po mnenju Ministrstva za pravosodje, ki ta izpit pripravlja in izvaja, ni treba poznati integralnih delov prava prodajne pogodbe, celotnega prava splošnih pogojev poslovanja, prava odškodninske odgovornosti proizvajalca za nevaren proizvod, pravne ureditve garancije za brezhibno delovanje prodane stvari in drugih pravnih področij, katerih ključni deli so urejeni v ZVPot. Da so tako pomembna pravna področja izpuščena iz programa za pravniški državni izpit, samo po sebi govori o skrb zbujujočem stanju na Ministrstvu za pravosodje. Zato se ne smemo čuditi, če tega dela slovenskega prava, kaj šele njegove povezave z evropskim pravom, številni pravniki ne poznajo. Še več, ker ZVPot omenjena razmerja ureja kot *lex specialis*, kandidati pa morajo poznati le ureditev v OZ, ki jo ZVPot na svojem področju uporabe derogira, se kandidati, med njimi tudi bodoči sodniki in odvetniki, učijo »napačno« pravo. Zdi se torej, da zgoraj omenjena nenavadna odločba Višjega sodišča v Mariboru ni le posamičen spodrsrljaj, ampak posledica sistemske pomanjkljivosti.

## 5. Nepregleden in nejasen zakon

Z nomotehničnega vidika je ZVPot izjemno slab predpis. Tudi za pravnika, ki pozna področje, je njegovo besedilo težko razumljivo. K temu prispevajo nelogična zakonska sistematika, nepreglednost in nejasnost besedila posameznih členov, pa tudi nizka jezikovna kultura. Da bi zakon prebral, razumel in uporabljal povprečen potrošnik, je tako rekoč izključeno. Slaba razumljivost je mestoma tudi rezultat prenosa zakonodaje EU, ki prav tako ni najboljše kakovosti (pogosto je tudi nerodno in deloma napačno prevedena v slovenski jezik), a bi jo bilo mogoče brez večjih težav implementirati na razumljivejši način.

Pomanjkljivost sistematike razkrije že struktura zakona. Poglavja si sledijo brez reda. Tako npr. splošnim določbam sledi poglavje o neposlovni odškodninski odgovornosti proizvajalca za izdelek, temu pa poglavje o oglaševanju, ki nima

<sup>22</sup> Glej Možina (2008).

<sup>23</sup> Dostopen na internetnih straneh Ministrstva za pravosodje in javno upravo: [http://www.mpju.gov.si/fileadmin/mpju.gov.si/pageuploads/CIP/Seznam\\_pravnih\\_virov\\_in\\_literature\\_za\\_pravniški\\_drzavni\\_izpit.pdf](http://www.mpju.gov.si/fileadmin/mpju.gov.si/pageuploads/CIP/Seznam_pravnih_virov_in_literature_za_pravniški_drzavni_izpit.pdf) (15. 8. 2015).

zveze z obligacijskim pravom; sledi zopet obligacijskopravno poglavje o garanciji, ki bi sicer spadala k prodaji blaga, nato pogodbeni pogoji ter najboljše poglavje o prodaji blaga in opravljanju storitev. Sledita poglavji o nosilcih in nacionalnem programu varstva potrošnikov, nato pa poglavje o inšpekcijskem nadzoru in upravnih ukrepih, poglavje o »premoženjskopravnem varstvu« (katerega naslov je zavajajoč, saj omenja le zahtevek na opustitev nekaterih ravnanj, možnost kolektivnega zastopanja potrošnikov, ne pa bistvenega: da lahko potrošnik zahteva premoženjsko sodno varstvo v civilnem sodnem postopku), obsežne kazenske določbe ter prehodne in končne določbe.

Če denimo želimo izvedeti, v čem ZVPot spreminja splošno ureditev OZ glede zamude kot osrednje kršitve pogodbe, se znajdemo v težavah. Prvo določbo o zamudi potrošnika najdemo kar v poglavju o splošnih določbah (člen 3 (2) ZVPot). Pomembne določbe o zapadlosti obveznosti podjetja ter o nekaterih, ne pa vseh posledicah zamude sledijo v poglavju o prodaji blaga in opravljanju storitev (člen 25a ZVPot). V istem poglavju pa v nadaljevanju najdemo še druge določbe o izpolnitvi (člen 27 ZVPot) in zamudi potrošnika (člen 27a ZVPot).

Tudi osnovna zasnova ZVPot ni najbolj jasna: po členu 1 (29) ZVPot pravice potrošnika po tem zakonu »ne posegajo« v njegove pravice po splošnih pravilih obligacijskega prava. V resnici te določbe seveda močno posegajo v pravice po splošnih pravilih, kajti ZVPot je *lex specialis* glede na OZ; določbe ZVPot na področju njihove veljave derogirajo določbe OZ; te se uporabljajo le tam in v tistem obsegu, kjer posebnih določb ZVPot ni.<sup>24</sup>

ZVPot je bil predmet pogostih sprememb; njihova skupna značilnost je, da se je pripravljavec sprememb osredotočil predvsem na svoj neposredni cilj, praviloma prenos kakšne direktive EU, manj pa na siceršnjo vsebino in sistematiko zakona. Pri spremembah je zakonodajalec včasih dodajal nove člene, tako da je številki dodal še črko, kar gotovo ne prispeva k preglednosti. Tako npr. obstaja kar deset različic člena 57, poleg člena 57 brez črke še členi 57 od a do h. Z novelo ZVPot-F v letu 2014 je preglednost zakona v tem smislu padla na novo najnižjo raven v slovenskem pravu. Zakonodajalec, ki je bil že ob prejšnjih novelah vrival nove določbe med obstoječe tako, da je k številki dodal še črko, npr. »43č«, je želel v že sicer slabo pregledno besedilo vriniti še nove določbe. Pomagal si je tako, da je pred številko člena preprosto dodal še črko: členu »43c« tako sedaj sledi člen »a43č«, njemu člen »43č«, nato pa člena »a43d«, in »b43d«, za njima

<sup>24</sup> Prednost ZVPot velja v primeru določb o odgovornosti proizvajalca za nevarne lastnosti proizvoda kljub temu, da je pravni položaj potrošnika po OZ ugodnejši kot po ZVPot. Razlog je v evropskem pravu, saj Direktiva 86/374 zasleduje popolno harmonizacijo in na svojem področju veljave ne dopušča odstopanj. Več: Možina (2008).

pa je člen »43d«. Temu zopet sledi določba člena »a43e«, nato »b43e«, za njo pa je, ker je nekaj členov razveljavljenih, kar člen 45.

Posebej zapletena za branje je ureditev predpogodbениh informacijskih obveznosti ter odstopa od pogodbe in njegovih posledic, ki jo je prinesla Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnika, v ZVPot pa prenesla njegova novela F. Če želimo denimo izvedeti, kakšne so predpogodbene obveznosti podjetja do potrošnika pri prodaji preko interneta, si moramo najprej ogledati splošne predpogodbene informacijske obveznosti, ki jih določa obsežen člen 25b ZVPot. Tam navedenim podatkom, ki morajo biti zagotovljeni potrošniku, je treba nato dodati še podatke, ki jih tako za prodajo na daljavo kot za prodajo izven poslovnih prostorov zahteva še obsežnejši člen 43b ZVPot. To pa še ni vse, nekatere dodatne zahteve zgolj za prodajo na daljavo vsebuje člen 43c ZVPot. Poleg teh, precej natančno predpisanih predpogodbениh informacijskih obveznosti, ki se nanašajo na lastnosti podjetja, blaga oziroma storitve, pravice potrošnika in druge podatke, pa člen 32 ZVPot predpisuje še nekakšno splošno predpogodbeno informacijsko obveznost glede lastnosti blaga (»Podjetje mora potrošnika seznaniti z lastnostmi blaga, po katerem povprašuje«), katere razmerje do prej omenjenih konkretno predpisanih obveznosti je nedefinirano. Prepričan sem, da bi bilo mogoče zahteve glede obveščanja potrošnika pri prodaji na daljavo predpisati jasneje ter bolj zaokroženo.

K slabi berljivosti prispeva tudi okoliščina, da so številne določbe izjemno obsežne in vsebujejo veliko odstavkov, ki pa niso oštevilčeni. Tako ima že prvi člen ZVPot, ki vsebuje vrsto definicij in nekaj temeljnih načel, kar 30 odstavkov. Če želi uporabnik citirati določen odstavek, mora odstavke vsakič znova prešteti. Tudi sam obseg zakonskih členov vpliva na preglednost pravne ureditve. Že omenjeni prvi člen vsebuje dobrih 6000 znakov (kar je, mimogrede, več od uvodnika Pravne prakse).

O nizki zakonodajni kakovosti ZVPot priča tudi 5. točka 4. podpoglavja VI. poglavja zakona (Prodaja na obroke). Večina členov dobesedno ponavlja besedilo veljavnih določb OZ o prodaji na obroke. V nekaterih primerih, npr. v členu 50, pa ZVPot dodaja potrošniku nekatere pravice, ki jih sicer kupec na obroke po OZ nima. Podobno velja za določbe naslednje točke, kjer so urejene »pogodbe o turističnih aranžmajih« (člena 57 in 58); številne določbe deloma dobesedno ponavljajo dele besedila, ki je uzakonjeno že v OZ. Tako recimo člen 57a ZVPot ustreza členu 883 (1) OZ, člen 57c ustreza členu 888 (1) OZ, prvi in drugi odstavek člena 57č ZVPot ustrezata členu 884 (1) OZ itn. Pri tem pa recimo v primeru napak pri izvedbi potovanja člen 67e (2) ZVPot za znižanje kupnine zahteva pisno »pritožbo« potrošnika v dveh mesecih po koncu potovanja, člen 893 (1) OZ pa »ugovor« v osmih dneh po koncu potovanja. To ustvarja zmedo in nejasnost o vsebini veljavnega prava.

Značilnost slabe zakonodaje je tudi uporaba različnih izrazov za isti pomen in uporaba istega izraza v različnih pomenih. Tako recimo ZVPot v členu 52 (prodaja na obroke) v istem pomenu (odstop zaradi kršitve) uporablja tako izraz »odstop od pogodbe« (prvi odstavek) kot tudi izraz »razdor pogodbe« (tretji odstavek).<sup>25</sup> V členih 37c ter 71 ZVPot, ki govorita o potrošnikovih pravicah v primeru stvarne napake, pa zakon odstopa od pogodbe zaradi kršitve sploh ne omeni, ampak govori le o »pravici potrošnika, da zahteva vrnitev plačanega zneska«. Terminologija ni primerna, kajti bistvo potrošnikove pravice je odstopno upravičenje (oblikovalna pravica), kondicijski zahtevek po vrnitvi izpolnjenega pa je le ena od pravnih posledic uresničenja te oblikovalne pravice.<sup>26</sup> Mimogrede, ZPotK-1 prav tako uporablja oba izraza, vendar v drugačnem pomenu: »odstop« pomeni pravico premisliti si (preklic), medtem ko »razdor« pomeni odstop zaradi kršitve.<sup>27</sup> OZ pa za obe vrsti odstopa uporablja isti izraz »odstop«. ZVPot glede odstopa (v smislu preklica) brez posebnih razlogov določa tudi različne predpostavke,<sup>28</sup> pa tudi različne pravne posledice<sup>29</sup> uresničitve te oblikovalne pravice.

## 6. Slabe zakonodajne rešitve

ZVPot vsebuje celo vrsto rešitev, ki nimajo pravega smisla oziroma so na drug način neprimerne. Na tem mestu je mogoče ponazoriti le nekaj primerov. Eden od njih je obvezna garancija za brezhibno delovanje. Medtem ko se je glede varstva potrošnikov v evropskem pravu izoblikoval koncept kogentnega jamstva za skladnost s pogodbo (stvarne napake), nadgrajen z možnostjo prostovoljne garancije (glej člene 36–37č ZVPot), v Sloveniji poleg tega vzdržujemo še en kogentni sistem varstva kupčevega interesa: obvezno garancijo za brezhibno delovanje, ki je relikv jugoslovanskega prava in značilnost pravnih redov brez svobodnega tržnega gospodarstva.<sup>30</sup> Več pravic potrošnika na papirju namreč ne pomeni nujno tudi boljšega varstva. Vzdrževanje dodatnega sistema kogentnega varstva kupca, ki ga druge države članice EU ne poznajo, ima tudi svojo ceno, ki jo na koncu plačujejo potrošniki. Poleg tega obvezna garancija velja tudi v nepotrošniških

<sup>25</sup> O terminoloških težavah glede odstopa in razdora glej Možina (2011, Razdor ...), str. 57 in nasl.

<sup>26</sup> Enako velja za znižanje kupnine, kjer zakon govori le o pravici zahtevati vrnitev dela plačanega zneska v sorazmerju z napako. Glej Možina (2004), str. 310.

<sup>27</sup> Glej 14. (razdor) in 15. člen (odstop).

<sup>28</sup> Pri prodaji na daljavo zadošča, če potrošnik v roku odda izjavo (oddajna teorija), pri čemer pisnost ni predpisana, enak učinek pa ima vrnitev blaga v roku (prejemna teorija), glej prvi odstavek 43.č in četrti odstavek 43.d člena ZVPot. Pri prodaji izven poslovnih prostorov ter pri časovnem zakupu nepremičnin mora biti izjava pisna in oddana v roku, glej prvi odstavek 46.c ter 60.c člena ZVPot. Pri prodaji na obroke mora biti izjava pisna, oddajna teorija pa ni predpisana, glej 53.a člen ZVPot.

<sup>29</sup> Glej Možina (2011, Razdor ...), str. 70.

<sup>30</sup> Glej Možina (2011, Obvezna ...), str. 38 in nasl.

prodajnih pogodbah, kjer pomeni neupravičen poseg v pogodbeno avtonomijo in nasprotuje evropski svoboščini prostega pretoka blaga na notranjem trgu.<sup>31</sup> S tega vidika je (vsaj) v razmerjih med podjetji sporna tudi zahteva 20. člena ZVPot, da mora garant še tri leta po preteku garancijske dobe proti plačilu »zagotavljati« vzdrževanje, nadomestne dele in priklopne aparate.<sup>32</sup> Določbe o garanciji so tudi sicer slabo premišljene. Tako bi npr. iz 21. člena izhajalo, da v primeru rabljenega blaga obvezna garancija pomeni le obveznost brezplačne odprave napak v času garancijskega roka, potrošnik pa nima pravice do znižanja kupnine, odstopa in povrnitve škode. Takšna ureditev bi močno odstopala od splošnih pravil po posledicah kršitve pogodbe v OZ, zanjo pa ni utemeljenih razlogov, zato lahko štejemo, da je šlo še za eno v vrsti redakcijskih napak v ZVPot.<sup>33</sup>

Nenavadna je tudi določba 38. člena ZVPot, ki daje potrošniku – izvzemši odškodninski zahtevek, ki pa obstaja že po splošnem (dispozitivnem) pogodbenem pravu – enake zahtevke v »smiselno« enakih rokih kot pri stvarni napaki na blagu tudi pri slabo opravljeni storitvi. Pojma »storitve« ZVPot ne opredeli, tako da je skrajno problematično vprašanje območja veljave povsem odprto. Izraz »storitev« lahko pomeni vse, od krojaškega popravila do gradnje hiše, od zavarovalniških poslov pa do najzahtevnejših medicinskih posegov. Je sploh mogoče vse »storitve« obravnavati enako? Pri nekaterih gre za obveznost uspeha, pri drugih za obveznost prizadevanja; pri nekaterih vsebine pogodbe ni mogoče določiti brez obsežnega predpogodbenega informiranja. V sodni praksi se določba doslej ni pokazala kot pomembna, zlasti pa se ni postavljalo vprašanje njenega razmerja do drugih predpisov o storitvah.

Po moji oceni je primer slabe rešitve tudi določba iz člena 2 (1) in (2) ZVPot o obveznosti podjetij, da s potrošniki poslujejo v slovenskem jeziku oziroma na dvojezičnih področjih tudi v madžarskem oziroma italijanskem jeziku. Na prvi pogled se zdi, da je določba namenjena ohranjanju slovenskega jezika. Vendar si zakonodajalec zatiska oči pred dejstvom, da danes tudi poslovanje s potrošniki preko interneta poteka globalno, *lingua franca* pa je angleški jezik. Če torej potrošnik, ki se sam odloči za uporabo angleškega jezika in kupi knjigo preko amazon.com ali najame počitniško stanovanje preko airbnb.com, lahko ti dve podjetji v skladu s členom 77 (1) tč. 1 doleti globa v znesku od 3000 do 40.000 evrov, saj s potrošniki nista poslovala v slovenskem jeziku. Kako lahko tržni inšpektor naloži kazen podjetjem v tujini, je drugo vprašanje. Prav tako, kaj sploh pomeni

<sup>31</sup> Prav tam.

<sup>32</sup> Nudnje popogodbenih storitev bi morale biti prepuščeno svobodnim tržnim odločitvam. Poleg tega določba ne pove in tudi ne more povedati ničesar o ceni; trgovec se zlahka izogne denarni kazni, če izkaže, da je npr. pooblastil določen servis, ne glede na njegovo ceno.

<sup>33</sup> Za druge primere pri garanciji glej Možina (2009), str. 143 in nasl.

»slovenski« potrošnik. To prav gotovo ne more biti vsakdo, ki na internet dostopa s slovenskim IP-naslovom, prav tako pa lahko »slovenski« potrošnik po spletu nakupuje tudi, medtem ko je v tujini. Določba je po moji oceni nepremišljena, v vsakem primeru pa neuresničljiva.

## 7. Pomanjkljiva implementacija evropskega prava

V nekaterih točkah ZVPot še vedno ne izpolnjuje vseh zahtev evropskih direktiv, katerih vsebino prenaša. Za področje potrošniške prodaje to velja denimo za peti odstavek 2. člena Direktive 1999/44/ES o potrošniški prodaji in garancijah (napake v montaži blaga in napake v navodilih za montažo kot stvarna napaka). V slovenskem pravu prav tako nimamo hierarhije kupčevih zahtevkov iz tretjega odstavka 3. člena, niti pravice zadnjega prodajalca do regresa v prodajni verigi iz 4. člena direktive.<sup>34</sup> O pomanjkljivostih prenosa lahko govorimo npr. tudi pri Direktivi 85/374/EGS o odgovornosti proizvajalca<sup>35</sup> ter pri Direktivi 93/13/ES o nepoštenih pogojih.<sup>36</sup>

## 8. Neusklajenost splošnega in potrošniškega obligacijskega prava

Posledica hitrega in slabo premišljenega prenosa evropske potrošniške zakonodaje v slovensko pravo niso le kršitve obveznosti RS do EU zaradi pomanjkljive implementacije, ampak tudi neusklajenosti oziroma nejasnosti glede razmerja med splošnim obligacijskim pravom in potrošniškim obligacijskim pravom. Čeprav se je reforma splošnega obligacijskega prava (OZ, 2001) pripravljala v istem času kot prenos potrošniških direktiv v ZVPot, je koordinacija obeh predpisov pomanjkljiva. OZ denimo niti z besedo ne omenja potrošnikov oziroma ne napotuje na ZVPot, pozna pa le razlikovanje med gospodarskimi (B2B) in negospodarskimi pogodbami. Pri slednjih pa ne razlikuje med razmerji med podjetji in potrošniki (B2C) ter razmerji med potrošniki (C2C).

Najprej gre za problematiko institutov, ki jih je ZOR/OZ urejal že pred prenosom evropske zakonodaje, ta pa jih ureja nekoliko drugače. Ker je slovenski zakonodajalec v OZ le prepisal določbe ZOR, evropsko zakonodajo pa je nekoordinirano prenašal v ZVPot, so odgovornost proizvajalca za proizvod ter splošni pogoji poslovanja v ZVPot urejeni drugače kot v OZ, jasne razmejitve uporabe obeh predpisov pa ni. Evropsko pravo zahteva, da na področju veljave Direktive

<sup>34</sup> Glej Možina (2008), str. 1283 in nasl.

<sup>35</sup> Glej Možina (2007). Novost je sprememba člena 4 (2) ZVPot, ki jo je prinesla novela ZVPot-G.

<sup>36</sup> Glej Andrić, str. 19.



93/13/EGS (torej v razmerju podjetje – potrošnik) določbe ZVPot, ki jo uresničujejo, derogirajo splošno ureditev v členih 120 in 121 OZ. Podobno velja glede Direktive 85/374/EGS, kjer na podlagi sodne prakse Sodišča EU države članice ne smejo obdržati sistema (objektivne) nepogodbene odgovornosti za proizvod, ki bi se razlikoval od tistega po direktivi,<sup>37</sup> zato prvega odstavka 155. člena OZ ni več dopustno uporabljati. V obeh primerih se seveda postavlja vprašanje smiselnosti soobstoja dveh različnih ureditev istega instituta.

Posebne napetosti med splošno in potrošniško ureditvijo nastajajo glede prodajne pogodbe in zahtevkov kupca v primeru stvarnih napak. Tu ne gre le za sistemska vprašanja glede npr. (ne)smiselnosti soobstoja kogentnega (dveletnega) jamstva za stvarne napake ter (enoletne) obvezne garancije, niti za vrednostna neskladja med potrošniško in nepotrošniško ureditvijo prodaje, kot npr. glede dolžine jamčevalnega roka,<sup>38</sup> ampak za povsem praktična vprašanja, ki jih je odprl nepremišljen prenos Direktive 1999/44/ES.

Tako denimo na podlagi besedila ZVPot ni povsem jasno, kakšni so pogoji za odstop od potrošniške prodajne pogodbe. Člen 37c posebnih pogojev ne omenja, četrti odstavek 37. člena ZVPot pa določa, da se za odgovornost za stvarne napake uporabljajo določbe OZ, kolikor ZVPot ne določa drugače. Med predpostavke odstopa torej spadata tudi prvi odstavek 470. člena OZ, ki zahteva, da kupec pred odstopom zaradi stvarne napake prodajalcu pusti primeren dodatni rok za popravilo ali zamenjavo, ter 475. člen OZ, po katerem kupec izgubi pravico odstopa, če stvari ne more vrniti v stanju, v kakršnem jo je prejel, določene pa so številne izjeme. V zvezi s tem se odpira tudi vprašanje, ali so takšni dodatni pogoji še vedno v skladu z ureditvijo po direktivi.

Posebna vprašanja odpira že omenjena odločitev zakonodajalca, da ne prenese tretjega odstavka 3. člena direktive, ki določa hierarhijo zahtevkov kupca: najprej popravilo ali zamenjava, šele če nista mogoči oziroma če sta za prodajalca nesorazmerno obremenjujoči ali prodajalec ne uresniči izbranega zahtevka v primernem roku in brez neprijetnosti za potrošnika, lahko ta odstopi od pogodbe ali zniža kupnino. Po slovenski zakonodaji, ki te hierarhije ne predvideva, se prodajalec zahtevka kupca na popravilo ali zamenjavo (naknadni izpolnitveni zahtevek) ne more ubraniti z ugovorom (relativne) nesorazmer-

<sup>37</sup> Glej Možina (2007).

<sup>38</sup> V skladu s 37.b členom jamčevalni rok v potrošniških pogodbah znaša dve leti (eno leto za rabljene stvari), medtem ko za vse ostale pogodbe velja (dispozitivni) rok šestih mesecev od dobave iz drugega odstavka 462. člena OZ. Dveletni rok za mednarodno gospodarsko prodajo določa tudi Konvencija ZN o mednarodni prodaji blaga (člen 39).



nosti.<sup>39</sup> V sodni praksi so sicer znani primeri, ko je bilo kupčevo vztrajanje pri zamenjavi zavrnjeno, ker je bila v primerjavi s popravilom za prodajalca bistveno bolj obremenjujoča.<sup>40</sup> Odsotnost hierarhije sredstev ne pomeni, da je slovenski potrošnik na slabšem, kot bi bil po direktivi, ampak da je slovenski zakonodajalec ravnotežje med pravicami podjetja in potrošnika, ki ga vzpostavlja direktiva, nekoliko nagnil v škodo prodajalca. Poleg tega je zakonodajalec izpustil priložnost, da bi po vzoru direktive natančneje in bolj uravnoteženo uredil situacijo, v kateri v praksi pogosto nastajajo spori. Ureditev bi bila koristna tudi za nepotrošniško prodajno pogodbo, pa tudi za splošno pogodbeno pravo, kajti pravna varnost zahteva natančnejšo opredelitev razmerja med izpolnitvenim in odškodninskim zahtevkom.

Nejasnosti ustvarja tudi posebna ureditev zamudnih obresti, kadar so dolžniki potrošniki, iz 27.a člena ZVPot. Vsebina določbe, ki sicer ni posledica evropskega prava, je, da se stranki »ne smeta« dogovoriti za višje zamudne obresti, kot jih določa »obligacijski zakonik«. Zato bi bile takšne obresti nične, obveljala pa bi zakonska obrestna mera zamudnih obresti. Zamudne obresti sicer niso določene v OZ, ampak v ZPOMZO-1, poleg tega pa OZ že pozna institut varstva potrošnika v zvezi z zamudnimi obrestmi: 377. člen za negospodarske pogodbe (torej B2C in C2C) že določa domnevo, da dogovorjene (pogodbene in) zamudne obresti, ki za več kot 50 odstotkov presegajo obrestno mero zakonitih zamudnih obresti, veljajo za oderuške (ničnost), podjetje pa lahko to domnevo izpodbije, če dokaže, da ni izkoristilo potrošnikovega težkega položaja. Ker o 27.a členu ZVPot v nasprotju s 377. členom OZ ni mogoče najti prav nobene sodne odločbe, se zdi, da je sodna praksa to, sicer konceptualno zgrešeno določbo preprosto ignorirala.

Nekoliko drugačne narave pa je neusklajenost med OZ in ZVPot glede predpogodbenih informacijskih obveznosti. Čeprav je jasno, da številne predpogodbene informacijske obveznosti obstajajo tudi v splošnem obligacijskem pravu, zlasti na podlagi načela vestnosti in poštenja,<sup>41</sup> jih OZ v splošnem delu, kamor sodijo, sploh ne omenja. V tej luči je nepregleden prenos Direktive 2011/83 morda razumljivejši. V prihodnosti bi torej veljalo ne le izboljšati ZVPot, ampak prilagoditi in modernizirati tudi OZ.

<sup>39</sup> V skladu s sodbo Sodišča EU v združenih zadevah Weber, C-65/09, in Putz, C-87/09, EU: C: 2011: 396, sorazmernost iz tretjega odstavka 3. člena direktive pomeni, da je za prodajalca popravilo nesorazmerno glede na zamenjavo ali obratno, ne pa tudi, da sta nesorazmerni obe sredstvi (naknadni izpolnitveni zahtevki). Več: Možina (2012, Pravice ...).

<sup>40</sup> Glej VS RS sodbo II Ips 968/93 z dne 6. 4. 1995.

<sup>41</sup> Glej Fakin.

## 9. Pristojnost Tržnega inšpektorata v civilnopравnih potrošniških zadevah

Majhno število sodnih odločb na podlagi ZVPot je mogoče deloma pojasniti tudi s tem, da ima poleg civilnih sodišč, ki so pristojna za redno sodno varstvo, pristojnost nad uresničevanjem določb ZVPot tudi Tržni inšpektorat. V razmerah slabega delovanja rednih sodišč je pristojnost Tržnega inšpektorata za potrošnike dobrodošla dodatna možnost, s katero lahko (vsaj posredno) prispevajo k rešitvi spora. Vendar pa se v zvezi s pristojnostjo Tržnega inšpektorata pojavljajo tudi nekateri pomisleki.

Pristojnosti inšpektorata lahko razdelimo na več skupin. Po eni strani lahko Tržni inšpektorat v skladu z 72. členom ZVPot v določenih primerih kršitev, recimo če garancijski list ne vsebuje vseh predpisanih podatkov ali če podjetje uporablja nepošteno pogodbeno pogoje, z odločbo prepove prodajo blaga oziroma opravljanje storitev. V skladu z 72.a členom ZVPot lahko začasno prepove tudi nekatere oblike nezakonitega oglaševanja.

Za obligacijsko pravo je pomembnejša pristojnost inšpektorata iz 71. člena ZVPot. Ta določa, da lahko inšpektor v primeru, če podjetje »neupravičeno zavrne potrošnikovo zahtevo, naj odpravi napako na blagu, naj blago z napako zamenja z novim blagom, naj vrne del plačanega zneska v sorazmerju z napako ali ves plačani znesek za blago«, izda odločbo, s katero podjetju odredi, naj ugoditi zahtevi. Enako lahko inšpektor ravna v primeru nepravilno opravljene storitve. V obeh primerih velja pogoj iz drugega odstavka 71. člena ZVPot, da med strankama ni spora o obstoju napake, če potrošnik predloži mnenje sodnega izvedenca ali če je napaka na drug način nedvomno dokazana. Gre torej za sankcijo 39. člena ZVPot, ki določa, da mora podjetje, kadar obstoj stvarne napake na blagu ali storitvi »ni sporen«, potrošnikovi zahtevi iz 37.c člena (popravilo, zamenjava, znižanje kupnine, odstop od pogodbe, odškodnina) oziroma 38. člena (smiselna uporaba za nepravilno uporabljene storitve) ugoditi »čim prej, vendar najpozneje v roku osmih dni«, če pa je napaka sporna, mora potrošniku v tem roku pisno odgovoriti.<sup>42</sup> Smiselnost 39. člena ZVPot je vprašljiva, kajti podjetje se lahko odredbi inšpektorja, pa tudi morebitni kazni za prekršek, izogne že s preprosto pisno izjavo potrošniku, da se ne strinja z napako. Tedaj napaka postane »sporna«, reševanje spora pa je mogoče le pred sodiščem. Zakon ni jasen glede tega, ali lahko potrošnik predloži mnenje izvedenca, če je napaka »sporna«, niti glede tega, kaj se zgodi, če tudi podjetje predloži svoje nasprotno izvedensko

<sup>42</sup> Gre sicer za poskus uresničitve zahteve tretjega odstavka 3. člena Direktive 99/44/ES, da mora podjetje uresničiti potrošnikovo zahtevo v primernem roku. Tudi v ZVPot bi bilo primernejše sklicevanje na primeren rok, ki omogoča ustrezno upoštevanje okoliščin primera.

mnenje. Poleg tega mora potrošnik, ki naj »predloži« izvedensko mnenje, to mnenje tudi plačati, povrnitve stroškov pa v postopku pred inšpektorjem ne more dobiti. ZVPot prav tako ne pojasni, kaj pomeni, da je stvarna napaka »na drug način nedvoumno izkazana«, niti ne osvetli razmerja 71. člena ZVPot do tretjega odstavka 37.b člena ZVPot, ki določa domnevo o obstoju napake, ki se pojavi v prvih šestih mesecih. Obseg pooblastil inšpektorja glede ugotavljanja dejanskega stanja in dolžnosti oziroma možnosti strank glede zbiranja procesnega gradiva so torej zaviti v tančico skrivnosti. Nenavaden je tudi obseg pristojnosti inšpektorja: lahko odredi popravilo ali zamenjavo blaga, izpolnitev zahteve po vrnitvi plačila oziroma njegovega dela v primeru odstopa od pogodbe oziroma znižanja kupnine, ne pa tudi povrnitve škode, ki je neločljivo povezana z drugimi jamčevalnimi zahtevki.<sup>43</sup> Spora inšpektor torej v mnogih primerih ne more rešiti. Če podjetje ne upošteva inšpektorjeve odločbe, lahko sledi upravna izvršba. Ob tem se postavljajo tudi vprašanja glede razmerja med upravnim postopkom in civilnim sodnim postopkom.

Po drugi strani je Tržni inšpektorat pristojen tudi za izrekanje kazni (glob) za prekrške, kot jih opredelujeta 77. in 78. člen ZVPot. Uporaba kazni za prekršek kot sredstva za zagotovitev spoštovanja določb ZVPot je utemeljena predvsem v primerih, ko zakon določa neko obveznost podjetja, zanjo pa ne obstaja drugačna primerna in učinkovita sankcija. Za tak primer gre npr. pri nedostojnem ali zavajajočem oglaševanju ali v primeru kršitve prepovedi pošiljanja nenaročene reklamne elektronske pošte. Situacija pa je drugačna, če npr. podjetje »uporablja« nepošteno pogodbene pogoje ali če prodajalec dobavi blago, ki ni »brezhibno«. Zakon tudi tu predpisuje denarno kazen (globo),<sup>44</sup> čeprav je predvidena tudi ustrezna civilnopravna sankcija: v prvem primeru je to ničnost pogodbe, vključno z možnostjo uveljavljanja odškodninske odgovornosti, v drugem pa gre za stvarno napako in/ali garantni primer, kjer so predvideni jamčevalni zahtevki, vključno z možnostjo odškodninske odgovornosti. Takih primerov je še več: kazen je recimo zagrožena za primer, če podjetje v primeru dostave blaga na dom blago pusti pred vrati potrošnikovega stanovanja.<sup>45</sup> Pravila obligacijskega prava nam povedo, da v tem primeru – kolikor ne gre za kupčevo upniško zamudo, to je, da je kupec sam preprečil izpolnitev – prodajalec pade v zamudo, ki ima svoje ustrezne pravne posledice, zato kaznovanje ni smiselno.

Menim, da je treba o primernosti javnopravnega kaznovanja v položajih, kjer že obstaja ustrezna in preizkušena civilnopravna sankcija, ponovno premisliti. V civilnem pravu velja, da je uveljavljanje pravic prepuščeno izključno

<sup>43</sup> Glej drugi odstavek 37.c člena ZVPot.

<sup>44</sup> Glej 7. in 11. točko prvega odstavka 77. člena ZVPot.

<sup>45</sup> 12. točka prvega odstavka 77. člena ZVPot.

strankam. Zdi se, da lahko kaznovanje dandanes upravičimo predvsem s tem, da imajo ob slabem delovanju civilnega sodstva in alternativnih načinov reševanja potrošniških sporov potrošniki v sporu s podjetji vsaj možnost pobude tržnemu inšpektorju, čigar grožnja z visoko kaznijo naj bi podjetje »spametovala«. Od same kazni pa potrošnik nima prav nič. Ob tem je tudi jasno, da tržni inšpektorat iz kadrovskih in drugih razlogov te svoje pristojnosti niti približno ne more polno uresničevati.

Pri tem ni sporno le dejstvo, da je zagrožena kazen, ampak tudi vprašanje višine in sorazmernosti kazni. V 77. členu ZVPot so za določene kršitve podjetjem zagrožene globe v razponu od 3.000 do kar 40.000 evrov, medtem ko 78. člen predpisuje globo v razponu od 1.200 do 4.000 evrov. Dejanski stanovi so med oba člena razdeljeni popolnoma arbitrarno. Tako je npr. za podjetje, ki v pisnih sporočilih potrošnikom ne uporabi celotnega imena svoje firme ter sedeža, ali podjetje, ki v primeru pogodb, katerih predmet je trajna ali ponavljajoča se izpolnitev pogodbe, potrošnika ob vsakem komuniciranju ali izpolnitvi pogodbe ne seznanj z načinom prekinitve te pogodbe, ali podjetje, ki potrošniku, »ki se med potovanjem znajde v težavah, ne nudi takojšnje pomoči«,<sup>46</sup> zagrožena kazen od 3.000 do 40.000 evrov, za podjetje, ki ne spoštuje zaveze, dane v garancijskem listu, ali podjetje, ki v ponudbi storitev informacijske družbe poleg cene ne navede na jasn in nedvoumen način, ali cena vključuje tudi storitve dostave, pa mnogo nižja kazen, v razponu od 1.200 do 4.000 evrov. Poleg tega, da je kazen za nekatere relativno nepomembne prekrške iz 77. člena ZVPot določena previsoko, se zdi tudi, da številni opisi prekrškov niso dovolj jasni, da bi zadostili merilom načela zakonitosti.

## 10. Sklepno

Že kratek in površen pregled pokaže, da slovensko pravo varstva potrošnikov ni v najboljši formi. ZVPot potrebuje temeljito rekonstrukcijo. Po moji oceni zakona po številnih spremembah ni več smiselno »popravlјati«, ampak bi ga veljalo pripraviti povsem na novo.

Cilj reforme bi moral biti celovit in pregleden predpis, ki jasno ureja pravna razmerja med podjetji in potrošniki in uresničuje zahteve veljavnega evropskega prava varstva potrošnikov, vključno s tistimi odločbami Sodišča EU, za katere je primerno, da se jih prenese v zakon.

Zdi pa se, da zgolj reforma ZVPot in drugih predpisov o varstvu potrošnikov ureditve tega pravnega področja ne bi izboljšala, če ne bi bil reformi prilagojen in

<sup>46</sup> Glej 1., 15. in 27. točko prvega odstavka 77. člena ZVPot.

moderniziran tudi OZ. V zadnjih desetletjih je (evropsko) pravo varstva potrošnikov precej spremenilo klasično obligacijsko pravo. Posebna »potrošniška« pravila veljajo tako na področju sklenitve pogodbe, kjer določajo vrsto predpogodbenih ter popogodbenih obveznosti seznanjanja, predvsem pa pravico odstopa pri določenih vrstah pogodb, nadalje na področju vsebine oziroma veljavnosti pogodbe, kjer obstajajo posebna pravila o splošnih pogojih poslovanja, kot tudi na področju kršitve pogodbe, kjer imamo predvsem pri prodajni pogodbi kogentno ureditev standarda skladnosti s pogodbo ter pravic kupca v primeru neskladnosti. Na področju neposlovnega odškodninskega prava obstaja obsežna regulacija odgovornosti proizvajalca za proizvod. V tej luči je nenavadno, da OZ besede »potrošnik« sploh ne pozna. Vsaj osnovne in v sodni praksi Sodišča EU že izoblikovane pojme bi veljalo vključiti tudi v OZ. Prav tako bi veljalo v OZ postaviti okvir nekaterih sodobnejših institutov, kot so npr. predpogodbene informacijske obveznosti ter odstop od pogodbe, ki ni posledica kršitve. Gre za kompleksne problemske sklope, ki so povezani tudi z drugimi obligacijskopравnimi instituti, zato bi jih bilo smiselno vključiti tudi v splošen predpis. V prihodnje zato velja razmisliti ne le o izboljšanju kakovosti ZVPot, ampak tudi o večji integraciji »potrošniškega« prava v splošni obligacijski predpis. Ob tem ni mogoče mimo dejstva, da se evropska potrošniška zakonodaja hitro spreminja, pri čemer Komisija EU, kot se zdi, zlasti v zadnjih letih še nekoliko »išče« pravi koncept pravnega urejanja (minimalna – popolna harmonizacija). To nacionalnim zakonodajalcem povzroča težave pri prenosu evropskega potrošniškega prava. Vendar je ogrožje tega prava, vključno s temeljnimi pojmi, vendarle dovolj izoblikovano, da bi ga bilo mogoče vključiti v splošni obligacijski predpis.

V vsakem primeru pa se moramo zavedati, da je pravo varstva potrošnikov predvsem pravo. Moramo ga poznati in uporabljati. Prvi nujni korak v tej smeri je okrepitev izobraževanja pravnikov o tem področju, začenši z vključitvijo ZVPot v program za pravniški državni izpit.

## Literatura in viri

- ANDRIČ, Andrej, Uveljavitev direktive 93/13/EGS o nepoštenih klavzulah v potrošniških pogodbah v pravnem sistemu RS. *Pravna praksa*, št. 2/2003, str. 19–29.
- FAKIN, Andreja, Splošne predpogodbene dolžnosti informiranja: pravna podlaga vzpostavitve in možne sankcije za njihovo kršitev. *Podjetje in delo*, 2015, letn. 41, št. 1, str. 89–104.
- ILEŠIČ, Marko, *Obligacijski zakonik z uvodnimi pojasnili*. Ljubljana: Uradni list, 2003.
- JUHART, Miha, MOŽINA, Damjan, NOVAK, Barbara, POLAJNAR-PAVČNIK, Ada, ŽNIDARŠIČ-SKUBIC, Viktorija, *Uvod v civilno pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2011.

- KENNEDY, John F., John F. Kennedy, 1961: containing the public messages, speeches, and statements of the president, January 20 to December 31, 1961. *The Public Papers of the Presidents of the United States*, dostopno na: <http://quod.lib.umich.edu/p/ppotpus/4730886.1961.001?view=toc> (6. 10. 2015).
- MICKLITZ, Hans-Wolfgang, Zur Notwendigkeit eines neuen Konzepts für die Fortentwicklung des Verbraucherrechts in der EU. *Verbraucher und Recht*, 2003, str. 2–12.
- MOŽINA, Damjan, Kaj je narobe z Zakonom o varstvu potrošnikov. *Podjetje in delo*, 2012, letn. 38, št. 6–7, str. 1437–1449.
- MOŽINA, Damjan, Garancija za brežhibno delovanje in jamčevanje za stvarne napake. *Zbornik znanstvenih razprav*, 2009, letn. 69, str. 143–167.
- MOŽINA, Damjan, Evropeizacija in modernizacija obligacijskega prava. *Podjetje in delo*, 2008, letn. 34, št. 6-7, str. 1270–1283.
- MOŽINA, Damjan, Odgovornost proizvajalca za proizvod z napako: evropsko obligacijsko pravo izpodriva nacionalno pravo. *Podjetje in delo*, 2007, letn. 33, št. 1, str. 71–86.
- MOŽINA, Damjan, Razdor, odpoved in odstop od pogodbe. *Pravni letopis*, 2011, letn. 2011, str. 57–73, 382–383.
- MOŽINA, Damjan, Potrošniška pogodba v evropskem in slovenskem pogodbenem pravu. *Podjetje in delo*, 2004, let. 30, št. 2, str. 310–330.
- MOŽINA, Damjan, Obvezna garancija in varstvo kupca v evropskem pravu. *Podjetje in delo*, 2011, letn. 37, št. 1, str. 38–48.
- MOŽINA, Damjan, Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi. *Pravni letopis*, 2012, letn. 2012, str. 85–104, 234–235.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans, TWIG-FLESNER, Christian, EBERS, Martin (ur.), *EC Consumer Compendium*. Dostopno na: <http://www.eu-consumer-law.org/> (6. 10. 2015).

# Potrošniško pravo: med državnim in naddržavnim

Samo Bardutzky

## 1. Uvod

Pri preučevanju potrošniškega prava, ki velja v Sloveniji, se ni mogoče izogniti dejstvu, da to izvira z dveh ravni. Poleg nacionalne (državne zakonodaje) nastajajo pravila potrošniškega prava tudi na naddržavni (supranacionalni) ravni, tj. v Evropski uniji. Namen prispevka je umestiti potrošniško pravo med ti dve ravni pravnega urejanja; to pa tako, da potrošniško pravo povežemo s širšo koncepcijo Evropske unije. Umestitev potrošniškega prava v tej razpravi med državno in naddržavno raven naj bi tako imela dva namena. Prvi je bolj povezan s potrošniškim pravom. Umestitev potrošniškega prava v pravni sistem, ki ga sestavlja več ravni, je zamišljena kot prispevek k naboru analitičnih orodij, s katerimi lahko obravnavamo vprašanja primernosti urejanja določene zadeve na eni ali na drugi ravni. Drugi namen pa je bolj povezan s teoretsko koncepcijo Evropske unije in vprašanjem, denimo, demokratičnosti in legitimnosti Unije. Potrošniško pravo je tu kot primer, ki se pojavlja v teorijah Evropske unije. Prispevek želi kritično pristopiti k primeru in zaključkom, ki sledijo iz uporabe tega primera.

V prispevku bosta uvodoma prikazani dve nasprotujoči si koncepciji Unije, ki sta teoretsko izhodišče za razpravo. V nadaljevanju bo pozornost namenjena konstitucionalistični koncepciji, ki jo bomo najprej povezali z varstvom potrošnikov in pristojnostmi Unije na področju potrošniškega prava. Nato bomo kritično analizirali konstitucionalistično koncepcijo in omejitve, na katere naleti v potrošniškem pravu. Na konkretnem primeru dileme evropskega potrošniškega prava bomo poskušali pokazati, kako lahko različne odločitve o smeri evropskega potrošniškega prava razumemo v luči teoretskih koncepcij Unije, in na podlagi tega poskusili oblikovati zaključke.

## 2. Med koncepcijami Unije

Z vidika prava varstva potrošnikov je posebej zanimiva konstitucionalistična koncepcija Evropske unije. Ta ponuja odgovor oziroma repliko na omejitve teorije liberalnega intergovernmentalizma, kot jo zastopa Andrew Moravcsik. Za

zagovornike liberalnega intergovernmentalizma ostaja Evropska unija »podaljšek« držav članic, orodje za skupno doseganje ciljev, ki pa jih določijo države članice. Tako razumljena Unija ne potrebuje samorodne demokratične legitimnosti. Legitimnost namreč črpa iz demokratičnih procesov v državah članicah.<sup>1</sup> Argument za tovrstno razumevanje Evropske unije so med drugim, kot pravi Moravcsik, vsebinske omejitve delovanja Unije, ki jih postavlja primarno pravo. Področja, na katerih ima Unija pristojnosti, so po Moravcsiku »prvenstveno usmerjena v regulacijo eksternalij, ki izhajajo iz čezmejnih transakcij«, med njimi pa našteje tudi potrošniško politiko.<sup>2</sup> Odsotnost Unije na številnih drugih področjih, kot so davki, socialna politika, policija in obramba, pa tudi kultura in izobraževanje, po Moravcsiku spodbije »mit o Evropski uniji kot superdržavi«.<sup>3</sup> Obenem gre pri odločitvah, ki jih namesto držav članic sprejema Unija, pogosto za vprašanja, ki so tudi v nacionalnih političnih in pravnih sistemih delegirana neodvisnim agencijam. Pretirana akademska obsedenost s problemom »demokratičnega primanjkljaja« izvira iz ocenjevanja Evropske unije z merili, ki veljajo za države, kar pa je prav zaradi omejenega kroga pristojnosti zgrešeno.

Prepričljiva utemeljitev konstitucionalistične koncepcije Evropske unije je tako odgovor na Moravcsikovo intergovernmentalistično vizijo. Tako koncipirana Evropska unija ima drugo kakovost, ki presega vlogo »podaljška« držav članic. Normativna prizadevanja Unije so osredotočena na posameznika. Po Danielu Halberstamu je do te »preumeritve« (rekalibracije) normativne pozornosti prišlo predvsem po zaslugi Sodišča EU, ki je pravo EU razlagalo tako, da je kot njegov subjekt upoštevalo tudi posameznika, pa tudi po zaslugi drugih igralcev, denimo Evropskega parlamenta. Medtem ko je res, da lahko s prenosom pristojnosti na določenih področjih z države članice na Unijo trpi demokratičnost odločanja, pa je prav tako res, da lahko odločanje v organih Unije dvigne raven demokratičnosti v evropskem pravnem prostoru. Doda lahko »novo razsežnost demokratične vključenosti političnim procesom, ki so si jih prisvojili formalni in neformalni interesi v netransparentnem ravnotežju moči v nacionalnem okolju«.<sup>4</sup> Halberstam kot primer navede tudi interese potrošnikov. Ti so lahko v nacionalni politiki hitro prezrti ali pa jih zakonodajalec postavi na stran in – morebiti pod

<sup>1</sup> Moravcsik.

<sup>2</sup> Prav tam, str. 607.

<sup>3</sup> Moravcsikov članek In Defence of the 'Democratic Deficit' je bil objavljen leta 2002, torej tako pred uveljavitvijo Lizbonske pogodbe kot tudi pred razmahom sodelovanja med državami članicami v kazenskih zadevah. A tovrsten argument funkcionalno omejene pristojnosti je mogoče utemeljiti tudi na drugačni prerazporeditvi pristojnosti, zato globlja »lizbonska« integracija teorije liberalnega intergovernmentalizma ne ovrže sama po sebi. Vprašanje pa je, ali smer, v katero se evropska integracija razvija v boju s finančno krizo, na neki način ne krepi intergovernmentalistične vizije.

<sup>4</sup> Halberstam 2005, str. 796.



vplivom domačih omrežij moči – raje sledi interesom domačih gospodarskih družb.<sup>5</sup> V argumentih za konstitucionalistično vizijo Miguela Poiaresa Madura je tovrstna »ugrabitev države« v korist domačih gospodarskih družb in hkrati škodo potrošnikov izrecno povezana še s tretjo prvino, škodo, ki jo trpijo *tuji* gospodarski subjekti (gospodarski oziroma trgovinski protekcijonizem).<sup>6</sup> Poiares Maduro razloži, da so v nacionalnem kontekstu potrošniki sicer res večina, a so razpršeni, nizek vložek vsakega posameznika v povezavi z visokimi stroški transakcije in informiranja pa preprečuje, da bi potrošniki svoje interese uveljavljali v političnem procesu.<sup>7</sup>

### 3. Konstitucionalistična koncepcija Unije in potrošniško pravo

Tovrstna koncepcija in argumentacija se opirata na pojav »negativne integracije«, torej na odpravo ovir za čezmejni pretok blaga. Negativna integracija je »projekt« Sodišča EU, ki je v okoliščinah zastale politične integracije v Evropski uniji samo nadaljevalo integracijo tako, da je razglašalo za neskladne s (sedanjim) 34. členom PDEU nacionalne norme, ki so ovirale dejavnost na trgu – razen seveda tistih, ki jih je država članica ubranila s sklicevanjem na (sedanji) 36. člen, ki dopušča prizadevanje za doseg določenih ciljev, četudi na škodo svobode na trgu.<sup>8</sup> Kjer so po sodni »negativni integraciji« v evropski pravni krajini še ostale nacionalne določbe, ki so urejale trg, se je Unija lotila »pozitivne integracije« v obliki harmonizacije.<sup>9</sup> Harmonizaciji se bo razprava posvetila pozneje; na tej točki pa se vrnimo k scenariju naddržavnega varstva interesa potrošnikov, predstavljenemu v prejšnjem odstavku.

Seveda se ta abstraktno predstavljeni scenarij uresničuje v različnih državah članicah na različne načine in v različni meri. V literaturi, ki izhaja bolj s področja potrošniškega prava, je vpliv interesov gospodarskih družb na oblikovanje potrošniškega prava v posameznih nacionalnih sistemih prikazan v dvedelbi *consumerism* in *producerism*. *Consumerism* lahko opišemo kot anglo-ameriški pristop, pri katerem prevladuje podoba potrošnika kot nekoga, ki izbira (*consumer chooser*) in ki ga zanimajo predvsem nizke cene, udobje nakupovanja in dostopnost kreditov.<sup>10</sup> *Producerism* je bolj povezan z nemško in francosko tradicijo. Takšen pristop k varovanju pravic potrošnikov je obenem občutljiv tudi

<sup>5</sup> Prav tam, str. 798. Halberstam citira neobjavljen prispevek Neila Komesarja.

<sup>6</sup> Poiares Maduro (2003), str. 93.

<sup>7</sup> Prav tam, str. 94.

<sup>8</sup> Weatherill, II. poglavje; Scharpf, str. 9 in nasl.

<sup>9</sup> Howells, str. 683.

<sup>10</sup> Ramsay, str. 324. Ramsay dvedelbo povzema po Whitmanovem članku *Consumerism versus Producerism: An Essay in Comparative Law*, vendar Whitman *consumerism* bistveno bolj povezuje

za vpliv, ki bi ga režim pravic potrošnikov lahko imel na proizvajalce.<sup>11</sup> Obenem pa si močno »produceristični«, tj. proizvajalcem naklonjeni nacionalni pravni in politični sistem zlahka predstavljamo tudi kot Halberstamov scenarij, v katerem si potrošniki zaman prizadevajo uveljaviti svoje pravice, ker je zakonodajalec preveč »občutljiv« za interese domačega gospodarstva.

#### 4. Kritika konstitucionalistične koncepcije

Vendar pa ima takšen pogled na dozdevno nasprotujoče si interese dveh dozdevno zaokroženih skupin, potrošnikov na eni strani in proizvajalcev na drugi strani, svoje omejitve. Omejitvev je zlasti v tem, da je v realnosti skoraj vsakdo obenem potrošnik in proizvajalec ali delavec. Pri nasprotujočih si interesih potrošnikov na eni in proizvajalcev na drugi strani gre tako prej za večplastno ali sestavljeno identiteto vsakega posameznika, ki je član določene politične skupnosti. Kot opozarja James Whitman, je odločitev, ali bomo za bolj temeljno šteli »potrošniško« ali »proizvajalsko« plast identitete, po naravi vrednostna.<sup>12</sup> Odločitve, kako med seboj spraviti oziroma uravnotežiti različne plasti identitete, so se do pojava naddržavnega poseganja v potrošniško pravo sprejemale v okviru nacionalne države in njenih demokratičnih procesov. Prav nacionalna identiteta v smislu gospodarskih in družbenih ciljev, ki so članom politične skupnosti – nacije skupni in ki so jih ti določili v nacionalnih demokratičnih procesih, pa daje integrativno (povezovalno) legitimnost pravnemu urejanju potrošnje. Bolj negotovo je, ali je to mogoče v naddržavnem kontekstu (Michelle Everson in Christian Joerges uporabljata izraz »postnacionalni«, tj. poddržavni).<sup>13</sup> Rešitve v posameznih državah se med seboj razlikujejo, ko politične skupnosti izbirajo pristope k reševanju (različnih) družbenih problemov.<sup>14</sup>

Potrošniško pravo je tako primeren poligon za kritično obravnavo konstitucionalistične koncepcije Evropske unije. Goli trditvi, da je v središču normativne pozornosti konstitucionalizirane Unije posameznik, lahko namreč oporekamo, če bi se izkazalo, da je predmet te normativne pozornosti le ena od med seboj povezanih, predvsem pa tudi med seboj nasprotujočih si identitet, medtem ko so preostale zanemarjene. Tako je osrednji motiv te konstitucionalistične koncepcije, normativni obrat k posamezniku, ki postane v konstitucionalistični koncepciji

s pravno kulturo ZDA (npr. Whitman, str. 348), Ramsay pa v konzumeristični tabor ob bok Američanom uvrsti tudi Veliko Britanijo.

<sup>11</sup> Ramsay, str. 325.

<sup>12</sup> Whitman, str. 348.

<sup>13</sup> Everson in Joerges, str. 3.

<sup>14</sup> Prav tam, str. 9.

središče normativne pozornosti Unije, prav v kontekstu potrošniškega prava izpostavljen izzivu, ki kliče po dopolnitvi. Dopolniti ga moramo z opozorilom, da lahko o posamezniku kot središču normativne pozornosti govorimo le, če se ob tem zavedamo posameznikove večplastnosti (politične, pravne, družbene identitete). Konstitucionalistična koncepcija Unije je tako deskriptivna kot tudi preskriptivna – kako Unijo mislimo, je pomembno tudi zato, ker koncepcija vpliva na razlago pravnih norm.<sup>15</sup> Zato je treba k naši zahtevi po dopolnitvi konstitucionalistične koncepcije dodati tudi, da mora biti omenjena večplastnost upoštevana tudi pri sprejemanju odločitev.

V potrošniškem pravu najdemo indice, ki kažejo, da bi utegnili imeti Unija v tej fazi razvoja težave s tako dopolnjeno normativno osredinjenostjo na posameznika. Če opazujemo zakonodajno dejavnost Unije na področju potrošniškega prava, se prej ustvari občutek, da je potrošnik *kot posameznik* z vidika evropskega zakonodajalca v nekakšni pomožni vlogi. Številne direktive, ki posegajo na področje potrošniškega prava, namreč kot utemeljitev navajajo, da je zakonodajna dejavnost potrebna, ker bodo s tem potrošniki spodbujeni k čezmejni potrošnji. Čezmejna potrošnja pa bo pripomogla k vzpostavitvi evropskega notranjega trga.<sup>16</sup> Ne trdimo, da potrošnik s tem ne uživa pozornosti evropskega zakonodajalca *kot posameznik*. Potrošnik je razumljen kot igralec na trgu in evropski zakonodajalec mu na neki način dodeljuje »nalogo« sodelovanja pri ustvarjanju skupnega trga.<sup>17</sup> S tem nastane predstava o »samozavestnem potrošniku« (*confident consumer*), na podlagi katere sprejema odločitve evropski zakonodajalec.<sup>18</sup>

## 5. Pristojnosti Unije na področju potrošniškega prava

Seveda je vzroke za tovrstno pojmovanje potrošnika kot posameznika mogoče pojasniti, in sicer prav z razlogi, ki jih denimo Stephen Weatherill opiše z bese-

<sup>15</sup> Halberstam 2005, str. 799–800.

<sup>16</sup> Wilhelmsson, str. 320.

<sup>17</sup> Thomas Wilhelmsson je izraz »igralec na trgu« povzel po Oughtonu in Willetu (Quality regulation in European private law, 2002, Journal of Consumer Policy 25, str. 299–328). Interpretacija, da je potrošniku s tem dodeljena naloga, pa je Micklitzeva (Zur Notwendigkeit eines neuen Konzepts für die Fortentwicklung des Verbraucherrechts in der EU, 2003, Verbraucher und Recht, No. 18, str. 2–12). Med zakonodajnimi viri se sklicuje na uvodne izjave Direktive Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah (UL L 95, 21. 4. 1993, str. 29–34), Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij (UL L 171, 7. 7. 1999, str. 12–16) in Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2002/65/ES z dne 23. septembra 2002 o trženju finančnih storitev potrošnikom na daljavo in o spremembi Direktive Sveta 90/619/EGS ter direktiv 97/7/ES in 98/27/ES (UL L 271, 9. 10. 2002, str. 16–24).

<sup>18</sup> Wilhelmsson, str. 319. Prim. tudi Weatherillov koncept *empowered consumer*; Weatherill, str. 310.

do ustavnopravni.<sup>19</sup> Glede na to, da lahko Unija v skladu z načelom omejenih pristojnosti zakonodajno deluje le, če ima posebej določeno pravno podlago v ustanovnih pogodbah, gre iskati razloge tu. Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU) vsebuje tako posebno »prerezno« določbo v 12. členu kot tudi samostojen naslov (XV, Varstvo potrošnikov). Prva nalaga Uniji, da varstvo potrošnikov upošteva pri opredeljevanju in izvajanju *drugih* politik. Literatura, se zdi, je do pomena te določbe zadržana.<sup>20</sup> Naslov XV pa daje samostojno podlago za sprejemanje zakonodaje. Vendar pa drugi odstavek 169. člena zakonodajalca omejuje na ukrepe »za podporo, dopolnitev in nadzor politike držav članic« (točka a) oziroma alternativno napotuje na uporabo 144. člena, tj. določbe o harmonizaciji (točka b).

Samostojna pristojnost Unije, da sprejema zakonodajo na področju varstva potrošnikov, je omejena tudi z določbo četrtega odstavka 169. člena, da evropski akt postavlja le minimalno raven: države članice lahko sprejmejo strožje zaščitne ukrepe. Določba je zato razmeroma neprivlačna kot pravna podlaga za zakonodajno dejavnost. Weatherill je naštel le nekaj bolj ali manj obrobnihih aktov, sprejetih na podlagi tega člena. Tako ostaja pravna podlaga za pomembnejše zakonodajne projekte Evropske unije na področju potrošniškega prava določba 114. člena o harmonizaciji, seveda v povezavi s točko b drugega odstavka 169. člena.<sup>21</sup> Na ta način ostajajo zakonodajni projekti Unije na področju potrošniškega prava bistveno povezani s ciljem »vzpostavitve in delovanja notranjega trga« (prvi odstavek 114. člena). Isti člen izrecno omenja varstvo potrošnikov, in sicer morajo zakonodajni projekti, ki »zadevajo« med drugim tudi potrošnike, imeti za izhodišče »visoko raven varstva« (tretji odstavek). Dejstvo, da evropsko potrošniško pravo nastaja kot harmonizacija nacionalnih ureditev, je ključno; pripomniti velja, da literatura šteje potrošniško pravo za eno od področij, na katerih je harmonizacija materialnih prav držav članic najbolj intenzivna.<sup>22</sup>

Vezanost harmonizacije na cilj vzpostavitve notranjega trga je potrdilo tudi Sodišče EU v sodbi v zadevi Nemčija proti Parlamentu in Svetu, ki je bolj znana kot zadeva *Tobacco Advertising*, ker je v njej Sodišče odločalo o veljavnosti Direktive 98/43 o oglaševanju tobačnih izdelkov.<sup>23</sup> Vezanost harmonizacije na vzpostavitev notranjega trga je okrepilo z vzpostavitvijo preizkusa, po katerem je dopusten le ukrep, ki dejansko prispeva k odpravi ovir za uresničevanje prostega pretoka blaga ali storitev ali ki odstranjuje ugotovljiva izkrivljenja konkurence.

<sup>19</sup> Weatherill, str. 306.

<sup>20</sup> Prav tam, str. 16.

<sup>21</sup> Prav tam, str. 17–18. Kritično o pristopu s harmonizacijo Twigg-Flesner, str. 361.

<sup>22</sup> Wilhelmsson, str. 317.

<sup>23</sup> Sodba Zvezna republika Nemčija proti Evropskemu parlamentu in Svetu Evropske unije, C-376/98, EU:C:2000:544; Micklitz, Reich in Weatherill, str. 375.

V konkretnem primeru pri prepovedi oglaševanja tobačnih izdelkov direktiva ni odprla trga za neki drug proizvod, temveč ga je le zaprla za obstoječe tobačne izdelke.<sup>24</sup>

## 6. Krepitev konstitucionalistične koncepcije

Ovira, da bi kot središče normativne pozornosti Unije razumeli posameznika oziroma, v našem ožjem kontekstu, potrošnika kot posameznika, je torej prav v omejitvah, ki jih Uniji postavlja primarno pravo. Nič nepričakovanega ni v tem, da bo konstitucionalistična koncepcija Unije trčila ob oviro prav v določbah pogodb, ki jih seveda sklepajo države članice. Dogodki v razvoju pravnega sistema Unije, ki so vodili h konstitucionalističnemu pojmovanju, so namreč pogosto obenem razgrajevali nacionalno državo.<sup>25</sup> Zato moramo biti tudi razmeroma zadržani, preden kot »rešitev« za tako koncepcijo Unije predlagamo, kar bi se morda (vsaj akademiku, če že ne politiku ali uradniku) zdel logičen odgovor za nastalo zagato: spremembo pogodbe. Konstitucionalistična koncepcija namreč temelji na spoznanju, da je Evropsko unijo, kakršno imamo, ustvarjala cela vrsta različnih posameznikov, ki so v evropskem projektu sodelovali v različnih vlogah in ki so pri delovanju (pripravljanju, predlaganju in razlagi predpisov, denimo) izhajali iz določenega etičnega samodojemanja.<sup>26</sup>

## 7. Minimalna in maksimalna harmonizacija kot primer

Zato bi veljalo razmisliti, ali je mogoče v potrošniškem pravu krepiti posameznika kot središče normativne pozornosti Unije tudi v okvirih in omejitvah veljavnega primarnega prava. Kot primer lahko preučimo pojav, ki je doživel kar nekaj kritike ali vsaj pomislekov v literaturi s področja potrošniškega prava.<sup>27</sup> Gre za premik od minimalne k maksimalni harmonizaciji. Pri prvi velja, da direktiva določi le najnižje standarde varstva potrošnikov, kar pomeni, da lahko države članice še vedno določijo višji standard, ne smejo pa v domači zakonodaji znižati standarda. Pri maksimalni harmonizaciji<sup>28</sup> pa državam članicam ni več dopuščeno, da bi v svoji zakonodaji določile višji standard.<sup>29</sup> S tovrstnim premi-

<sup>24</sup> Weatherill, str. 77.

<sup>25</sup> V izvirniku *disaggregate the State*; Halberstam (2010), str. 28.

<sup>26</sup> Halberstam (2005), str. 782–783.

<sup>27</sup> Ramsay, str. 333; Howells in Wilhelmsson, str. 376. Prim. Micklitz, Reich in Weatherill, str. 387.

<sup>28</sup> V angleškem jeziku najdemo tudi izraza *full* in *exhaustive harmonization*. Glej denimo Barnard, str. 658.

<sup>29</sup> Ramsay navaja dva primera, ko je Sodišče EU štelo za neskladno s pravom EU domačo zakonodajo, ki je določala višji standard, kot ga je predvidel evropski zakonodajalec v Direktivi o nepoštenih poslovnih praksah.

kom postane raven varstva, določena na naddržavni ravni, ključna.<sup>30</sup> Tudi zato vsebuje določba 114. člena navodilo, da naj bo izhodišče zakonodajnih projektov visoka raven varstva potrošnikov. Pripomniti velja, da odločitev o ravni varstva, sprejeta že v pogodbi, ne pomeni, da je tako določena visoka raven tudi absolutno najvišja.<sup>31</sup> Z drugimi besedami, teoretično obstaja tudi višja raven varstva od tiste, ki je določena z ukrepom maksimalne harmonizacije, vendar direktiva državi članici preprečuje, da bi jo določila. Obenem je res, da določba tretjega odstavka 114. člena preprečuje, če že ne prepoveduje evropskemu zakonodajalcu, da bi določil nizko oziroma najnižjo možno raven varstva.<sup>32</sup> Sama po sebi ta določba ni zapoved evropskemu zakonodajalcu, da naj se vedno odloči za maksimalno harmonizacijo.

Za kakšen pristop k harmonizaciji se bo odločil, je tako politična odločitev (in to po Weatherillovem mnenju<sup>33</sup> občutljiva politična odločitev). V okviru tega prispevka nas zanima, ali lahko o odločitvi o pristopu k harmonizaciji razmišljamo tudi z vidika različnih teoretskih koncepcij Unije. Ali lahko takšna ali drugačna odločitev premakne središče normativne pozornosti Unije bliže k posamezniku ali ga od njega celo oddalji? Glede na naše prejšnje ugotovitve nas zanima predvsem, ali lahko takšno ali drugačno pojmovanje popravi vtis, da je potrošnik kot posameznik v pomožni vlogi. Na prvi pogled se zdi, da je konstitucionalistični koncepciji Unije bolj tuj pristop minimalne harmonizacije, pri kateri lahko države članice še vedno določajo višje standarde. Takšna zakonodajna dejavnost se zdi bolj intergovernmentalističnega značaja: pričakovati bi bilo, da bi koncepciji, ki Unijo razume le kot podaljšek držav članic, njihovega agenta, ki svojo legitimacijo črpa iz prizadevanja za interes držav članic, bolj ustrezala ureditev, po kateri države na naddržavno raven prenesejo le tisto, kar je v njihovem interesu (tj. interesu vseh), in si pridržijo čim obsežnejši manevrski prostor. Pod predpostavko, da zdržijo tudi očitki »producerisma« pri državah članicah, bi to držalo še toliko bolj: zakaj bi domača omrežja moči (omenja jih Halberstam), ki skrbijo predvsem za interese domačih gospodarskih družb, privolila v omejevanje možnosti, da varstvo potrošnikov ohranijo na najnižji ravni?

A vtis ni nujno pravi. V javni razpravi o predlagani direktivi o pravicah potrošnikov, ki je potekala pred odborom za evropske zadeve Lordske zbornice, se je pokazalo, da maksimalno harmonizacijo podpirajo predvsem gospodarska interesna združenja, ki so se zavzemala za odpravo fragmentiranega varstva potrošnikov v Evropski uniji in poudarjala, da bodo enotna pravila pripeljala

<sup>30</sup> Weatherill, str. 27.

<sup>31</sup> Dougan, str. 864.

<sup>32</sup> Stuyck, str. 392.

<sup>33</sup> Weatherill, str. 26.

do »večje izbire in bolj konkurenčnih cen« za potrošnika. Trgovsko interesno združenje EuroCommerce maksimalno harmonizacijo podpira, ker preprečuje nepotrebno nacionalno »lišpanje« (*gold plating*) evropskih standardov varstva. Največje dvome glede pristopa maksimalne harmonizacije so izražale potrošniške organizacije, denimo vseevropsko združenje BEUC (*Bureau Européen des Unions de Consommateurs*). Skrbelo jih je predvsem, da bo utrditev standardov na evropski ravni pripeljala do na splošno nižjega standarda za potrošnike v Evropi, pa tudi, da se na tak način odpovemo prožnosti, saj ni več mogoče »eksperimentiranje« oziroma preizkušanje rešitev v posameznih sistemih, preden se uveljavijo v celotnem pravnem prostoru Unije.<sup>34</sup>

## 8. »Konstitucionalistična dekonstrukcija« subjekta

Kako torej razumeti opisano situacijo? Uvodoma smo navedli Eversonovo in Joergesa in na podlagi njunih ugotovitev opozorili, da je posameznik v pravnem in političnem prostoru Unije kompleksen subjekt, ki združuje več prepletajočih se vlog in identitet. Iz tega najprej izhaja, da *posameznika* kot središče normativne pozornosti Unije v Halberstamovi konstitucionalistični koncepciji ne smemo zreducirati le na fizično osebo, državljana itd. V konstitucionalistični koncepciji Unije mora biti prostor tudi za posameznika kot delavca, delničarja, podjetnika ipd., s tem pa tudi za pravne osebe in gospodarske subjekte. Da je dejansko tako, je najpreprosteje vidno že iz vloge, ki jo pravne osebe igrajo v pravnem sistemu Unije – kot stranke v postopkih pred Sodiščem EU. Zlasti v postopkih neposrednega dostopa do Sodišča so veliko pogostejše kot fizične osebe. Ne gre pa te ugotovitve razumeti kot kategorično trditev, da so ali bi morale biti fizične in pravne osebe v konstitucionalistični koncepciji izenačene.

Vendar pa se prav iz predmeta naše razprave lahko naučimo, da tudi na gospodarsko družbo v evropskem pravnem prostoru ne moremo gledati kot na koherenten subjekt, temveč moramo dekonstruirati tudi njo. Bolj kot za prepletajoče se vloge in identitete gre za to, da se gospodarski subjekti med seboj razlikujejo, z dejanskimi razlikami med njimi pa so povezane razlike med vlogami, ki jih igrajo v sistemu, v katerem tudi oni uživajo normativno pozornost Unije. Iz dejstva, da so pred Lordsko zbornico maksimalno harmonizacijo zagovarjala bruseljska interesna združenja, kakršno je BEUC, ne moremo potegniti skrajno posplošenega zaključka, da evropskemu gospodarstvu ustreza maksimalna harmonizacija. Igralci na trgu se razlikujejo in na različnost njihovih položajev vpliva več dejavnikov, zlasti pa seveda velikost. Logično je, da

<sup>34</sup> Poročilo Lordske zbornice, točka 47 in nasl.; Ramsay, str. 333. Za podoben argument v zvezi z eksperimentiranjem glej tudi Howells in Wilhelmsson, str. 380.



so največji podporniki maksimalne harmonizacije igralci na trgu, ki so dovolj veliki, da so prisotni na velikem številu nacionalnih trgov po Uniji. Takšnim igralcem priprava enotne trženjske strategije za deset ali dvajset nacionalnih trgov opazno zniža stroške.<sup>35</sup>

Podobno pomemben dejavnik je država, iz katere prihaja igralec na trgu. Dejstvo, da maksimalna harmonizacija pomeni utrditev standarda na določeni ravni, kot opozarja Barnard, pomeni, da so pogajanja dolgotrajna in napor-na, države članice pa trmasto zagovarjajo svoje interese.<sup>36</sup> (Ne gre pozabiti, da se zakonodaja po 114. členu PDEU sprejema s kvalificirano večino, kar lahko pomeni tudi preglasovanje – kot v primeru Nemčije, ki je »pravico« nato iskala na Sodišču v že omenjeni zadevi, povezani z oglaševanjem tobaka.) To seveda pomeni, da gospodarski subjekti iz države članice, ki je morala v pogajanjih popustiti, ne morejo računati, da bo specifična ureditev, ki je doslej veljala v tisti državi članici, veljala še naprej, temveč lahko računajo s prilagoditvijo. Nasprotno pa velja za »zmagovalce«.

V literaturi je bilo že opozorjeno, da se ne le pravni sistemi, temveč tudi kulturni in družbeni konteksti, v katerih deluje nacionalno potrošniško pravo, med seboj razlikujejo.<sup>37</sup> Razlikujejo se tudi pojmovanja oziroma vizije (*image*) potrošnika, na podlagi katerih se oblikujejo pravila potrošniškega prava. Onkraj civilizacijsko-kulturnih razlik pa je denimo Damjan Kukovec nedavno prikazal, kako je mogoče Evropsko unijo razumeti tudi z vidika dvodelbe na središče in periferijo. Periferija, kamor se uvrščajo predvsem nove in južnoevropske države članice, je v gospodarsko šibkejšem položaju, med drugim zato, ker v teh gospodarstvih skoraj ne nastajajo blagovne znamke, ki bi nato osvajale trge po celotni Uniji, temveč se to dogaja skoraj izključno v smeri od središča proti periferiji. Pretok delovne sile pa se giblje v nasprotni smeri – delavci iz perifernih držav članic zaposlitev iščejo v državah članicah v središču.<sup>38</sup> Namesto da v besednjaku Evropske unije (in njenega prava) prek dvodelb, ki ne upoštevajo razlik med posameznimi geografskimi deli Unije (npr. delavec – delodajalec), utrjujemo podrejeni položaj subjektov, ki prihajajo s periferije, moramo pravo Unije začeti misliti s pomočjo »koordinatnega sistema« (*grid*), ki nam pomaga razumeti, da položaj in interesi proizvajalca ali trgovca iz ene države članice niso nujno enaki kot položaj in interesi subjekta iz neke druge članice.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Weatherill, str. 53, ki citira sodbo Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. v. Mars GmbH, C-470/93, EU:C:1995:224.

<sup>36</sup> Barnard, str. 659.

<sup>37</sup> Dougan, str. 861.

<sup>38</sup> Kukovec, str. 408–409.

<sup>39</sup> Prav tam, str. 424.



## 9. Zahteva po večji prožnosti

Iz tega sledi, da pri konkretnem vprašanju, ki smo si ga zastavili, namreč kako v konstitucionalistično koncepcijo Unije umestiti bodisi minimalno bodisi maksimalno harmonizacijo, vse kaže, da mora evropsko pravo potrošnikov ohraniti čim večjo prožnost v razmerju do nacionalnih ureditev. Če želimo ohraniti osredotočenost normativne pozornosti Unije in njenega prava na posamezniku, ne smemo zanemariti nekoherentnosti posameznika kot pravnega subjekta. Prvič, v njem se prepletajo različne vloge in identitete, zaradi česar ni le potrošnik, temveč tudi delavec, proizvajalec itd. In drugič, posamezniki kot subjekti prava Evropske unije se razčlenjujejo in razslojujejo tudi glede na to, iz katere države članice prihajajo, in to velja tudi za gospodarske subjekte. Če za zdaj privzamemo ugotovitev Joergesa in Eversonove, da je za oblikovanje kompromisov in uskladiitev interesov različnih subjektov in različnih vlog, ki jih igrajo posamezni subjekti, še vedno najprimernejši kontekst nacionalne demokracije, moramo tudi v okviru naše razprave to prevesti v zahtevo po večjem manevrskem prostoru za države članice v sistemu potrošniškega prava, ki ga sestavlja več ravni.

Domnevati je mogoče, da se ta zahteva ne ustavi le pri prednosti, ki naj jo maksimalna harmonizacija uživa pred minimalno. Verjetno je za to, da bi se v kontekstu nacionalne demokracije nastali kompromisi udobno umestili v okvir prava Unije, treba občasno poseči tudi po možnosti, da se kljub harmonizaciji ohranijo določbe nacionalnega prava, kot to izhaja iz četrtega odstavka 114. člena PDEU. Z upoštevanjem te možnosti si lahko torej zamislimo pristop k urejanju na naddržavni ravni, ki bi deloma poenotil pravila za vse države članice in kot vsebinsko rešitev izbral kompromis, vendar pa bi lahko vsaka država članica od kompromisne ravni odstopila »navzgor« ali pa »navzdol«. S konstitucionalistično koncepcijo Unije navdahnjena uporaba tega aparata za umeščanje potrošniškega prava med državno in naddržavno bi, glede na naše prejšnje ugotovitve, zahtevala široko razlago določbe četrtega odstavka 114. člena. Morda bi – če že ne pravno, pa neformalno in politično – zahtevala tudi utemeljitev za dvig standardov nad raven, postavljeno v harmonizacijskem ukrepu. Na ta način bi postalo umeščanje nacionalnih demokratičnih kompromisov v naddržavni okvir potrošniškega prava bolj transparentno. Pričakovati bi bilo, da bi se okrepil tudi dialog – kot temeljno orodje ustavnega pluralizma – med državami članicami o tem, kaj je v posamezni nacionalni politični skupnosti sprejemljiv kompromis med različnimi interesi, vlogami in identitetami. Tovrsten dialog lahko dolgoročno prispeva k temu, da se tudi na ravni Unije začnejo sklepati kompromisi med različnimi interesi in vlogami, kot zdaj nastajajo v nacionalnih političnih skupnostih.

Seveda pa ne moremo mimo tega, da so razlogi v četrtem odstavku 114. člena, iz katerih se država članica lahko izogne določenemu harmonizacijskemu

ukrepu, določeni razmeroma ozko, in tudi če se v kontekstu konstitucionalistične koncepcije zavzamemo za njihovo široko razlago, utegnemo prej ali slej naleteti na meje, ki jih postavi jezik Pogodbe. To nas napoti na širšo razpravo, in sicer o možnostih, ki se odprejo onkraj meja Pogodb. Razpravo bi lahko seveda nadaljevali s preučevanjem hipotetičnih možnosti o spremembi določb pogodbe, ki smo jih vpletli v zgornjo diskusijo.

Iz naše ugotovitve, da lahko konstitucionalistični viziji Unije zadostimo le, če lahko v pravnem okviru sprejmemo kompromis, s katerim na demokratičen način uskladimo različne vloge in identitete posameznika, bi glede na zgornje ugotovitve sledilo, da moramo v potrošniškem pravu dodatno zrahljati okvire harmonizacije, npr. s širitvijo norme četrtega odstavka 114. člena. S tem bi dopustili (še) širši manevrski prostor državam članicam, da v okvir evropskega potrošniškega prava umestijo doma sprejete kompromise med vlogami in identitetami posameznikov. A zdi se, četudi razpravljamo o hipotetičnih možnostih, da bi tovrstno rahljanje in širjenje okvirov prej ali slej postalo realna ovira za obstoj notranjega trga.<sup>40</sup>

## 10. Namesto sklepa

Ponuja se alternativa, da namesto o različnosti – če parafraziramo slogan Unije – razmišljamo o enotnosti in torej o tem, kako bi Unijo lahko spremenili. Glede na naše prejšnje ugotovitve se tu ponuja nekoliko varljiva možnost, da bi države članice ob naslednji spremembi primarnega prava odpravile omejitve pristojnosti Unije po 169. členu PDEU in omogočile samostojno urejanje potrošniškega prava, ki vsaj na videz ne bi bilo več vezano na cilj vzpostavljanja notranjega trga, kot je to trenutno zaradi povezave s 114. členom PDEU. Vendar lahko upravičeno dvomimo, da bi ta sprememba evropsko potrošniško pravo resnično odvezala od logike notranjega trga in izpolnila pričakovanja, ki smo jih ustvarili, ko smo oblikovali konstitucionalistično koncepcijo Unije. Zdi se, da je globoka ekonomska logika integracije enostavno premočna oziroma preveč vplivna, da bi lahko od sprememb posameznih določb Pogodb pričakovali razvoj socialne razsežnosti Unije, ki bi bila enakopravna ekonomski razsežnosti.<sup>41</sup> V »predlizbonskem«<sup>42</sup> prispevku je Poiares Maduro prikazal, kako globoko so posamezne socialne prvine prava Unije zasidrane v ekonomski integraciji.<sup>42</sup> Po sklenitvi Lizbonske pogodbe, ki je med cilje Unije uvrstila tudi vzpostavitev socialnega

<sup>40</sup> Dougan, str. 865.

<sup>41</sup> O (ne)enakopravnosti obeh razsežnosti tudi Shaw, Hunt in Wallace, str. 343.

<sup>42</sup> Poiares Maduro (2000), str. 336.

tržnega gospodarstva, pa je Scharpf prikazal vse razloge, zaradi katerih je ta cilj v širšem kontekstu evropske integracije nemogoče doseči.<sup>43</sup>

Za nadaljnje oblikovanje konstitucionalistične koncepcije Unije je namesto tovrstnih popravkov besedila treba odpreti širšo razpravo. Če se odpovemo potrebi nacionalnih političnih in družbenih sistemov po prilagajanju evropskega prava, tako da bi vanj umestili kompromise, ki jih sklepajo posamično, moramo razmišljati o tem, ali je mogoče proces sklepanja kompromisa namesto tega izpeljati na naddržavni ravni. Od zaključkov takšnega razmišljanja glede na naše ugotovitve torej pričakujemo, da bodo dali dokončnejše odgovore na dileme naddržavnega in državnega v potrošniškem pravu. Obenem pa je cilj tega razmišljanja veliko širši, saj lahko od njega terjamo tudi odgovor na dileme iz diskusije o »evropskem socialnem modelu«<sup>44</sup> ali »evropskem socialnem jazu«.<sup>45</sup>

Poiskati takšen odgovor brez dvoma presega namen in domet tega prispevka, zelo verjetno pa tudi domet prispevka, ki ga lahko evropski integraciji da pravna veda. A v zaključku prispevka lahko opozorimo na dva poudarka, ki sta, kakor izhaja iz prejšnjih izvajanj, za to razpravo ključna.

Vprašanje, ali naddržavna raven sploh lahko zagotovi demokratično infrastrukturo, v kateri je mogoče sprejemati kompromise med različnimi vlogami in identitetami posameznikov, kakor to poteka na državni ravni, je v tej razpravi ključno. Očitno je, da ne more zagotoviti po Everssonovi in Joergesu ključne prvine – nacionalne identitete, zato se bo moral evropski konstitucionalizem verjetno posvetiti prav temu, kaj naj jo nadomesti. S konstitucionalističnimi izhodišči te razprave je precej skladen denimo predlog Poiaresa Madura, da je za prepoznavo »socialnega jaza« Evrope treba zgraditi širšo politično skupnost, ki bo znala bolj neposredno povezati posameznike brez držav članic v vlogi vmesnikov.<sup>46</sup>

Drugo, s tem povezano vprašanje pa je, ali in na kakšen način je tudi v oblikovanju naddržavnega kompromisa med vlogami in identitetami posameznika, morebiti že člana te »nove« politične skupnosti, prostor za ohranjanje raznolikosti med nacionalnimi sistemi in edinstvenimi kompromisi, sklenjenimi na ravni države.

<sup>43</sup> Scharpf, *passim*.

<sup>44</sup> Schiek, str. 2.

<sup>45</sup> Poiares Maduro (2000), *passim*.

<sup>46</sup> Prav tam, str. 340 in nasl.

## Literatura in viri

- BARNARD, C., *Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4. izdaja. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- DOUGAN, M., Minimum Harmonization and the Internal Market. *Common Market Law Review*, 2000, letn. 37, št. 4, str. 853–885.
- EVERSON, M., JOERGES, C., Consumer Citizenship in Postnational Constellations? *EUI Working Paper LAW No. 2006/47*, <http://ssrn.com/abstract=964187> (12. 8. 2015).
- HALBERSTAM, D., The Bride of Messina: Constitutionalism and Democracy in Europe. *European Law Review*, 2005, št. 30.
- HALBERSTAM, D., Pluralism in Marbury and Van Gend. V: Poiares Maduro, M., in Azoulai, L. (ur.). *The Past and Future of EU Law*. Oxford: Hart, 2010, str. 26–36.
- HOWELLS, G., European Consumer Law. V: Barnard, C., in Peers, S. (ur.). *European Union Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HOWELLS, G., WILHELMSSON, T., EC Consumer law: has it come of age? *European Law Review*, 2003, letn. 28, št. 3, str. 370–388.
- KUKOVEC, D., Law and the Periphery. *European Law Journal*, 2015, letn. 21, št. 3, str. 406–428.
- Lordska zbornica (House of Lords), European Union Committee – Eighteenth Report: EU Consumer Rights Directive: getting it right, 2009, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldecom/126/12602.htm> (12. 8. 2015).
- MICKLITZ, H.-W., REICH, N., WEATHERILL, S., EU Treaty Revision and Consumer Protection. *Journal of Consumer Policy*, 2004, letn. 27, št. 4, str. 367–399.
- MORAVCSIK, A., In Defence of the »Democratic Deficit«: Reassessing Legitimacy in the European Union, *Journal of Common Market Studies*, 2002, letn. 40, št. 4, str. 603–624.
- POIARES MADURO, M., Europe's social self: The sickness unto death. V: Shaw, J. (ur.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*. Oxford: Hart, 2000, str. 325–349.
- POIARES MADURO, M., Europe and the Constitution. What if this is as good as it gets? V: Weiler, J. H. H., in Wind, M. (ur.), *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, str. 74–102.
- SCHARPE, F. W., The Asymmetry of European Integration, *KFG Working Paper 6*, [http://www.polsoz.fu-berlin.de/en/v/transformeurope/publications/working\\_paper/WP\\_06\\_September\\_Scharpf1.pdf](http://www.polsoz.fu-berlin.de/en/v/transformeurope/publications/working_paper/WP_06_September_Scharpf1.pdf) (12. 8. 2015).
- SCHIEK, D., The EU's socio-economic model(s) and the crisi(e)s – any perspectives?, *CELLS Working Paper 2/2013*, [www.law.leeds.ac.uk/assets/files/events/Schiek-\(2013\)-The-EU's-socio-economic-model\(s\)-and-the-cri\(e\)s---any-perspectives.pdf](http://www.law.leeds.ac.uk/assets/files/events/Schiek-(2013)-The-EU's-socio-economic-model(s)-and-the-cri(e)s---any-perspectives.pdf) (12. 8. 2015).

- SHAW, J., HUNT, J., WALLACE, C., *The Economic and Social Law of the European Union*. Palgrave MacMillan: Basingstoke, 2007.
- STUYCK, J., European consumer law after the Treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market. *Common Market Law Review*, 2000, letn. 37, str. 367–384.
- RAMSAY, I., Regulation and the Constitution of the EU Single Market: The Contribution of Consumer Law. *Canadian Business Law Journal*, 2011, letn. 50, str. 322–355.
- TWIGG-FLESNER, C., The Case for a New Approach in EU Consumer Legislation, *Journal of Consumer Policy*, 2010, letn. 33, str. 355–375.
- WEATHERILL, S., *EU Consumer Law and Policy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.
- WHITMAN, J., Consumerism Versus Producerism: A Study in Comparative Law. *Yale Law Journal*, 2007, letn. 117, str. 340–549.
- WILHELMSSON, T., The Abuse of the »Confident Consumer« as a Justification for EC Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*, 2004, letn. 27, št. 3, str. 317–337.



# Nelojalna konkurenca in potrošniško pravo – nadgradnja, erozija, nova paradigma?

Peter Grilc

## 1. Uvod

Razprava obravnava vprašanje, ali je krepitev prava varstva potrošnikov v zakonodaji, tako v ureditvi držav članic kot na nadnacionalni ravni in tudi globalno, povzročila več kot le opazne spremembe vloge in pomena prava zatiranja nelojalne konkurence. Dejstvo je namreč, da je bilo pravo zatiranja nelojalne konkurence od nastanka tega dela konkurenčnega prava osrednji konkurenčno-pravni vzvod za varovanje interesov najprej fizičnih oseb v razmerju do poslovnih subjektov, z dokončnim sprejemom termina potrošnik pa tudi za varstvo potrošnikov. Z razpravo seveda ne posegamo v varovanje potrošnikov prek virov in prakse drugih pravnih področij, zlasti obligacijskega prava, posebej pogodbenega prava, pa tudi ne prek virov in prakse upravnega prava. Temeljna dilema, ki jo želimo obravnavati, je torej, ali je pravo zatiranja nelojalne konkurence z razvojem in krepitevijo (moderne) prava varstva potrošnikov doživelo svojevrstno erozijo in se je težišče premaknilo od nelojalne konkurence k potrošniškemu pravu in ali se kljub temu ti dve pravni področji ne dopolnjujeta.

## 2. Razmerje med nacionalno in supranacionalno ureditvijo

### 2.1. Pravo varstva konkurence

Če ureditev konkurence in politiko konkurence predstavimo s poenostavljeno shemo, lahko ugotovimo, da konkurenčno pravo v najširšem pomenu obsega omejevanje konkurence, torej prepoved omejevalnih sporazumov, sklepov združenj podjetij in usklajenih ravnanj, prepoved zlorabe prevladujočega položaja, ureditev koncentracij, pa javne monopole prek storitev splošnega gospodarskega pomena, ureditev državnih pomoči, specifično omejevanje konkurence z akti javnih oblasti, z zunanjo trgovino povezano protidumpinško ureditev in zatiranje nelojalne konkurence. Že na prvi pogled je zanimivo, da so prva naštetá področja predmet ureditve na nadnacionalni ravni, da je torej pri njih mogoče zaznati močen harmonizacijski in unifikacijski naboj, ob tem pa so urejena tudi na ravni držav članic. Tako so omejevalni sporazumi, sklepi in usklajena ravnanja urejeni

(naštevamo le temeljne določbe, v sekundarno zakonodajo se tu iz razumljivih razlogov ne spuščamo) v 101. členu PDEU in na nacionalni ravni v državah članicah, prepoved zlorabe prevladujočega položaja v 102. členu PDEU in na nacionalni ravni v državah članicah, koncentracije so urejene v Uredbi 139/2004 in spet v nacionalnih ureditvah držav članic. Javni monopoli prek storitev splošnega gospodarskega pomena so urejeni v 106. členu PDEU in po segmentih v nacionalnih predpisih (pri nas npr. v ZGJS), ureditev državnih pomoči je v gospodarskih integracijah izrazito komunitarna, kar velja tudi za dumping.

## 2.2. Zatiranje nelojalne konkurence

Povsem drugačno je razmerje med nadnacionalno in nacionalno ureditvijo na področju zatiranja nelojalne konkurence. Ta zaradi vrste posebnosti – med katerimi velja omeniti zlasti utemeljevanje na vrednostnih kriterijih<sup>1</sup> in različnost teh vrednostnih kriterijev, ki so kljub enotnemu izhodišču na različnih območjih zelo različni (kaj je dober poslovni običaj oziroma njegova ustreznicca v primerjalnem pravu, je marsikdaj odvisno od prostora in časa) – ni bila dvignjena na nadnacionalno raven, zato poenotena nadnacionalna ureditev ni bila primerna. Opazne so tudi razlike v primerjalnem pravu, kjer pravni redi postavljajo pravila za zatiranje nelojalne konkurence v posebnih predpisih<sup>2</sup> ali v predpisih civilnega prava<sup>3</sup> ali kot pravilo običajnega prava,<sup>4</sup> zato je unifikacija domala neizvedljiva,

<sup>1</sup> Osrednji element so vendarle vrednostno nabiti dobri poslovni običaji, morala, etika, *Treu und Glauben, gute Sitten, coretzeza professionale, passing off* ipd.

<sup>2</sup> Npr. pri nas geneza od ZZNKMS prek Zakona o trgovini do 13. člena Zakona o varstvu konkurence ali v Nemčiji UWG.

<sup>3</sup> Npr. preganjanje dejanj prek civilnega delikta v 1382. členu francoskega Code civil: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*. Tako tudi ureditev nelojalne konkurence (*concorrenza sleale*) v 2598. členu italijanskega Codice civile: *Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi [2563, 2568, 2569] e dei diritti di brevetto [2584, 2592, 2593], compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione [2564] con i nomi o i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.*

<sup>4</sup> V sistemih *common law* doktrina *passing off* dejanja obravnava na kazuističen način, kar potrjuje tradicionalno nerazvito enotno kategorijo nelojalne konkurence. Prepovedana so posamezna dejanja, ki ogrožajo pošteno (*fair*) konkurenco, posebej značilno dejanje je zloraba oznamenil drugega podjetja. Praksa in definicija *passing off* pa razodevata, da je *passing off* na voljo v takih primerih: »... there is a prospect of confusion of identity through the unauthorised use of similar marks or get up, and such use damages, or is likely to damage the goodwill and reputation of a business.« V *Reckitt & Colman Products Ltd v. Borden Inc* [1990] 1 All E.R. 873 je lord Oliver preoblikoval prejšnjih pet Diplockovih vodil (v *Erven Warnink v. Townend & Sons Ltd.* (1979 AC 731, 742 (HL))) v le



harmonizacija pa bi bila težavna. Zunaj potrošniškega prava je zato področje varstva proti nelojalni konkurenci začela dopolnjevati in nadgrajevati tudi sektorska zakonodaja, o čemer bo govor v nadaljevanju.

Nelojalna konkurenca torej drugače kot omejevanje konkurence ni predmet ureditve v primarnih virih EU, vendar so podlage za njeno urejanje v vrsti posameznih določb<sup>5</sup> in v vrsti odločb. Število določb na posebnih področjih je namreč že skoraj neobvladljivo. Dobri ilustraciji sta npr. področji humane medicine<sup>6</sup> in televizija brez meja;<sup>7</sup> navedeno kaže, da je treba te vire v posameznih primerih upoštevati pri razlagi določb o nelojalni konkurenci.<sup>8</sup> Je pa treba tako pri odločbah kot pri posameznih direktivah ugotoviti, da niso bile osredotočene na samo nelojalno konkurenco, temveč zlasti na skupni trg prek zagotavljanja ekonomskih svoboščin, tako da je bilo zatiranje nelojalne konkurence v njih zlasti orodje, pomoč v tej smeri.<sup>9</sup> Zanimiv je tudi trk evropskih temeljnih svoboščin s tem področjem.<sup>10</sup>

---

tri – ugotovi se in dokaže obstoj teh elementov: (1) *goodwill*, (2) *misrepresentation*, (3) *damage to goodwill*, kar spet kaže na pristop, ki je podoben kontinentalnim civilnopravnim pristopom.

<sup>5</sup> Prim. prvi odstavek 60. člena Pogodbe o ESPJ, uvodne izjave Pogodbe o ustanovitvi EGS, ožje: »Recognising that the removal of existing obstacles calls for concerted action in order to guarantee steady expansion, balanced trade and fair competition ...« Širše, vključujoč omejevanje konkurence, v členu 3f: »... the institution of a system ensuring that competition in the common market is not distorted.« Prim. von der Groeben in Schwarze.

<sup>6</sup> Direktiva 2001/83/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. novembra 2001 o zakoniku Skupnosti o zdravilih za uporabo v humani medicini, uvodna izjava 40: *Določbe, ki urejajo informacije za uporabnike, morajo zagotavljati visoko stopnjo varstva potrošnika, da se na podlagi popolnih in razumljivih informacij zdravila lahko pravilno uporabljajo.*

<sup>7</sup> Direktiva Sveta z dne 3. oktobra 1989 o usklajevanju nekaterih zakonov in drugih predpisov držav članic o opravljanju dejavnosti razširjanja televizijskih programov (89/552/EGS), iz uvodnih izjav:

- ker je treba sprejeti ukrepe, ki bodo omogočili prehod od nacionalnih tržišč do skupnega tržišča programske produkcije in distribucije ter ustvarjali pogoje lojalne konkurence, ne da bi pri tem posegali v funkcijo televizijskih storitev, povezano z varovanjem javnega interesa;
- ker ta direktiva, ki je omejena posebej na pravila razširjanja televizijskih programov, ne posega v obstoječe ali prihodnje akte Skupnosti o usklajevanju, zlasti tiste za izpolnjevanje obveznih zahtev v zvezi z zaščito potrošnikov ter poštenimi trgovinskimi transakcijami in lojalno konkurenco;
- ... ker je za zagotavljanje popolne in pravilne zaščite interesov potrošnikov kot televizijskih gledalcev nujno, da za televizijsko oglaševanje velja določeno število minimalnih pravil in norm ...

<sup>8</sup> Sodba BV Industrie Diensten Groep v. J. A. Beele Handelsmaatschappij BV, 6/81, EU:C:1982:72; sodba Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. v. Yves Rocher GmbH, C-126/91, EU:C:1993:191; sodba Criminal proceedings against Miro BV, 182/84, EU:C:1985:470.

<sup>9</sup> Podobno s področja prostega pretoka blaga v sodbi Criminal proceedings against Karl Prantl, 16/83, EU:C:1984:101; sodbi Pall Corp. v. P. J. Dahlhausen & Co., C-238/89, EU:C:1990:473; sodbi Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v. Lancaster Group GmbH, C-220/98, ECLI:EU:C:2000:8; sodbi Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v. Adolf Darbo AG, C-465/98, EU:C:2000:184. Na področju prostega pretoka storitev so take presečne odločbe npr. v sodbi Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, C-55/94, EU:C:1995:411; in sodbi Alpine Investments BV v. Minister van Financiën, C-384/93, EU:C:1995:126.

<sup>10</sup> Prim. Grilc (2011).

### 2.3. Pravo varstva potrošnikov

Drugače kot nelojalna konkurenca pa je varstvo potrošnikov izrecno dvignjeno na nadnacionalno raven. Pravno podlago je mogoče najti v določbi uvodnega člena o pristojnostih, po kateri si Unija deli pristojnost z državami članicami *inter alia* na področju varstva potrošnikov (točka f drugega odstavka 4. člena PDEU), v določbi 12. člena (prejšnji člen 153(2) PES), po kateri se pri opredeljevanju in izvajanju drugih politik in dejavnosti Unije upoštevajo zahteve varstva potrošnikov, pri ciljih kmetijske politike,<sup>11</sup> instrumentalno je omenjeno v tretjem odstavku 101. člena ter v 102. in 107. členu, pomembna je določba 114. člena o približevanju zakonodaje,<sup>12</sup> osrednja pravna podlaga pa je seveda naslov XV (Varstvo potrošnikov) v 169. členu PDEU (prejšnji člen 153 PES).<sup>13</sup> V devetdesetih letih prejšnjega stoletja je bilo varstvo potrošnikov še v pristojnosti Generalnega direktorata za notranji trg, ki se je ukvarjal predvsem z odpravljanjem ovir pri delovanju tega trga, tudi tistih, ki jih je zaznal zaradi zelo različnih nacionalnih ureditev zatiranja nelojalne konkurence, pri čemer se je oprl na načelo države izvora. Po letu 1999 je Generalni direktorat za varstvo potrošnikov začel opozarjati na učinke nelojalne konkurence pri varstvu potrošnikov. Ta navzkrižja v pristojnostih so leta 2001 privedla do nekajmesečne blokade v vrsti zakonodajnih postopkov. Nelojalna konkurenca in nezadostno varstvo potrošnikov seveda nista temeljni oviri za nastanek in delovanje skupnega trga, čeprav iz citiranih zadev izhaja, da sta v tem kontekstu zelo pomembna elementa. Ugotovimo lahko, da evropsko pravo izkazuje pozitivno naravnost v smeri varovanja potrošnikov in konkurentov tudi prek sklicevanja na pravila o lojalni konkurenci in to spodbuja s posamičnimi ukrepi oziroma pravnimi viri, vendar je tak pozitiven pristop

<sup>11</sup> Člen 39 (prej 33. člen PES) v točki e določa, da je eden od ciljev skupne kmetijske politike zagotoviti, da je preskrba potrošnikom dostopna po primernih cenah.

<sup>12</sup> Člen 114 PDEU: *Komisija ima v svojih predlogih iz odstavka 1, ki zadevajo zdravje, varnost, varstvo okolja in varstvo potrošnikov, za izhodišče visoko raven varstva, pri čemer zlasti upošteva nova dognanja na podlagi znanstvenih dejstev ...*

<sup>13</sup> Člen 169 PDEU:

1. Zato da bi podprli interese potrošnikov in zagotovili visoko raven varstva potrošnikov, Unija prispeva k varovanju zdravja, varnosti in ekonomskih interesov potrošnikov, pa tudi k spodbujanju njihove pravice do obveščenosti, izobraževanja in samoorganiziranja za zaščito njihovih interesov.
2. Unija prispeva k doseganju ciljev iz odstavka 1 z:
  - (a) ukrepi, sprejetimi v skladu s členom 114 v okviru uresničevanja notranjega trga;
  - (b) ukrepi za podporo, dopolnitev in nadzor politike držav članic.
3. Evropski parlament in Svet po rednem zakonodajnem postopku in po posvetovanju z Ekonomsko-socialnim odborom sprejmeta ukrepe iz odstavka 2(b).
4. Ukrepi, sprejeti v skladu z odstavkom 3, državam članicam ne preprečujejo ohranjanja ali uvedbe strožjih zaščitnih ukrepov. Takšni ukrepi morajo biti združljivi s Pogodbama. O njih se uradno obvesti Komisija.

vendarle omejen, ker je varovanje obeh skupin instrumentalizirano, ko trči ob zagotavljanje skupnega trga.<sup>14</sup>

### 3. Razmerje med varstvom konkurence in varstvom potrošnikov

Pregled primarnega nadnacionalnega prava glede na navedeno razkrije prevlado varstva konkurence nad varstvom konkurentov in potrošnikov. Z vidika varstva konkurentov po pravu zatiranja nelojalne konkurence je treba opozoriti tudi na varstvo intelektualne lastnine, ki ga velja okrepiti tudi v tem kontekstu.<sup>15</sup> Če strnemo le zgoraj izluščene vidike, lahko ugotovimo, da je varstvo potrošnikov kot posebna komunitarna politika izrazito osamosvojeno in močno področje, vendar kljub temu ni mogoče trditi, da je ureditev nelojalne konkurence popolnoma nepomembna, saj je zajeta v vrsti določb na primarni normodajni ravni EU in je del njenega pravnega reda, poleg tega pa ni mogoče prezreti izrazitega pomena in radiacijskega učinka sodbe v zadevi *Cassis*. Ta in vrsta drugih zadev pričajo, da je Sodišče privzelo varstvo lojalne konkurence v evropsko pravo.<sup>16</sup>

Do začetka osemdesetih let 20. stoletja se je torej precej enovito pravo zatiranja nelojalne konkurence zaradi nekonsistentosti, nesistematičnosti in že nakazane nezmožnosti urejanja na nadnacionalni ravni začelo deloma umikati ureditvi varstva potrošnikov, vsaj v kontinentalnih ureditvah (za matriko je morebiti najboljše vzeti ureditev v nemškem UWG), v sistemih *common law* izrazito manj.

#### 3.1. Ureditev zavajajočega in primerjalnega oglaševanja

Temelje je leta 1984 postavila Direktiva o zavajajočem in primerjalnem oglaševanju,<sup>17</sup> ki je bila pozneje zaradi jasnosti in racionalnosti večkrat bistveno spremenjena.<sup>18</sup> Za razpravo je zanimiva prav zato, ker posega v obliko oglaševanja,<sup>19</sup> ki je eno klasičnih področij zatiranja nelojalne konkurence, hkrati pa je oglaševanje tudi eden osrednjih delov zakonodaje s področja varstva potrošnikov.<sup>20</sup> Do njene

<sup>14</sup> Glöckner, str. 99.

<sup>15</sup> Prav tam, str. 95.

<sup>16</sup> Prav tam, str. 96.

<sup>17</sup> Direktiva 84/450/EGS z dne 10. septembra 1984 o zavajajočem in primerjalnem oglaševanju.

<sup>18</sup> UL L 250, 19. 9. 1984, str. 17.

<sup>19</sup> Zavajajoče in primerjalno sta le dve pojavi obliki, druge pa so še npr. *bait* oglaševanje, oglaševanje z razlikovanjem, nedostojno, prikrito, subliminalno oglaševanje, posebna ureditev oglaševanja tobačnih izdelkov, zdravil in medicinskih pripomočkov ter zdravstvenih storitev, oglaševanje z ocrnjevanjem, oglaševanje z omalovaževanjem, posebna ureditev oglaševanja otrok ali za otroke.

<sup>20</sup> Po 8. točki 1.a člena ZVPot se v pravni red RS, torej v ZVPot, prenese Direktiva 97/55 z dne 6. oktobra 1997 o spremembi Direktive 84/450/EGS o zavajajočem oglaševanju, tako da vključuje primerjalno oglaševanje.

zadnje spremembe leta 2006<sup>21</sup> je prišlo predvsem zato, ker so se kljub temeljni direktivi iz leta 1984 in poznejšim spremembam in dopolnitvam predpisi proti zavajajočemu in nedovoljenemu primerjalnemu oglaševanju v državah članicah še vedno močno razlikovali. Tovrstno oglaševanje sega prek meja posameznih držav članic, zato neposredno vpliva na delovanje notranjega trga in lahko povzroči izkrivljanje konkurence na notranjem trgu.<sup>22</sup> Iz citiranih uvodnih izjav k direktivi je torej mogoče razbrati, da se zakonodajalec drži skupnega trga in konkurence nasploh,<sup>23</sup> da je direktiva tudi potrošniška, področja zatiranja nelojalne konkurence pa z njo ne krepí izrecno. Zakonodajalec torej želi postaviti minimalna in objektivna merila za ugotavljanje, ali je oglaševanje zavajajoče, oblikovati pogoje za dovoljeno primerjalno oglaševanje, kar zadeva primerjave, da bi določili, katere prakse v zvezi s primerjalnim oglaševanjem lahko povzročajo izkrivljanje konkurence, škodijo konkurentom in škodljivo vplivajo na izbiro potrošnikov, treba pa bi bilo uporabiti določbe mednarodnih konvencij o avtorskih pravicah ter nacionalne določbe o pogodbeni in nepogodbeni obveznosti, kadar se sklicuje na rezultate primerjalnih testov, ki jih opravijo tretje stranke, ali so ponatisnjene pri primerjalnem oglaševanju. Direktiva je torej posegla na področji trgovanja med podjetji (*business to business*, B2B) in poslovanja med podjetji in potrošniki (*business to consumer*, B2C) ter v ureditev skupnega trga in konkurence. Ureditev varstva potrošnikov pa je v temeljih tipično področje razmerij med podjetji in potrošniki in osrednji predpis, ki posega na prej klasično področje zatiranja nelojalne konkurence, je Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah (2005).<sup>24</sup> Vendar tudi ta direktiva ni namenjena harmonizaciji področja nelojalne konkurence,<sup>25</sup> temveč primarno varstvu potrošnikov in notranjemu trgu. Direktiva je nedvomno

<sup>21</sup> Direktiva 2006/114/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o zavajajočem in primerjalnem oglaševanju.

<sup>22</sup> Zlasti prosti pretok blaga in ponudba storitev; uvodna izjava 5.

<sup>23</sup> Prim. še uvodno izjavo 4, v kateri je poudarjeno, da oglaševanje ne glede na to, ali pride do sklenitve pogodbe, vpliva na ekonomsko blaginjo potrošnikov in trgovcev.

<sup>24</sup> Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta.

<sup>25</sup> Prim. uvodno izjavo 8, v kateri direktiva neposredno ščiti ekonomske interese potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami podjetij v razmerju do potrošnikov, s tem pa posredno ščiti podjetja, ki poslujejo zakonito, pred njihovimi konkurenti, ki ne upoštevajo pravil te direktive, in tako na področjih, ki jih ureja ta direktiva, zagotavlja pošteno konkurenco: »... obstajajo druge poslovne prakse, ki lahko škodijo konkurentom in strankam podjetij, čeprav ne škodijo potrošnikom. Komisija bi morala natančno preučiti potrebo po ukrepih Skupnosti na področjih nelojalne konkurence, ki presegajo področje uporabe te direktive, in po potrebi predstaviti zakonodajni predlog, ki bi vključeval te druge vidike nelojalne konkurence«; v navedenem besedilu sta edini omembi nelojalne konkurence v direktivi.

presečna, saj posega na obe v tej razpravi obravnavani področji, torej v potrošniško pravo in v pravo nelojalne konkurence. Po eni strani s krepitvijo potrošniškega principa ob pravu nelojalne konkurence pripomore k trku med pravnimi področji in družinami,<sup>26</sup> po drugi strani pa iz analiz iz nemškega pravnega kroga, ki ima več kot stoletno tradicijo prava zatiranja nelojalne konkurence, precej enotno izhaja, da (sicer potrošniško domicilirana) direktiva dejansko krepi (tudi) pravo zatiranja nelojalne konkurence.<sup>27</sup> To dopolnjujejo ugotovitve, da potrošniško zasebno pravo poskuša zagotoviti posameznim potrošnikom možnosti za varstvo prek pravice odpovedi, pravice do informacij in odškodninske odgovornosti. To je deloma neučinkovito, ker je splošna raven varstva potrošnikov odvisna od pripravljenosti posameznikov, da uveljavljajo svoje pravice. Ta pripravljenost je nizka, če gre za odpravo majhnih oškodovanj ali manjših kršitev, poleg tega pa v postopku uspešni posameznik zagotovi varstvo le sebi. Zato mora zakon zagotoviti mehanizme za kolektivna odškodovanja ali vključiti tretje osebe, ki delujejo v korist potrošnikov, in oboje zagotavlja UWG, ki je po § 1 namenjen zaščiti konkurentov, enako pa tudi varstvu potrošnikov in drugih udeležencev na trgu.<sup>28</sup>

Naj ne moti, da smo se v diskurzu oprli na ureditev EU, ne pa tudi na nacionalne ureditve; direktive so bile kot harmonizacijski instrument prenesene v pravne rede držav članic tako vsebinsko kot tudi po namenu, to pa ob njihovem omejenem vplivu na varstvo potrošnikov, notranji trg in konkurenco na splošno pomeni, da niso krepile področja zatiranja nelojalne konkurence v državah članicah. Nasprotno, zaradi prekrivanja vrste prej klasičnih dejanj nelojalne konkurence so temu področju odvzele del poprejšnjega naboja.

#### 4. Razlike med pravom varstva potrošnikov in konkurenčnim pravom

Razlike med pravom varstva potrošnikov ter konkurenčnim pravom in politiko na splošno (torej v najširšem pomenu besede, ne omejeno na nelojalno konkurenco) je mogoče lepo shematično opredeliti.

<sup>26</sup> O tovrstnih trkih širše De Vrey.

<sup>27</sup> Glej EU verschreibt dem UWG mehr Verbraucherschutz, [www.telemedicus.info/article/538-EU-verschreibt-dem-UWG-mehr-Verbraucherschutz.html](http://www.telemedicus.info/article/538-EU-verschreibt-dem-UWG-mehr-Verbraucherschutz.html) (1. 7. 2015); UWG-Novelle soll Verbraucherschutz in Österreich stärken, [verbraucherrecht.at/cms/index.php?id=49&tx\\_ttnews\[tt\\_news\]=1658&cHash=42441fb11b97a514aa150a089367e622](http://verbraucherrecht.at/cms/index.php?id=49&tx_ttnews[tt_news]=1658&cHash=42441fb11b97a514aa150a089367e622) (1. 7. 2015); UWG Novelle 2008: »Verbraucherschutz durch Rechtsvereinheitlichung«, [www.mpr.nomos.de/fileadmin/mpr/doc/2008/MPR\\_08\\_05\\_06.pdf](http://www.mpr.nomos.de/fileadmin/mpr/doc/2008/MPR_08_05_06.pdf) (1. 7. 2015); UWG-Reform (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 2008, [www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/wettbewerbsrecht/uwg-reform](http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/wettbewerbsrecht/uwg-reform) (1. 7. 2015), kjer v prispevku avtor ugotavlja, da je nastalo »Neues Wettbewerbsrecht für alle Branchen«.

<sup>28</sup> Prim. Grunewald in Pfeifer, str. 147–163.

Politika	Konkurenčno pravo in politika	Politika in pravo varstva potrošnikov
Cilj	varstvo konkurence/omogočanje izbire	varstvo sposobnosti, zmožnosti izbire
Ciljna skupina	poštenost med trgovinskimi partnerji/interes potrošnikov	poštenost med trgovinskimi subjekti in potrošniki/izenačevanje pozicij potrošnikov
Dejanja	karteli, zlorabe, koncentracije	nelojalno in zavajajoče oglaševanje ipd.
Zakonodajna ureditev	101., 102. člen PDEU/6., 9. člen ZPOMK-1	precej razdrobljeno – harmonizacija leta 1986, potem šele v zadnjih letih
Izvrševanje	delitev med nacionalnim izvrševanjem in izvrševanjem s strani EU – organi za varstvo konkurence, deloma regulatorji	praviloma na nacionalni ravni vključuje vrsto organov in teles, velika vloga civilne družbe, sektorski regulatorji, pristojne agencije ipd.

Vir: [www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue2Art2Haracoglou.pdf](http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue2Art2Haracoglou.pdf) (1. 7. 2015), str. 183.

#### 4.1. Cilji in sredstva ureditve

Ureditev konkurence, torej tudi nelojalne, in zasebna avtonomija sta dve strani kovanca, tesno sta povezani in medsebojno učinkujeta. Konkurenčno pravo in politika zahtevata pogodbeno svobodo, saj prav ta podpira elementarno svobodno izbiro, ki je postulat konkurence. Hkrati pa pogodbeno svoboda zahteva konkurenco, ker le ta lahko nevtralizira največje razlike v moči. Varstvo konkurence torej zagotavlja tudi varovanje šibkejših stranke, kar je vgrajeno v oba dela konkurenčnega prava – v pravo omejevanja konkurence in pravo zatiranja nelojalne konkurence, na istem temeljnem principu pa je zasnovano tudi varstvo potrošnikov. Res pa je, da konkurenčno pravo občasno ne zmora urediti vseh problemov, zato je potrebna posebna zaščita potrošnikov, bodisi z ukrepi, ki so posledica njihove informacijske podrejenosti, ali z ukrepi, ki izenačujejo njihov položaj prek zasebnopravnega varstva; ukrepi obeh tipov v sklopu varstva potrošnikov torej varujejo konkurenco, abstraktno in civilnopravno gledano, prek varstva (s pravili potrošniškega prava posebej regulirane) pogodbene svobode.<sup>29</sup> Varstvo potrošnikov si lahko pri izvrševanju konkurenčnopravnih pravil izposodi veliko izkušenj, zlasti izkušnje s strategijami pri t. i. *hard-core* kartelih in pri čezmejnem delovanju. Sodelovanje med pristojnimi organi za varstvo konkurence in varstvo potrošnikov lahko po mnenju nekaterih pospeši postopke ugotavljanja kršitev na področjih.<sup>30</sup> Politika konkurence in politika varstva potrošnikov imata

<sup>29</sup> Glöckner, str. 94.

<sup>30</sup> Muris, The Interface of Competition and Consumer Protection, at the Fordham Corporate Law Institute's 29<sup>th</sup> Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, 31 October 2002, str. 24, cit. po Haracoglou.

glede na navedeno podobne cilje, vendar jih skušata doseči z različnih izhodišč in z različnimi orodji, zato ni nepravilno ugotoviti, da sta komplementarni in se vzajemno krepita pri odpravljanju anomalij na trgu.<sup>31</sup>

Praviloma se torej določbe o nelojalni konkurenci razlikujejo od čistega konkurenčnega prava in politike (ožje gledano antitrust in ureditev koncentracij, širše gledano pa državne pomoči in ureditev storitev splošnega gospodarskega pomena,<sup>32</sup> dumping<sup>33</sup>) in ne nazadnje od specifične slovenske ureditve omejevanja konkurence z oblastnimi akti in dejanji,<sup>34</sup> je pa mogoče nekatere ukrepe najti tudi v predpisih konkurenčnega prava.

Konkurenčno pravo v najširšem pomenu ureja horizontalna razmerja med gospodarskimi subjekti, nelojalna konkurenca v ožjem pomenu kot del konkurenčnega prava pa se nanaša tudi na razmerja med gospodarskimi subjekti in fizičnimi osebami, torej tudi potrošniki.<sup>35</sup> Res pa je, da bo potrošnik samostojno redko in težko uporabil institucionalni aparat nelojalne konkurence, na kar kaže tudi nemška ureditev, ki med aktivno legitimiranimi osebami za vlaganje zahtevkov poudarja potrošniška združenja.<sup>36</sup> Namen ureditve omejevalnih ravnanj

<sup>31</sup> Competition Law and Consumer Protection Law, [www.aseancompetition.org/resources/stakeholder-information/competition-law-and-consumer-protection-law](http://www.aseancompetition.org/resources/stakeholder-information/competition-law-and-consumer-protection-law) (1. 7. 2015).

<sup>32</sup> Prim. 107. in 106. člen PDEU.

<sup>33</sup> Ureditev dumpinga je namenjena zaščiti trga pred blagom, ki nanj vstopa na dumpinški način oziroma zaradi subvencij države izvora, kar ureja že VI. člen GATT, je pa tudi del skupne trgovinske politike po prvem odstavku 207. člena PDEU, po katerem skupna trgovinska politika temelji na enotnih načelih, zlasti glede sprememb carinskih stopenj, sklenitve sporazumov o carinskih tarifah in trgovini, ki se nanašajo na trgovino z blagom in storitvami, trgovinske vidike pravic intelektualne lastnine, tuje neposredne naložbe, doseganje enotnosti pri ukrepih liberalizacije, izvozno politiko in ukrepe trgovinske zaščite, npr. pri dumpingu ali subvencijah. Skupna trgovinska politika se izvaja v okviru načel in ciljev zunanjega delovanja Unije. V tem kontekstu Uredba ES/384/96 o zaščiti proti dumpinškemu uvozu iz držav, ki niso članice Evropske skupnosti, določa, da se protidumpinška dajatev lahko uporabi za vsak dumpinški izdelek, sprostitev katerega v prosti promet v Skupnosti povzroča škodo, proizvod pa se šteje kot dumpinški, če je njegova izvozna cena pri izvozu v Skupnost manjša kot primerljiva cena podobnega izdelka, ki se pojavlja v običajnem poteku trgovanja, uveljavljenem za državo izvoznico (1. člen). Drugi vir je Uredba ES/597/2009 o zaščiti proti subvencioniranemu uvozu iz držav, ki niso članice Evropske skupnosti, po kateri se izravnalna dajatev lahko uvede zaradi kompenzacije kakršnekoli neposredno ali posredno dodeljene subvencije za izdelavo, proizvodnjo, izvoz ali prevoz kateregakoli izdelka, katerega sprostitev v prosti promet v Skupnosti povzroča škodo (1. člen).

<sup>34</sup> VII. del ZPOmK-1 (Omejevanje trga z oblastnimi akti in dejanji).

<sup>35</sup> Prim. drugi odstavek 13. člena ZVK: *Nelojalna konkurenca je dejanje podjetja pri nastopanju na trgu, ki je v nasprotju z dobrimi poslovnimi običaji in s katerim se povzroči ali utegne povzročiti drugim udeležencem na trgu.* Prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS U 1388/94 z dne 25. 9. 1997.

<sup>36</sup> Par. 8 UWG: (3) *Die Ansprüche aus Absatz 1 stehen zu: (1) jedem Mitbewerber; (2) rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und*



in koncentracij je zlasti preprečevanje strukturnih ali vedenjskih vzorcev, ki bi omejili, izkrivili ali preprečili konkurenco, poskuša pa tudi obnoviti učinkovito konkurenco. Po drugi strani je pravo varstva potrošnikov vertikalno usmerjeno in obravnava razmerje med podjetji in potrošniki, njegov primarni cilj pa sta odprava neenakosti v razmerju med tema dvema skupinama in zagotavljanje, da imajo potrošniki možnost izbire. Pravo zatiranja neloyalne konkurence je kot eden od dveh glavnih delov konkurenčnega prava na prvi pogled nekje vmes med pravom omejevanja konkurence in potrošniškim pravom. Že večkrat je bilo omenjeno, da se je ob premiku težišča konkurenčnega prava k omejevalnim ravnanjem in koncentracijam ter ob vse močnejši vlogi potrošniškega prava in hitrejšem razvoju obeh omenjenih področij v primerjavi s pravom neloyalne konkurence pomen slednjega precej zmanjšal. Vendar pomen vendarle ohranja, razvija pa se v nove smeri. Prva razvojna smer je prav prizadevanje, da se tesneje poveže s pravom varstva potrošnikov, na kar kaže strožja ureditev oglaševanja in v tem okviru zlasti zakonske določbe in sodna praksa o označevanju blaga, kot značilen primer v preteklih desetletjih pa so se navajale novele nemškega UWG.<sup>37</sup> Na dlani je, da je na konkurenčno pravo v državah članicah čedalje bolj vplivalo sekundarno pravo EU, kar je vodilo k približevanju prava neloyalne konkurence v okviru te integracije.<sup>38</sup>

Na splošno se politika varstva potrošnikov nanaša na ukrepe za zagotavljanje in uresničitev pravic potrošnikov, kar je mogoče v obliki celovitega zakona o varstvu potrošnikov, s sektorskimi pravili, s predpisi, ki urejajo ravnanje in standarde podjetij – vedno tako, da se zavarujejo potrošniki. Sektorski predpisi in standardi so po naravi konkretnjši od potrošniku težje razumljivih abstraktnih generalnih klavzul, četudi so tem dodani eksemplifikativni primeri.<sup>39</sup> Zato se je prav s sektorskimi pravili in standardi mogoče bolj približati realnim dogodkom in praksam, ki jih zaznava trg, torej tudi potrošniki, saj upoštevajo tudi njihovo zaskrbljenost glede kakovosti, varnosti proizvodov in storitev ipd. Potrošniško

---

*finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt.* Med najbolj izkušenimi in pomembnimi institucijami, ki lahko začnejo sodne postopke po tretjem odstavku para. 8 UWG proti podjetjem, ki delujejo neloyalno, je Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. (Wettbewerbszentrale); širše, tudi o primerih, prim. Muenker.

<sup>37</sup> Zabel navaja člene od 6a do 6e; Zabel (1999), str. 343.

<sup>38</sup> Najpomembnejša v tem kontekstu je že omenjena Direktiva 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah, ki je uvedla domala popolno uskladitev neloyalne konkurence v razmerju med podjetjem in potrošnikom (B2C); prim. tudi že omenjeno Direktivo 2006/114/ES.

<sup>39</sup> Ta nomotehnični pristop z abstrakcijo sicer zagotavlja brezčasno uporabo in nezastarvanje, vendar s to isto abstrakcijo, ki je mentalno oddaljena od realnega dogodka ali prakse, odvrta od uporabe. Prim. drugi in tretji odstavek 13. člena ZVK ali v nemškem UWG.



pravo se s konkretnjšimi nomotehničnimi rešitvami lažje približa ciljni skupini potrošnikov kot pravo zatiranja nelojalne konkurence, saj potrošnik išče konkretno povezavo med normo in npr. napako, ki jo je zaznal, nevarnim ali slabšim blagom, nepoštenim postavljanjem cen, goljufivim dejanjem in drugimi nepoštenimi prodajnimi praksami. Ni pa le pravo EU tisto, ki poleg nacionalnih ureditev želi varovati potrošnike.<sup>40</sup> Tudi konkurenčno pravo vrača potrošniškemu in ga krepi tako, da upošteva interese potrošnikov.<sup>41</sup> Potrošniki so paradigmatično postavljeni v ospredje konkurenčnega prava, tako v njegov normativni del kot tudi v odločbe organov za varstvo konkurence in judikaturu.<sup>42</sup> Seveda pa je jasno, da konkurenčno pravo, čeprav postavlja potrošnika v ospredje prek blaginje, samo ne more zagotoviti njegovega popolnega varovanja. To zlasti velja, ko se potrošnikov interes navezuje na varnost proizvodov, zdravje, okolje, zasebnost: tu je seveda potrebno posebno potrošniško pravo in pravo, ki preprečuje nepošteno poslovne prakse (v okviru zatiranja nelojalne konkurence ali v posebnem predpisu, ki se odlepi od nelojalne konkurence), ki sta okrepljena s sektorskimi predpisi in avtonomnim urejanjem. Tako usklajeno normativno delovanje vseh naštetih področij priporoča tudi OECD.<sup>43</sup>

O institucionalnih razlikah in dopolnjevanjih med organi, pristojnimi za varstvo konkurence, in organi, pristojnimi za varstvo potrošnikov, ne razpravljamo

<sup>40</sup> Omenimo le smernice OZN za varstvo potrošnikov (*United Nations Guidelines for Consumer Protection 1999, 2003*), ki pozivajo države, naj razvijajo, krepijo in ohranijo močno potrošniško politiko in zagotovijo večjo zaščito potrošnikov na osmih področjih: (1) fizična varnost; (2) spodbujanje in varstvo gospodarskih interesov potrošnikov; (3) standardi za varnost in kakovost potrošniškega blaga in storitev; (4) distribucijske zmožljivosti za bistveno blago in storitve; (5) možnosti za odškodninsko varstvo; (6) izobraževalni in informativni programi; (7) spodbujanje trajnostne potrošnje; (8) posebna področja v zvezi z zdravjem, [www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_en.pdf) (1. 7. 2015); prim. Harland.

<sup>41</sup> Določilo tretjega odstavka 101. člena PDEU za uspešno uveljavitev individualne izjeme med drugim postavi pogoj, da izvzeti sporazum *zagotavlja potrošnikom pravičen delež doseženih koristi*, torej blaginje potrošnikov postavi kot osrednji standard in abstrakcijo za presojo protikonkurenčnih ravnanj.

<sup>42</sup> Nekaj primerov (s tem seznam seveda ni popoln; gre le za ilustrativne primere): Madill and Mexis, str. 27: »*The fact that consumers and other customers on the downstream market are most likely to suffer harm as a result of a breach of competition law also drove the thinking behind the White Paper on damages Actions.*« Leta 2014 je bila sprejeta Direktiva 2014/104/EU o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije (prim. uvodne izjave 3, 9, 10, 13, 41, 54). Prim. tudi Daskalova; Schweitzer; Cseres. »*For instance, in jurisdictions such as the EU and the US, competition law includes promotion and protection of consumer interest and welfare among its goals.*«; glej: [www.aseancompetition.org/resources/stakeholder-information/competition-law-and-consumer-protection-law](http://www.aseancompetition.org/resources/stakeholder-information/competition-law-and-consumer-protection-law) (1. 7. 2015).

<sup>43</sup> Glej: [www.aseancompetition.org/resources/stakeholder-information/competition-law-and-consumer-protection-law](http://www.aseancompetition.org/resources/stakeholder-information/competition-law-and-consumer-protection-law) (1. 7. 2015).

posebej, dejstvo pa je, da so v primerjalnem pravu razlike velike; praviloma so pristojni organi ločeni, ne pa povsod.<sup>44</sup>

## 4.2. Vloga sektorske zakonodaje

Del klasične ureditve zatiranja nelojalne konkurence je prevzela tudi sektorska zakonodaja. Omenili smo že urejanje oglaševanja tobačnih izdelkov, zdravil in medicinskih pripomočkov ter zdravstvenih storitev.

Promet s tobakom in tobačnimi izdelki ureja vrsta predpisov EU,<sup>45</sup> prenesenih v nacionalne ureditve,<sup>46</sup> ki posegajo na področje oglaševanja. Tako so prepovedani vsako sponzoriranje dogodka, dejavnosti ali posameznika ter kakršnokoli neposredno in posredno oglaševanje in promocija tobaka in tobačnih izdelkov, tudi prek storitev informacijske družbe. Za posredno oglaševanje tobaka in tobačnih izdelkov se šteje prikazovanje logotipov in drugih znakov za označevanje tobaka in tobačnih izdelkov na predmetih, ki po tem zakonu niso tobačni izdelki. Za posredno oglaševanje se šteje tudi brezplačno ponujanje tobačnih izdelkov na javnem mestu in v javnih prostorih. Prepovedano je tudi oglaševanje izdelkov, ki ne spadajo med tobak in tobačne izdelke, vendar s svojim videzom in namenom uporabe neposredno spodbujajo k potrošnji tobaka in tobačnih izdelkov (10. člen). Ureditev je zanimiva zato, ker natančneje definira oglaševanje na področju tobaka in s tem sicer jemlje manjši del moči zatiranju nelojalne konkurence.<sup>47</sup> Hkrati pa omogoča dualni sistem, ko se lahko dejanje, ki je protipravno

<sup>44</sup> Čeprav našega prava ne obravnavamo posebej, velja omeniti, da sta že po ZVPNPP možna upravni nadzor in sodno varstvo (12. do 14. člen), po ZVPot inšpekcijski nadzor in upravni ukrepi (73. člen) ter premoženjskopravno varstvo (74. do 76. člen), po ZVK pa premoženjskopravno (in upravno) varstvo (26. do 28. člen). »... the US the responsibility for enforcement of competition law lies with two authorities, namely the DoJ and FTC. While the DoJ enforces only competition law, the FTC enforces both competition law and the consumer protection laws through Section 5 of the FTCA, which prohibits both unfair methods of competition and unfair or deceptive acts and practices. The UK OFT and the Australian Competition and Consumer Commission have responsibility for the enforcement of both laws. In the EU, the two legal areas are dealt with by separate directorates general (DG Competition and DG Health and Consumers). However, in order to facilitate the integration of the two disciplines, in 2003 the EU Commission established the Consumer Liaison Officer, with the task of liaising between DG Competition and consumer organizations at the national and EC levels as well as between DG Competition and other DGs in the EU Commission.«; glej: [www.aseancompetition.org/resources/stakeholder-information/competition-law-and-consumer-protection-law](http://www.aseancompetition.org/resources/stakeholder-information/competition-law-and-consumer-protection-law) (1. 7. 2015).

<sup>45</sup> Direktiva 2001/37/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. junija 2001 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic o izdelavi, predstavitvi in prodaji tobačnih izdelkov (UL L št. 194 z dne 18. 7. 2001, str. 26), Direktiva 2003/33/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. maja 2003 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic o oglaševanju in sponzorstvu tobačnih izdelkov (UL L št. 152 z dne 20. 6. 2003, str. 16).

<sup>46</sup> Zakon o omejevanju uporabe tobačnih izdelkov (ZOUTI), Uradni list RS, št. 93/2007.

<sup>47</sup> Zlasti ker so norme direktne in niso podrejene presoji prek standarda dobrega poslovnega običaja, poleg tega pa so učinkovito sankcijsko podprte (21. člen); zagrožena globa do 33.000 evrov za

po ZOUTI, obravnava tudi po 13. členu ZVK. Tedaj bo ugotavljanje, ali so bili v konkretnem primeru dobri poslovni običaji kršeni ali ne, lažje, saj je njihova kršitev nedvomno podana, če je ugotovljeno protipravno ravnanje, v tem primeru eno od ravnanj, ki so prepovedana po 10. členu ZOUTI. V tem kontekstu torej lahko ugotovimo, da sektorski predpis, ki sicer velja za področje razmerij med podjetji in potrošniki, ne povzroča erozije sistema zatiranja neloyalne konkurence, temveč ga celo podpira in krepi.

Podobno bo na področju uporabe alkohola,<sup>48</sup> ki z vrsto določb uvaja ukrepe za omejevanje uporabe alkohola,<sup>49</sup> ti pa so tudi taki, da bi jih lahko podredili kršitvi dobrih poslovnih običajev oziroma 13. členu ZVK. Zakon se lahko uporabi samostojno s sankcijskim instrumentarijem<sup>50</sup> ali podobno dualno (kot je bilo ugotovljeno za ZOUTI) z ZVK tako, da ugotovljena protipravnost po ZOUTI napolni standard dobrega poslovnega običaja po 13. členu ZVK.

Enake ugotovitve lahko izpeljemo v več drugih sektorskih ureditvah.<sup>51</sup>

Presečno področje neloyalne konkurence in varstva potrošnikov ureja zelo široka **avtonomna ureditev** ali **samoregulacija**.<sup>52</sup> Ta si seveda ne postavlja pravnodogmatičnih vprašanj o razmejevanju med področjema, ker je primarni fokus ureditev specifičnega področja, pravo in pravni pristop pa sta umaknjena v ozadje. Zato odločilno k temu razmejevanju ne prispeva, nedvomno pa k njemu vsaj

---

storitev prepovedanega dejanja sponzoriranja ali oglaševanja tobacnih izdelkov (prvi, tretji odstavek 10. člena in 11. člen ZOUTI).

<sup>48</sup> Zakon o omejevanju porabe alkohola (ZOPA), Uradni list RS, št. 15/2003.

<sup>49</sup> Prim. 6. do 13. člen ZOPA.

<sup>50</sup> Člen 16 ZOPA.

<sup>51</sup> Npr. Zakon o kozmetičnih proizvodih (ZKozP, Uradni list RS, št. 110/2003) je v 15. členu prepovedoval oglaševanje kozmetičnih proizvodov na način, ki bi lahko zavajal potrošnike, pri tem pa besede ali besedne zveze, imena, trgovske znamke, slike ali drugi znaki, ki se uporabljajo pri označevanju, oglaševanju in predstavljanju kozmetičnih proizvodov, ne smejo pripisovati zdravilnih učinkov ali navajati drugih učinkov oziroma lastnosti, ki jih kozmetični proizvodi nimajo; sankcijski del je v 22. členu. Drug primer je bil Zakon o zdravilih (ZZdr-1, Uradni list RS, št. 31/2006) z vrsto določb o oglaševanju: po 85. členu so oglaševanje zdravil vse oblike obveščanja, vključno z obveščanjem od vrat do vrat, propagiranjem ali spodbujanjem, ki je namenjeno pospeševanju predpisovanja, izdajanja, prodaje ali uporabe zdravil; pogoje oglaševanja ureja 86. člen, oglaševanje v širši javnosti 87. člen, oglaševanje strokovni javnosti 88. člen, oglaševanje v izjemnih razmerah 89. člen. Izluščimo lahko tudi Zakon o poštnih storitvah (ZPSto-1, Uradni list RS, št. 102/2004), ki v 2. členu vsebuje določbe o direktni pošti, v 38. členu prepovedi vročanja v predalčnik, za kršitve pa sankcijske določbe. Izluščili smo jih le nekaj, res pa na oglaševalsko problematiko, ki je kot rečeno, le del preseka neloyalne konkurence in potrošniškega prava, v slovenski zakonodaji trčimo v skoraj šestdesetih predpisih.

<sup>52</sup> Samoregulacijo razumemo kot regulatorni (avtonomni normodajni) postopek, v katerem poklici oziroma stanovi uredijo in promovirajo svoje cilje s sprejetjem in uporabo etičnih kodeksov, standardi in navodili, disciplinskimi postopki in organizacijo izobraževalnih programov in programov usposabljanja.

priporome. Zakaj je področje samoregulacije tako zelo pomembno? Osrednji element v kateremkoli sistemu neloyalne konkurence je namreč kršitev dobrih poslovnih običajev, katerih skupni imenovalec je nasprotovanje tistemu, kar je nabito z moralo, etiko.<sup>53</sup> Standard dobrega poslovnega običaja napolnjuje generalno klavzulo, kar se stori z njegovim ugotavljanjem, raziskavo, najlažje pa seveda tako, da se uporabi že ugotovljeni dober poslovni običaj, ki je definiran v kodeksu oziroma avtonomnem predpisu ali pa njegovo kršitev predstavlja že kršitev neke druge zakonske norme.<sup>54</sup>

Ker vseh področij samoregulacije ni mogoče obdelati, se bomo v nadaljevanju osredotočili na eno tipičnih za to raziskavo – oglaševanje in etični marketing.<sup>55</sup> Posebna področja v tem sklopu ureditve digitalnih komunikacij<sup>56</sup> so prodajne promocije, sponzorstvo, direktni marketing in digitalni interaktivni mediji, oglaševanje v zvezi z otroki, oglaševanje hrane in pijače.<sup>57</sup> Kodekse na tem področju sprejemajo v vseh razvitih državah. Pri nas so to npr. Slovenski oglaševalski kodeks, ki ga je sprejela Slovenska oglaševalska zbornica,<sup>58</sup> Kodeks

<sup>53</sup> Zabel (1993), str. 76 in nasl.; Zabel (1999), str. 348.

<sup>54</sup> Če je npr. po predpisih o industrijski lastnini prepovedano ponarejanje zunanjih oznamenil, je tovrstna prepoved, ki je zakonsko definirana kot ožja od moralno, etično nabitega dobrega poslovnega običaja, tudi že napolnila sam pojem dobrega poslovnega običaja; prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS III Ips 121/98 z referencami na določbe drugega in tretjega odstavka 94. člena ZIL in 13. člena ZVK, v kateri sodišče meni, da je »toženka z uporabo besed Kozorog pivo v silhueti s kozorogom v ovalu s stiliziranimi gorami posnemala registrirane znamke tožeče stranke, kršila te znamke v smislu določil drugega in tretjega odstavka 94. člena ZIL, po katerih 'posnemanje obstoja, če povprečen kupec blaga ... lahko opazi razliko le, če je posebno pozoren ...'. Obravnavana kršitev predstavlja tipično posnemanje, ki zavaja kupce, misleč, da kupujejo proizvode tožeče stranke. Toženka uporablja tudi posnemajočo oznako kozorog pivo na etiketi, ki je enako zelene barve in pravokotne oblike z značilnim robom, kot je to etiketa tožeče stranke (piva Zlatorog pivovarne Laško, op. P. G.)«.

<sup>55</sup> Osnovni dokument so konsolidirana pravila Mednarodne trgovinske zbornice (ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practice), ki so po njenih navedbah zlati standard za samoregulacijo in od objave leta 1937 temelj za vse samoregulacijske sisteme. Vplivala so npr. na vire in delovanje European Advertising Standards Alliance (EASA), Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP), Children's Advertising review Unit (CARU), Division of the National Advertising Review Council (NARC); [www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/marketing-and-advertising/self-regulation/](http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/marketing-and-advertising/self-regulation/) (1. 7. 2015).

<sup>56</sup> Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practice, 2011.

<sup>57</sup> Prim. Framework for Responsible Food and Beverage Marketing Communications, Responsible Advertising to Children, [www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/marketing-and-advertising/marketing-and-advertising-to-children/](http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/marketing-and-advertising/marketing-and-advertising-to-children/) (1. 7. 2015).

<sup>58</sup> Da dokument dejansko posega na obe področji, neloyalne konkurence in varstva potrošnikov, kažejo že posamezni sklopi, ki jih ureja: pravila oglaševanja (zakonitost, dostojnost, poštenost, resničnost, dokazljivost, odgovornost do družbe in posameznikov, dobro ime in posnemanje, omlaževanje), pravila o pričevanju in sklicevanju, oglaševanju z navedbo jamstva, nakup na obroke ali na kredit, primerjalno oglaševanje, otroci in mladostniki, alkoholne pijače, tobak in tobačni izdelki, zdravila in medicinski pripomočki, hrana in brezalkoholne pijače, lepota in zdravje, igre na srečo in oglaševanje motornih vozil; [www.soz.si/sites/default/files/soz\\_sok\\_slo.pdf](http://www.soz.si/sites/default/files/soz_sok_slo.pdf) (1. 7. 2015).

dobrih poslovnih običajev v prometu z nepremičninami za celotno nepremičninsko področje, Zavarovalni kodeks za zavarovalništvo, Kodeks poklicne etike borznih posrednikov in vrsta kodeksov, ki jih sprejemajo sama podjetja (banke, zavarovalnice, telekomunikacijska podjetja, logisti, tudi arbitraže<sup>59</sup>). Učinkovitost kodeksov povečujejo posebni organi ali institucije, ki skrbijo za njihovo implementacijo v praksi.<sup>60</sup>

Samoregulacija na področje zakonodaje ne posega neposredno, je pa bolj odprta in vsebuje normativne akte, priporočila ter splošna pravila za varno in skrbno delovanje, kar je vse, kar je relevantno za obravnavani presečni področji razmerij B2B in B2C. Ponekod dopolni sektor, za katerega je značilna najvišja stopnja regulacije, celo hiperregulacija (banke, zavarovalnice, trg vrednostnih papirjev). Ti akti, priporočila in splošna pravila so med drugim<sup>61</sup> namenjeni varovanju investitorjev (tudi potrošnikov) pred zlorabami ter sklenejo celotno ureditev.<sup>62</sup>

Samoregulacija oglaševanja je sistem, v katerem oglaševalski sektor sam sebi postavlja meje kreativnega in družbeno odgovornega oglaševanja. Tako oglaševanje mora biti zakonito, dostojno, resnicoljubno, pripravljeno z občutkom do družbe in potrošnikov ter z upoštevanjem konkurenčnihpravnih pravil in ne sme biti zavajajoče.<sup>63</sup> Samoregulacijo spletne skupnosti je mogoče razumeti kot sposobnost uporabnikov, da preprečijo objavo neprimernih vsebin na spletni strani in da odstranijo tiste uporabnike, ki objavljajo vsebine, ki nasprotujejo dobrim (poslovnim) običajem. Kolektivno zavedanje in odgovornost vseh uporabnikov in seveda tudi posameznikov (potrošniki?) naj torej omogoči izključitev posameznih (poslovnih) vsebin iz javno dostopnih baz in zapisov ali blokado računov uporabnikov, ki objavljajo v nasprotju z dobrimi (poslovnimi) običaji. Samoregulacija ima vrsto prednosti in tudi slabosti, česar se je treba zavedati pri uporabi pravil, ki so bila ustvarjena na ta način. Prednosti je videti v iniciativi (nezakonodajnega/

<sup>59</sup> Prim. Etični kodeks Arbitraže pri Zavarovalnici Triglav, [www.triglav.si/datoteke/eticni\\_kodeks](http://www.triglav.si/datoteke/eticni_kodeks).

<sup>60</sup> Npr. varuh dobrih poslovnih običajev v zavarovalništvu, ki deluje v okviru Slovenskega zavarovalnega združenja, odloča pa o sporih med strankami in zavarovalnicami, do katerih pride zaradi nespoštovanja Zavarovalnega kodeksa ter drugih dobrih poslovnih običajev in temeljnih standardov zavarovalne stroke. Odloča na podlagi pritožbe stranke zoper odločitev zavarovalnice in izda odločitev, ki obsega ugotovitev o kršitvi z obrazložitvijo, ter v primeru kršitve priporočilo zavarovalnici za odpravo kršitve, [www.zav-zdruzenje.si/usmeritve-in-priporocila-zavarovancem](http://www.zav-zdruzenje.si/usmeritve-in-priporocila-zavarovancem) (1. 7. 2015).

<sup>61</sup> Namenjeni so zagotavljanju varnosti in trdnosti bank, učinkovitega finančnega in bančnega sistema, monetarne stabilnosti.

<sup>62</sup> ZBan-2, OZ prek določb ZOR, ki še veljajo, avtonomno urejeni bančni posli, uzance in poslovni običaji (posebej enotna pravila in običaji MTZ za poslovanje z dokumentarnimi akreditivi, za inkaso, za bančne garancije), ZVPot, ZVPotK-1, ZVK, ZVPNPP.

<sup>63</sup> Na specifičnem področju oglaševanja po spletu prim. Price in Verhulst.

državnega) zasebnega sektorja, ki temelji na zaupanju strank, ugledu in razširjenosti na trgu, kar omogoča večjo kredibilnost, odpravlja informacijsko asimetrijo (regulirani subjekti so vedno v prednosti) in omogoča fleksibilnost, prilagodljivost posebnim okoliščinam, izboljšave, kredibilnost in sprejemljivost zaradi sklicevanja na obča načela morale in etike ter ponuja večjo identifikacijo. Med slabostmi so zlasti nevarnost reguliranja v lastno korist (t. i. sindrom lisice v kokošnjaku), tveganje pre- ali podnormiranosti, pasiviziranje države kot zakonodajne oblasti, da ne razvija področij, ki bi jih morala, tveganje, da sistem ne bo učinkovit, izguba občutka za nadzor, kompleksnost sistema, lahko je protikonkurenčno orodje, poveča se tveganje za okrnjeno transparentnost. Na prednosti in slabosti smo opozorili predvsem zato, ker smo pravila, ki so nastala avtonomno – samoregulirano, ponudili kot možnost za napolnitev standarda dobrega poslovnega običaja. Res je, standard je določen, zapisan, a prav zaradi slabosti samoregulacije kot metode ga je treba uporabiti kritično in s premislekom, se torej vprašati, ali v konkretnem pravilu ni morebiti skrit kateri od argumentov, ki smo jih navedli med slabostmi. Nadzorovana samoregulacija je torej dobro dopolnilo, saj povečuje sposobnost institucije, sistemsko dopolnjuje normodajne vire in sistem, je celo del pristopa modrega zakonodajalca (*regulating smarter*), zlasti na področju varstva potrošnikov in zatiranja neloyalne konkurence, na katerih zakonodajalec preprosto ne zmore slediti impulzom, ki jih ustvarja poslovna praksa, in na katerih še kako velja rek, da je zakon s trenutkom izdaje zastarel. Samoregulacija ni nujno lažji pristop in ne sme zmanjšati varnosti, varstva temeljnih pravic in pomembnih vrednot. Tu se spet vrnemo na področje neloyalne konkurence in varstva potrošnikov, ki temeljita prav na vrednotah, standardih. Samoregulacijsko kreirani viri pomembneje vplivajo na uporabo pravil za zatiranje neloyalne konkurence kot na uporabo pravil iz zakonodajnega sklopa čistega varstva potrošnikov. Razlog je videti predvsem v tem, da je nomotehnično pravo zatiranja neloyalne konkurence zaradi standarda dobrih poslovnih običajev ali podobnih standardov<sup>64</sup> zasnovano na vrednostno odprtih abstraktnih normah, ki jih je treba napolniti, medtem ko so potrošniška pravila izrazito konkretna, nomotehnično zasnovana na enumeraciji konkretnih dejanj in s tem zapirajo manevrski prostor za tovrstno napolnjevanje.

V sklop obravnave bi lahko uvrstili tudi alternativno reševanje sporov. Tu je po naši oceni več možnosti za reševanje v okvirih zakonodaje, namenjene reševanju potrošniških sporov, manj pa za spore s področja neloyalne konkurence. Razlog je, da je alternativno reševanje sporov bolj vgrajeno v potrošniško zakonodajo, čeprav posebni zakon o alternativnem reševanju potrošniških sporov (ZARPS) še ni bil sprejet; rok za sprejem po Direktivi 2013/11 o alternativnem

<sup>64</sup> Še enkrat – prim. standarde iz op. 1.

reševanju potrošniških sporov je sicer potekel sredi leta 2015.<sup>65</sup> Po drugi strani vrsta častnih razsodišč, ki se ukvarjajo predvsem z ugotavljanjem kršitev dobrih poslovnih običajev (ne gre za reševanje sporov med dvema strankama, med katerima torej tudi ne more biti potrošnik),<sup>66</sup> zaznava upad pripada (npr. Častno sodišče pri GZS<sup>67</sup>). Častnega sodišča pri Ljubljanski borzi vrednostnih papirjev, ki je v preteklosti v vrsti zadev pomembno sooblikovalo standarde na področju trga finančnih instrumentov,<sup>68</sup> pa v Pravilih borze ni več.<sup>69</sup>

Izzivi, ki se postavljajo na obeh področjih, so povezani zlasti z modernimi tehnologijami,<sup>70</sup> ki bodo zahtevale prilagoditve tako na področju zatiranja nelojalne konkurence kot na področju varstva potrošnikov.<sup>71</sup>

## Literatura in viri

Assion, [www.telemedicus.info/article/538-EU-verschreibt-dem-UWG-mehr-Verbraucherschutz.html](http://www.telemedicus.info/article/538-EU-verschreibt-dem-UWG-mehr-Verbraucherschutz.html) (1. 7. 2015).

Competition Law and Consumer Protection Law, [www.aseancompetition.org/resources/stakeholder-information/competition-law-and-consumer-protection-law](http://www.aseancompetition.org/resources/stakeholder-information/competition-law-and-consumer-protection-law) (1. 7. 2015).

CSERES, Katalin Judit, *Competition Law and Consumer Protection*, <https://books.google.si/books?hl=sl&lr=&id=y3IOROCcVacC&oi=fnd&pg=PR13&dq=unfair+competition+and+consumer+protection&ots=PGNM8hTkhP&sig=Vncju336tWXQ4stMfmDmuaa6WCc#v=onepage&q=unfair%20competition%20and%20consumer%20protection&f=false> (1. 7. 2015).

<sup>65</sup> Člen 25 Direktive 2013/11/EU EP in Sveta z dne 21. maja 2013 o alternativnem reševanju potrošniških sporov ter spremembi Uredbe (ES) št. 2006/2004 in Direktive 2009/22/ES. Posebej glej prispevek Neže Pogorelčnik Vogrinc v tej knjigi.

<sup>66</sup> Postopki so sicer inkvizitorni, uvedeni na predlog častnega tožilca; prim. 227. in 231. člen sicer že razveljavljenih Pravil borze (2005).

<sup>67</sup> Častno sodišče pri GZS se ukvarja predvsem z naravo, vsebino in pomenom dobrih poslovnih običajev pri poslovanju gospodarskih subjektov v pravnem prometu, krepi vlogo in pristojnosti Gospodarske zbornice Slovenije pri oblikovanju dobrih poslovnih običajev in ugotavlja kršitve ter oblikuje dobre poslovne običaje. Je samostojen in neodvisen organ, ustanovljen na podlagi Zakona o Gospodarski zbornici Slovenije, ter deluje skladno s postopkom, ki je določen s Pravilnikom o organizaciji in postopku pred Častnim sodiščem pri GZS. Postopek zaradi kršitve dobre prakse lahko s predlogom sproži vsak državljan in gospodarski subjekt ter poteka neodvisno od postopkov pred drugimi (sodnimi in upravnimi) organi.

<sup>68</sup> Pristojnost in postopek podrobno v 212.–260. členu Pravil borze (2005).

<sup>69</sup> Pravila borze – NPB7, 30. september 2014.

<sup>70</sup> Prim. Grilc (2015).

<sup>71</sup> Decocq.



- DE VREY, Rogier W., *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families ...*, [https://books.google.si/books?id=I1n8s-XqVi0C&pg=PA278&lpg=PA278&dq=eu+law+and+consumer+protection+and+unfair+competition&source=bl&ots=g\\_TD1Q4Y40&sig=F2MDyDYunT\\_ZvYh480Z98ekvJy0&hl=sl&sa=X&ei=kj1cVfPvF8n4ULuqgYgC&ved=0CB0Q6AEwADgK#v=onepage&q=eu%20law%20and%20consumer%20protection%20and%20unfair%20competition&f=false](https://books.google.si/books?id=I1n8s-XqVi0C&pg=PA278&lpg=PA278&dq=eu+law+and+consumer+protection+and+unfair+competition&source=bl&ots=g_TD1Q4Y40&sig=F2MDyDYunT_ZvYh480Z98ekvJy0&hl=sl&sa=X&ei=kj1cVfPvF8n4ULuqgYgC&ved=0CB0Q6AEwADgK#v=onepage&q=eu%20law%20and%20consumer%20protection%20and%20unfair%20competition&f=false) (1. 7. 2015).
- DECOCQ, Georges, *Cyber Consumer Protection and Unfair*, [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284446/oft979.pdf](http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284446/oft979.pdf) (1. 7. 2015).
- EKEY, Friedrich L., KLIPPEL, Diethelm, KOTTTHOFF, Jost, MECKEL, Astrid, PLASS, Gunda, *Wettbewerbsrecht*, 2. izdaja, C. F. Müller, Heidelberger Kommentar 2005.
- GRILC, Peter, Novejše oblike nelojalne konkurence. *Podjetje in delo*, 1997, str. 1225.
- GRILC, Peter, Trk zatiranja področij nelojalne konkurence in varstva potrošnikov, posebej v modernih tehnologijah, *Dnevi civilnega in gospodarskega prava*, Portorož 2015.
- GRUNEWALD, Barbara, PFEIFER, Karl-Nikolaus, Verbraucherschutz durch Wettbewerbsrecht (UWG) v: *Verbraucherschutz im Zivilrecht*, Springer 2010, str. 147–163.
- HARACOGLU, Irina, *Competition Law, Consumer Policy and the Retail Sector: the systems' relation and the effects of a strengthened consumer protection policy on competition law*, [www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue2Art2Haracoglou.pdf](http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue2Art2Haracoglou.pdf) (1. 7. 2015).
- HILTY, Reto M., HENNING-BODEWIG, Frauke, *Law Against Unfair Competition, Towards a New Paradigm in Europe?*, Springer, Berlin, Heidelberg 2007.
- MUENKER, Reiner, *Enforcement of unfair competition and consumer protection laws by a private business association in Germany: the Wettbewerbszentrale*, <http://jiplp.oxfordjournals.org/content/early/2015/04/26/jiplp.jpv087.full.pdf+html> (1. 7. 2015).
- OECD (2008), Global Forum on Competition, *The interface between competition and consumer policies*, [www.oecd.org/dataoecd/22/34/40898016.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/22/34/40898016.pdf) (1. 7. 2015).
- OFT, A quick guide to competition and consumer protection laws that affect your business; [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284428/oft911.pdf](http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284428/oft911.pdf) (1. 7. 2015).
- PEDRAZZINI, Mario M., PEDRAZZINI, Federico A., *Unlauterer Wettbewerb UWG*, Stämpfli Verlag, Bern 2002.
- PRICE, Monroe Edwin, VERHULST, Stefaan G., *Self-regulation and the internet*, Kluwer, The Hague 2005.
- SELJAK, Franc, Uveljavljanje zahtevkov iz nelojalne konkurence in kumulacija z zahtevki po ZIL-1 – prikaz sodne prakse, *Dnevi civilnega in gospodarskega prava*, Portorož 2015.



- UNCTAD (2001), *Guidelines for Consumer Protection, United Nations*, [www.unctad.org/en/docs/poditcclpm21.en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/poditcclpm21.en.pdf) (1. 7. 2015).
- UNCTAD (2008), *The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development prospects*, [www.unctad.org/en/docs/ditcclp20082\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp20082_en.pdf) (1. 7. 2015).
- UWG Novelle 2008: Verbraucherschutz durch Rechtsvereinheitlichung, [www.mpr-nomos.de/fileadmin/mpr/doc/2008/MPR\\_08\\_05\\_06.pdf](http://www.mpr-nomos.de/fileadmin/mpr/doc/2008/MPR_08_05_06.pdf) (1. 7. 2015).
- UWG-Novelle soll Verbraucherschutz in Österreich stärken, [https://verbraucherrecht.at/cms/index.php?id=49&tx\\_ttnews\[tt\\_news\]=1658&cHash=42441fb11b97a514aa150a089367e622](https://verbraucherrecht.at/cms/index.php?id=49&tx_ttnews[tt_news]=1658&cHash=42441fb11b97a514aa150a089367e622) (1. 7. 2015).
- UWG-Reform (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 2008, [www.frankfurt-ma.in.ihk.de/recht/themen/wettbewerbsrecht/uwg-reform/](http://www.frankfurt-ma.in.ihk.de/recht/themen/wettbewerbsrecht/uwg-reform/) (1. 7. 2015).
- VIITANEN, Klaus, Lectures on Nordic and European Consumer Law [www.helsinki.fi/oikeustiede/oppiaineet/kauppaoikeus/materiaali/Consumer%2520Law%25202014.ppt+&cd=10&hl=sl&ct=clnk&gl=si](http://www.helsinki.fi/oikeustiede/oppiaineet/kauppaoikeus/materiaali/Consumer%2520Law%25202014.ppt+&cd=10&hl=sl&ct=clnk&gl=si) (1. 7. 2015).
- ZABEL, Bojan, in drugi, *Komentar ZVK*, Gospodarski vestnik. Ljubljana 1993.
- ZABEL, Bojan, *Tržno pravo*, Gospodarski vestnik. Ljubljana 1999.
- ZINGALES, Nicolo, *Market Definition and Theories of Harm in Online Search and Advertising*, [www.agcm.it/trasp-statistiche/doc\\_download/3174-convegno-20120524zingales.html](http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3174-convegno-20120524zingales.html) (1. 7. 2015).



# Prepoved diskriminacije v pravu varstva potrošnikov

Tilen Štajnpihler

## 1. Uvod

*Pravni* diskurz o vprašanih nedopustne diskriminacije ljudi zaradi njihovega spola, barve kože, verskega prepričanja in podobno je navadno umeščen v kontekst javnega prava, kjer nastopa *oblast* – v obliki lokalne skupnosti, državne ustanove ali mednarodne organizacije – v razmerju do posameznika in odloča o njegovih pravicah in obveznostih. Najodmevnejše primere, v katerih imamo opravka s pravnimi vprašanji enakosti oziroma diskriminacije, najdemo tam, kjer oblast pri opredeljevanju pravic in obveznosti ali njihovem varstvu *brez utemeljenega razloga* razlikuje med posamezniki ali družbenimi skupinami na podlagi določenih meril, ki so tako ali drugače povezana s človekovo osebnostjo. V tem okviru se odpirajo npr. vprašanja glede dopustnosti verskih simbolov v javnih šolah,<sup>1</sup> diskriminatornega ravnanja policije do temnopoltih na ameriškem jugu,<sup>2</sup> različnih pogojev za uveljavljanje pravic in obveznosti iz obveznega pokojninskega zavarovanja<sup>3</sup> ali glede obsega pravic in obveznosti, ki jih država priznava istospolnim partnerskim skupnostim.<sup>4</sup>

Bistveno redkeje je pravo v vlogi enega od instrumentov pri naslavljanju problemov diskriminacije v *zasebnopravnih* razmerjih, še zlasti, če odmislimo področje *zaposlovanja* in *trga dela* in se osredotočimo na področje trgovanja z *blagom in storitvami* oziroma na *tržna razmerja* na splošno. Zaradi spoštovanja temeljnih izhodišč oziroma načel, ki uokvirjajo zasebno (civilno) pravo, zlasti načela *avtonomije* strank, pravo ne more biti mehanizem, s katerim bi lahko brez

<sup>1</sup> Prim. npr. odločitev velikega senata Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v primeru *Lautsi in ostali proti Italiji* z dne 18. 3. 2011, dostopno na: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104040> (1. 7. 2015).

<sup>2</sup> Glej npr. poročilo ameriškega ministrstva za pravosodje, United States Department of Justice, *Investigation of the Ferguson Police Department*, z dne 4. 3. 2015.

<sup>3</sup> Glej npr. odločitev Ustavnega sodišča RS št. U-I-146/12 z dne 14. 11. 2013 glede določanja različne upokojitvene starosti za moške in ženske.

<sup>4</sup> Prim. pritožbo zoper sklep Državnega zbora o zavrnitvi razpisa zakonodajnega referenduma o Zakonu o spremembah in dopolnitvah Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR-D, EPA 257-VII) št. 005-02/15-1/27 z dne 26. 3. 2015 (Uradni list RS, št. 20/2015).

omejitev uravnavali vsa odstopanja od idealno zamišljenih parametrov (pogodbenih) razmerij med posamezniki in gospodarskimi subjekti na trgu. Drugače kot pri nekaterih klasičnih pravnih institutih,<sup>5</sup> ki konkretizirajo npr. načelo vestnosti in poštenja ali načelo enake vrednosti dajatev in »zarisujejo meje pri uveljavljanju interesov ene stranke na račun interesov druge stranke«,<sup>6</sup> *varstvo pred diskriminacijo* tradicionalno ne spada v okvir tržnega prava. Tako npr. načelo enakopravnosti udeležencev v obligacijskih razmerjih,<sup>7</sup> ki sicer odpira vrata varovanju šibkejših stranke v pogodbenem razmerju,<sup>8</sup> samo po sebi nikoli ni bilo razumljeno kot podlaga za varovanje posameznika pred predsodki in zadržki drugih udeležencev na trgu, ki temeljijo na določenih osebnih okoliščinah posameznikov ali družbenih skupin.

Čeprav torej drži, da je prepoved diskriminacije »v civilnem razmerju v osnovi tuja in je ne najdemo med tradicionalnimi načeli civilnega prava«, po drugi strani ne moremo mimo tega, da se »v zadnjih desetletjih prepoved diskriminacije intenzivno razvija v evropskem pravu in sodni praksi Sodišča EU«. <sup>9</sup> Na prehodu v novo tisočletje so se na podlagi določb v ustanovitvenih pogodbah razmahnili ukrepi za varstvo pred diskriminacijo zlasti v sekundarnem pravu EU. V določenem obsegu so bila predmet teh ukrepov tudi razmerja med udeleženci na trgu blaga in storitev. Ti ukrepi, kot ugotavljajo nekateri, so pomembno zaznamovali podobo zasebnega prava v evropskem prostoru, in sicer zlasti v obliki omejitev zasebne avtonomije.<sup>10</sup> Drugi pa gredo v tem okviru še nekoliko dlje in *načelo enakosti* oziroma *prepovedi diskriminacije v pravu EU* obravnavajo tudi kot eno od splošnih načel evropskega zasebnega prava.<sup>11</sup>

Glede na to torej ni več nepredstavljivo, da v varstvu pred diskriminacijo vidimo enega od legitimnih ciljev, ki jih imamo pred očmi tudi pri pravnem urejanju razmerij med udeleženci na trgu. Gotovo pa s tem deloma posežemo v *tradicionalno* ravnovesje temeljnih vrednot zasebnega (civilnega) prava, zato ni vseeno, kako mehanizme varstva pred diskriminacijo *umestimo* oziroma vključimo v ta pravni okvir. V tem prispevku želim pokazati, da lahko prepoved diskriminacije, ki je pri nas v določenem obsegu že prisotna tudi na tem področju, smiselno razložimo kot del *prava varstva potrošnikov*. Glede na namen širjenja

<sup>5</sup> Prim. določbe Obligacijskega zakonika (OZ), Uradni list RS, št. 97/2007, o grožnji (45. člen) ali prevari (49. člen) kot napakah volje pri sklepanju pogodbe, oduški pogodbi (119. člen) itd.

<sup>6</sup> Sodba VSK Cp 748/2009 z dne 8. 9. 2009.

<sup>7</sup> Glej 4. člen OZ.

<sup>8</sup> Glej npr. VS RS sklep št. II Ips 783/2008 z dne 26. 1. 2012.

<sup>9</sup> Možina v Juhart in drugi, str. 50.

<sup>10</sup> Tako npr. Zoll, str. 312.

<sup>11</sup> Reich (2013), str. 59 in nasl.

varstva pred diskriminacijo na trg blaga in storitev in vire, ki so bili podlaga za to, je smiselno prepoved diskriminacije v tem kontekstu povezati z zaokroženim sklopom pravnih pravil, ki so v okviru tržnega prava nastala, ker s klasičnimi instrumenti pogodbenega prava na trgu ni bilo več mogoče ustrezno zaščititi kategorije končnih zasebnih uporabnikov blaga in storitev.<sup>12</sup>

## 2. Temelji pravnega varstva potrošnikov

Preden umestimo prepoved diskriminacije v sistem prava varstva potrošnikov, je treba razčleniti razloge, s katerimi je mogoče pojasniti, zakaj se je pravo varstva potrošnikov izoblikovalo kot poseben sklop pravnih pravil v okviru tržnega prava. Gre torej za vprašanje, kako je mogoče *utemeljiti*, da pravo na specifičen način ureja določen tip tržnih razmerij (angl. *business-to-consumer*, B2C) in pri tem intenzivneje posega v zasebno avtonomijo kot osrednjo vrednoto, ki prežema zasebno (civilno) pravo.

### 2.1. Razčlenitev

Kot temelj potrošniškega prava se najpogosteje pojavlja razlog *neenakega razmerja (ekonomske) moči udeležencev na trgu* in posledično potrebe po zagotavljanju posebnega *varstva šibkejše stranke*.<sup>13</sup> To je sicer eden od razlogov, s katerimi se pogosto utemeljuje omejevanje zasebne avtonomije v pogodbenem pravu na splošno,<sup>14</sup> toliko bolj pa to velja za potrošniški trg, kjer naj bi bila razmerja med udeleženci na trgu izrazito v neravnovesju v korist ponudnikov dobrin in storitev, tj. podjetij. Kljub temu pa je bila v preteklih desetletjih ta utemeljitev tudi predmet številnih kritik, ki izpostavljajo predvsem, da je presplošna in kategorična.<sup>15</sup> Šibkejši položaj potrošnika na trgu sicer ostaja pglavitni razlog za dvome o sposobnosti svobodnega trga, da samostojno, brez intervencije zaščiti interese potrošnikov, vendar pa mora biti to, kot pravita Howells in Weatherill, šele izhodišče našega premisleka.<sup>16</sup> Pri utemeljevanju pravnih ukrepov, namenjenih varstvu potrošnikov, je treba torej neravnovesje v razmerjih moči na trgu podrobneje razčleniti in primernost ukrepov pogledati v luči (škodljivih) posledic ugotovljenega položaja. V nadaljevanju je tako

<sup>12</sup> Možina (2012), str. 1438; Zabel, str. 470–471; Cseres, str. 152–153.

<sup>13</sup> Cseres, str. 172; Hondius (2004), str. 245–248; Howells in Weatherill, str. 19–20, 31–35; Hondius (2012), str. 168.

<sup>14</sup> Pravzaprav naj bi se v vseh evropskih pravnih sistemih razvili mehanizmi za zaščito šibkejše stranke pred nepoštenimi (*unconscionable*) posli, tako npr. Cherednychenko (2010), str. 246.

<sup>15</sup> Haupt, str. 1137–1138; Hartlief, str. 254–260; Wagner, str. 46–49.

<sup>16</sup> Howells in Weatherill, str. 6.

strnjeno predstavljenih nekaj najpogostejših razlogov za poseganje prava na trg z namenom varovati potrošnika, ki so navedeni v literaturi.

Razlike v pogajalskih izhodiščih in moči potrošnika in podjetja.<sup>17</sup> Zlasti v t. i. formularnih pogodbah v povezavi s splošnimi pogoji poslovanja podjetja enostransko oblikujejo vse bistvene sestavine pogodbe in v pogajanja s potrošnikom vstopajo po načelu vzemi ali pusti. V tem kontekstu gre za strah pred izkoriščanjem.<sup>18</sup> Tako skuša pravo zaščititi potrošnika npr. pred t. i. nepoštenimi pogodbenimi pogoji, ki v škodo potrošnika povzročijo znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank, npr. s tem, da se potrošnik (vedoma) odpove pravici do uveljavljanja določenih ugovorov.<sup>19</sup> Podobno velja npr. za določbe o največji dopustni efektivni obrestni meri pri potrošniških kreditih<sup>20</sup> ali agresivne poslovne prakse.

*Informacijska asimetrija oziroma nezadostna informiranost potrošnikov v primerjavi s podjetji.*<sup>21</sup> Ustrezna informiranost udeležencev na trgu je ena od predpostavk učinkovitosti kot osrednje vrednote delovanja trga.<sup>22</sup> Razlogi za to so lahko različni, od pomanjkanja relevantnih informacij prek (pre)velikega obsega in zapletenosti dostopnih informacij do problemov zavajanja s strani podjetij. Glede na to ne preseneča, da je vrsta ukrepov, namenjenih varstvu potrošnikov, v domači zakonodaji povezana prav z vprašanji ustrezne informiranosti. Kot primere za to lahko navedemo obveznost podjetij, da potrošniku pred sklenitvijo pogodbe na jasen in razumljiv način zagotovijo določene informacije,<sup>23</sup> pravila o ustreznem označevanju cen in blaga,<sup>24</sup> pa tudi prepoved zavajajočih praks (npr. praksa, ki vsebuje napačne informacije in je torej neresnična).<sup>25</sup>

<sup>17</sup> Yuthayotin, str. 29–31; Howells in Weatherill, str. 23–25; Willett in Oughton, str. 385; Hadfield, Howse in Trebilcock, str. 138–141.

<sup>18</sup> Thal, str. 22, 29–33.

<sup>19</sup> Glej npr. 23., 24., 43.b, 43.c, 48.b in 48.c člen Zakona o varstvu potrošnikov (ZVPot), Uradni list RS, št. 98/2004 – UPB, 114/06 – ZUE, 126/2007, 86/2009, 78/2011, 38/2014 in 19/2015.

<sup>20</sup> Glej 24. člen Zakona o potrošniških kreditih (ZPotK-1), Uradni list RS, št. 59/2010, 77/2011 in 30/2013.

<sup>21</sup> Hadfield, Howse in Trebilcock, str. 141–145; Ramsay (2007), str. 64–71; Willett in Oughton, str. 384–385; Yuthayotin, str. 27–29; Wagner; Cartwright (2001), str. 20–25; Rühl, str. 573 in nasl.

<sup>22</sup> Samuelson in Nordhaus, str. 160, 163–164.

<sup>23</sup> Glej npr. 23., 24., 43.b, 43.c, 48.b in 48.c člen ZVPot.

<sup>24</sup> Pravilnik o načinu označevanja cen blaga in storitev (Uradni list RS, št. 63/1999, 27/2001 in 65/2003).

<sup>25</sup> Glej npr. 5.–7. člen Zakona o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (ZVPNPP), Uradni list RS, št. 53/2007.

Omejena racionalnost udeležencev na trgu in spoznanja vedenjske ekonomije.<sup>26</sup> Ukrepi za varstvo potrošnikov izhajajo tudi iz ugotovitev, da nekatere poglavitne predpostavke glede obnašanja potrošnikov na trgu ne vzdržijo. Izsledki t. i. vedenjske ekonomije (angl. *behavioural economics*), ki je v zadnjih desetletjih stopila v ospredje tudi na tem področju, opozarjajo, da racionalno obnašanje potrošnikov, njihova neomejena moč volje in nenehna usmerjenost k zadovoljitvi lastnega interesa pogosto ostajajo na ravni predpostavk, v praksi pa smo ljudje dojemljivi (tudi) za povsem nepomembne vplive iz neposredne okolice, čustvene vzgibe, miselne predsodke in stereotipe, podvrženi smo časovni kratkovidnosti in drugim oblikam neracionalnosti.<sup>27</sup> Te »nepopolnosti« se na različnih mestih in v različnih oblikah odražajo pri nastopanju potrošnikov na trgu,<sup>28</sup> kjer podjetja, vedoma ali ne, z njimi uspešno manipulirajo v svojo korist.<sup>29</sup> V povezavi z drugimi že omenjenimi značilnostmi potrošniškega trga (zlasti informacijsko asimetrijo) daje to podjetjem neupravičeno prednost in obenem izkrivlja optimalno delovanje trga. Zaradi tega je razumljivo, da skuša pravo v razmerjih med podjetji in potrošniki (B2C) s sprejetjem nekaterih ukrepov uravnati mehanizme delovanja trga, saj ti temeljijo na (delno) neresničnih predpostavkah. Ker posameznika, tudi ko nastopa v vlogi potrošnika na trgu, ne moremo zreducirati na *homo economicusa*, je potrebna intervencija.<sup>30</sup> Primer ukrepa, ki naslavlja to anomalijo, je pravica do odstopa od pogodbe oziroma preklica v smislu »možnosti naknadnega preklica« (angl. *cooling-off period*).<sup>31</sup>

Neustreznost tržnega razpolaganja z dobrinami na temelju paternalizma.<sup>32</sup> Ta razlog je komplementaren prejšnjemu, ki temelji na spoznanjih vedenjske ekonomije, saj paternalizem v tem kontekstu pomeni, da »potrošnika zaščitimo pred njim samim«. <sup>33</sup> Zato je mogoče večini ukrepov za varstvo potrošnikov, ki izhajajo iz omejene racionalnosti in ranljivosti potrošnikov, poleg cilja odprave tržnih anomalij oziroma zagotovitve normalnega delovanja trga pripisati tudi skrb za interes ali blaginjo posameznega potrošnika. Paternalistični vzgib pa je mogoče prepoznati tudi, kadar ne gre za ekonomske interese potrošnikov ali

<sup>26</sup> Cseres, str. 182–183; Ramsay (2007), str. 71–84.

<sup>27</sup> Ariely, str. 239.

<sup>28</sup> Pretirana samozavest (angl. *over-confidence*) ali optimizem (angl. *over-optimism*) glede lastnih sposobnosti ali pričakovanj, sidranje (angl. *anchoring*) ali pretirano opiranje na izhodiščne informacije, učinek uokvirjanja (angl. *framing effect*), ki opozarja na pomen konteksta v konkretni situaciji, čredni nagon (angl. *herding*) itd. Glej npr. Ramsay (2007), str. 72–75; Browne in drugi, str. 181–190.

<sup>29</sup> Prim. Hanson in Kysar, str. 1425–1427.

<sup>30</sup> Osovsky, str. 899–901.

<sup>31</sup> Rekaiti in Bergh, str. 375–378; Možina (2011), str. 67–72.

<sup>32</sup> Cartwright (2001), str. 32–37; Ogus, str. 51–54; Ramsay (2007), str. 100–101.

<sup>33</sup> Browne in drugi, str. 157 in nasl.

kadar problem ni v neracionalnem in nebogljenem potrošniku, ampak v naravi določenih dobrin, kakršni sta varnost in zdravje potrošnikov, za katere ocenimo, da morajo veljati določene omejitve svobodnega tržnega razpolaganja. Primere takšne intervencije s ciljem zaščite potrošnikov lahko prepoznamo v splošnih varnostnih zahtevah glede proizvodov ter s tem povezanih obveznostih proizvajalcev in distributerjev,<sup>34</sup> prepovedi oglaševanja določenih vrst alkoholnih pijač ali tobaknih izdelkov itd.<sup>35</sup>

*Nepravičnost in varstvo potrošnikov na temelju drugih družbenih vrednot.*<sup>36</sup> Namen pravnega varstva potrošnikov je lahko tudi spodbujanje družbene pravičnosti ali drugih družbenih vrednot oziroma ciljev, ki niso neposredno povezani z doseganjem t. i. razporeditvene učinkovitosti, ki je osrednje gibalno delovanje trga.<sup>37</sup> Tako se potrošniško pravo lahko pojavi v funkciji distributivne pravičnosti. Pri tem ne gre toliko za (re)distribucijo med potrošniki na eni strani in podjetji na drugi, čeprav bi lahko distributivne prvine videli npr. tudi v tem, da pravo podjetjem nalaga, da morajo prevzeti jamstvo za brezhibno delovanje stvari tudi v določenem obdobju po sklenitvi posla in s tem nositi tudi morebitne stroške, ki nastanejo v primeru, ko ima stvar pomanjkljivost, zaradi katere je ni mogoče uporabljati v skladu z njenim namenom.<sup>38</sup> Prvine distributivne pravičnosti stopijo v ospredje zlasti v primerih, v katerih pravo nameni posebno skrb ali varstvo t. i. ranljivim skupinam potrošnikov.<sup>39</sup> Kot primer lahko v tem kontekstu omenimo obveznosti za distribucijskega operaterja električne energije, ko gre za ranljivega odjemalca, »ki si zaradi svojih premoženjskih razmer, dohodkov in drugih socialnih okoliščin ter bivalnih razmer ne more zagotoviti drugega vira energije za gospodinjsko rabo, ki bi mu povzročil enake ali manjše stroške za najnujnejšo gospodinjsko rabo.«<sup>40</sup> Poleg distributivne pravičnosti se lahko varovanje ranljivih skupin potrošnikov povezuje tudi z drugimi družbenimi vrednotami, npr. posebno zaščito, ki jo država zagotavlja narodnim manjšinam. Tako lahko razložimo npr. zahtevo, da mora podjetje »na območjih, kjer avtohtono živita italijanska ali madžarska narodna skupnost«, s potrošniki poslovati »tudi v jeziku narodne

<sup>34</sup> Glej 5.–13. člen Zakona o splošni varnosti proizvodov (ZSVP-1), Uradni list RS, št. 101/2003.

<sup>35</sup> Glej 15. člen Zakona o zdravstveni ustreznosti živil in izdelkov ter snovi, ki prihajajo v stik z živili (ZZUZIS), Uradni list RS, št. 52/2000, 42/2002 in 47/2004 – ZdZPZ, ter 10. člen Zakona o omejevanju uporabe tobaknih izdelkov (ZOUTI), Uradni list RS, št. 93/2007 – UPB.

<sup>36</sup> Ramsay (2007), str. 88–106; Ogus, str. 46–54; Howell in Wilson, str. 167–169.

<sup>37</sup> »Eden od najpomembnejših rezultatov vsake ekonomike je učinkovita razporeditev sredstev s pomočjo popolnoma konkurenčnih trgov.« Samuelson in Nordhaus, str. 160.

<sup>38</sup> Možina (2009), str. 146–149 in 153–163.

<sup>39</sup> Prim. Cartwright (2015).

<sup>40</sup> Glej 51. člen Energetskega zakona (EZ-1), Uradni list RS, št. 17/2014.



skupnosti.«.<sup>41</sup> Potrošniško pravo pa je mogoče ponekod utemeljiti z netržnimi razlogi tudi neodvisno od vprašanja ranljivih potrošnikov. Primeroma lahko navedemo vrednote, kot so trajnostna potrošnja in varstvo okolja<sup>42</sup> ali neekonomski interesi potrošnikov, kot je varstvo osebnih podatkov pri neposrednem trženju.<sup>43</sup>

*Neustreznost običajnih mehanizmov za uveljavljanje oziroma varstvo pravic potrošnikov.*<sup>44</sup> Potrošniki so v primerjavi s podjetji na trgu soočeni z določenimi ovirami, ko pride do uveljavljanja pravic, ki jih z namenom varovanja njihovega položaja zagotavlja zakonodaja. Ti dejavniki so npr. slabše poznavanje pravnih poti, ki so jim na voljo za uveljavljanje pravic, in manj izkušenj pri uveljavljanju pravic, neenakost glede finančnih zmožnosti, (večinoma) nizka vrednost spora, ki ne odtehta potencialno visokih stroškov uveljavljanja pravnega varstva, omejene možnosti za varovanje kolektivnega interesa brez izkazovanja neposredne kršitve pravice posameznega potrošnika.<sup>45</sup> Zaradi tovrstnih ovir običajni vzvodi za uveljavljanje pravic v pogodbenem pravu (npr. po sodni poti) potrošnikom ne zagotavljajo učinkovitega pravnega varstva. Zato je za pravo varstva potrošnikov bistvena tudi procesna oziroma postopkovna razsežnost. Primer je možnost pred sodiščem zahtevati opustitev nedovoljenega ravnanja podjetja, ki »škoduje skupnim interesom potrošnikov«, pri čemer lahko tožbo (pod določenimi pogoji) vložijo »vsaka organizacija, ki je pravna oseba, ustanovljena za varovanje pravic in interesov potrošnikov«. <sup>46</sup> Primer naslavljanja problemov potrošnikov pri uveljavljanju njihovih pravic, so tudi večletna prizadevanja za celostno ureditev sistema reševanja potrošniških sporov zunaj okvira sodnega varstva.<sup>47</sup>

Poleg navedenih temeljev varstva potrošnikov se pojavljajo tudi drugi, ki so z njimi bolj ali manj povezani. Med temi velja morda omeniti le še pomen varstva in krepitve *zaupanja potrošnikov v trg*, ki v zadnjih letih stopa v ospredje potrošniškega varstva v okviru prava EU.<sup>48</sup>

<sup>41</sup> Glej 2. člen ZVPot. Ustavnost tega ukrepa je presojalo tudi Ustavno sodišče RS, glej odločbo št. U-I-218/04 z dne 20. 4. 2006.

<sup>42</sup> Prim. Resolucija o Nacionalnem programu varstva potrošnikov 2012–2017 (Uradni list RS, št. 47/2012).

<sup>43</sup> Glej 72. in 73. člen Zakona o varstvu osebnih podatkov (ZVOP-1), Uradni list RS, št. 94/2007. Splošno o interesih potrošnikov glede varstva podatkov glej npr. Dickie, str. 53 in nasl.

<sup>44</sup> Yuthayotin, str. 33–34; Ramsay (2003), zlasti str. 27–40; Reich (2009), str. 16–18; Benöhr, str. 175–210.

<sup>45</sup> Tako npr. Galič (2004), str. 126.

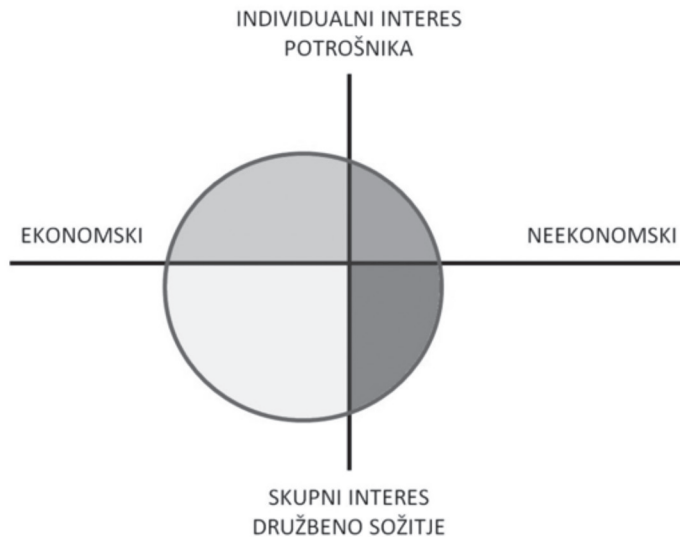
<sup>46</sup> Glej 75. člen ZVPot.

<sup>47</sup> Glej Galič (2012), str. 1473 in nasl. Zadnji poskus ureditve tega sklopa vprašanj je Predlog zakona o izvensodnem reševanju potrošniških sporov, EVA 2014-2130-0010, trenutno v obravnavi na vladi.

<sup>48</sup> Glej npr. Weatherill, str. 77–78; Wilhelmsson, str. 319 in nasl.

## 2.2. Poskus sistematizacije

Temelje ali razloge, na katerih temeljijo ukrepi za zaščito potrošnikov, je mogoče shematično prikazati vzdolž dveh osi. Na prvo os lahko razvrstimo *ekonomske razloge, povezane z (ne)ustreznim delovanjem trga*, in *neekonomske razloge, ki varstvo potrošnikov povezujejo z družbenimi (pravnimi) vrednotami*. Na drugi osi pa na razloge, ki utemeljujejo varstvo potrošnikov, gledamo z vidika širine varovanega interesa, gre torej za delitev na ukrepe, ki varujejo *interes posameznega potrošnika*, in ukrepe, ki so (neposredno) namenjeni varovanju *širšega (družbenega) interesa in družbenega sožitja*. Tako dobimo shemo, ki nam pomaga *sistematično strniti* raznolike razloge, s katerimi se običajno utemeljuje poseganje prava na trg z namenom varovanja potrošnikov. Pri tem ni odveč opozorilo, da je shema, ki jo strnjeno pojasnujem v nadaljevanju, le *analitični pripomoček*, s katerim skušam za namen te razprave vnesti nekaj reda oziroma smisla v nekoherenten nabor temeljev, na katerih stoji pravo varstva potrošnikov.<sup>49</sup>



Iz predstavljenega pregleda jasno izhaja, da so temelji, na katerih je zasnovano pravo varstva potrošnikov, med seboj tesno povezani oziroma prepleteni. Shema jih zato prikazuje kot sklenjen sklop razlogov, s katerimi je mogoče osmisliti pravno zaščito položaja potrošnikov na trgu. Tako je npr. skoraj nemogoče, da

<sup>49</sup> Shemo sem izdelal kot poskus celovite sistemizacije številnih razlogov za pravno urejanje trgov. Nekatere delitve, ki sem jih pri tem uporabil, so sicer že prisotne v literaturi. Pogosta je zlasti delitev na ekonomske in neekonomske razloge, glej npr. Ogus, str. 29–54.

asimetrije informacij na trgu oziroma problema (ne)zadostne informiranosti potrošnikov ne bi upoštevali tudi kot enega od dejavnikov, ki sodoločajo pogajalska izhodišča in moč udeležencev na trgu. Tesno pa so prepleteni tudi ekonomski in neekonomski razlogi. Na problem dostopa do učinkovitega pravnega varstva potrošnikov je mogoče v ekonomski teoriji gledati kot na problem (visokih) transakcijskih stroškov, ki onemogočajo optimalno delovanje trga.<sup>50</sup> Skrb za trajnostno potrošnjo in varovanje okolja v okviru prava varstva potrošnikov lahko pojmuje tudi kot omejevanje škodljivih zunanjih učinkov oziroma negativnih eksternalij. Vzgib za paternalistični poseg prava za blaginjo potrošnikov je (lahko) prav v dvomih o sposobnosti njihovega popolnoma racionalnega obnašanja na trgu in skrbi za lastno korist, kar postavlja podjetja v privilegirani položaj in poruši ravnovesje na trgu. Podobno je mogoče zaščito nekaterih ranljivih skupin potrošnikov po eni strani povezati z odpravo tržnih anomalij, ki preprečujejo optimalno delovanje trga, in po drugi strani z moralnimi načeli, utemeljenimi na pravičnosti ali drugih družbenih vrednotah, ki so namenjene zagotavljanju sožitja v medsebojnih odnosih in jih ni mogoče v celoti pojasniti z ekonomskimi cilji.

Glede na medsebojno prepletenost različnih razlogov je torej večino pravnih ukrepov za izboljšanje položaja potrošnikov na trgu mogoče utemeljiti s sklicevanjem na več (različnih) temeljev. Raznolikost ukrepov za varstvo potrošnikov nakazuje, da naslavlja različne probleme, ki se pojavljajo na potrošniškem trgu, zato ne preseneča, da potrošniško pravo nima jasno opredeljenega in enotnega izhodišča, temveč se opira na nehomogen sklop vrednostnih temeljev in ima več pravnopolitičnih ciljev.

Kljub prepletanju različnih pristopov k utemeljevanju prava varstva potrošnikov pa so danes nedvomno v ospredju *ekonomski argumenti*, povezani z odpravljanjem (strukturnih) anomalij, ki izkrivljajo *normalno delovanje trga*.<sup>51</sup> To ponažarja tudi shema, v kateri je težišče celotnega sklopa razlogov premaknjeno na levo spodnjo stran koordinatnega sistema. V tem kontekstu bi lahko rekli, da je torej tudi varovanje (ekonomskih) interesov *posameznega potrošnika* kot šibkejša stranke v funkciji dolgoročnega *družbenega interesa*, povezanega z normalnim delovanjem tržnega sistema. Kljub temu pa velja v nadaljevanju, kjer bom skušal v okvir prava varstva potrošnikov umestiti prepoved diskriminacije, v mislih obdržati naslednjo misel:

<sup>50</sup> Cseres, str. 184–185.

<sup>51</sup> Slovensko pravo varstva potrošnikov sta v zadnjem desetletju bistveno zaznamovala ureditev in razvoj potrošniškega prava in politike EU, v jedru katerih je skrb za vzpostavitev in delovanje skupnega trga. Weatherill, str. 24 in nasl.; Unberrath in Johnston, str. 1242–1245. Glede na to se domača ureditev, ki je bila v osnovi bolj protekcionistično usmerjena, prilagaja bolj tržnemu, ekonomskemu modelu varstva potrošnikov v EU. Glej Trstenjak, Knez in Možina, str. 28–30, 40–41.

»Čeprav je popravljane pomanjkljivosti trga pomemben cilj potrošniške politike, nanj ne smemo gledati kot na panacejo. Treba se je spomniti, da ima lahko potrošniško pravo tudi širše družbene cilje in da je mogoče uporabljanje prava za ureditev trgovanja v korist potrošnikov utemeljiti [tudi] z družbenimi razlogi.«<sup>52</sup>

### 2.3. Utemeljitev prepovedi diskriminacije

Če hočemo prepoved diskriminacije umestiti v okvir potrošniškega prava, moramo najprej odgovoriti na vprašanje, ali je varstvo pred diskriminacijo sploh legitimen temelj za urejanje razmerij na trgu, oziroma koliko ga je mogoče povezati z drugimi razlogi, s katerimi navadno utemeljujemo pravno poseganje na trg z namenom varovanja potrošnikov kot »udeležencev v prometu blaga, storitev ali denarja na trgu, torej potrošnikov kot družbene kategorije«.<sup>53</sup>

Splošno izhodišče pravnega varstva pred diskriminacijo, glede katerega je mogoče doseči soglasje, je prizadevanje za *enakost* kot eno od temeljnih družbenih in pravnih vrednot, ki je neločljivo povezana s pravičnostjo.<sup>54</sup> Pri tem težave nastopijo že na samem začetku, saj ni soglasja o vsebini tega pojma.<sup>55</sup> A za namen te razprave zadostuje, če se omejimo na ugotovitev, da z enakostjo mislimo na eno od temeljnih družbenih vrednot, ki se je v okviru nastajajoče novoveške države zasidrala tudi v jedro našega razumevanja prava – kot eno od temeljnih pravnih načel.<sup>56</sup> To pojmovanje enakosti danes ni omejeno na formalno razsežnost, ki je pogosto ponazorjena z rekom, da je treba enako obravnavati enako (in različno ustrezno različno), temveč je skozi čas prevzelo tudi bolj vsebinski, egalitaren pomen, tj. da smo vsi enako upravičeni do osnovnega *dostojanstva* in *spoštovanja*.<sup>57</sup> To je mogoče ponazoriti tudi z znanim Dworkinovim razlikovanjem med »enakim obravnavanjem posameznikov« in »obravnavanjem posameznikov kot enakih«.<sup>58</sup> »Zamisel o temeljni enakosti vseh ljudi, ki je implicitno prisotna v sodobni politični filozofiji,« ugotavljajo nekateri, »narekuje, da moramo vzeti v ozir interese in pomisleke vseh ljudi, in sicer zaradi njihove *enake vrednosti kot ljudi*.«<sup>59</sup>

<sup>52</sup> Cartwright (2001), str. 39.

<sup>53</sup> Zabel, str. 471.

<sup>54</sup> Glede možnosti drugačnega razumevanja razmerja med pravičnostjo in enakostjo, glej Zadravec, str. 152 in nasl.

<sup>55</sup> V svojem bistvu sporen pojem. Glej Gallie.

<sup>56</sup> Glej npr. Pavčnik, str. 456 in nasl.

<sup>57</sup> Gosepath.

<sup>58</sup> Dworkin, str. 227.

<sup>59</sup> Smith, str. 24.

Takšno pojmovanje enakosti pa nas napelje na *človekovo dostojanstvo* oziroma druge vrednote ali družbene cilje, ki se prepletajo z enakostjo in se zdaj bolj zdaj manj izrecno pojavljajo tudi kot podlaga pravnih ukrepov za varstvo pred diskriminacijo. Tako ob dostojanstvu kot temelju prepovedi diskriminacije v literaturi srečamo npr. tudi družbeno *raznolikost* ali *mnogovrstnost*, *strpnost* (tolerantnost), *družbeno vključenost* (tj. preprečevanje družbene izključenosti določenih posameznikov ali družbenih skupin) in celo *svobodo*.<sup>60</sup>

Ali lahko torej varstvo pred diskriminacijo, ki temelji na načelu enakosti, smiselno umestimo v okvir splošnih izhodišč prava varstva potrošnikov, ki so bila predstavljena zgoraj? Najprej postane očitno, da bo pri obravnavanju tega vprašanja v ospredju skupina *neekonomskih razlogov*. Drugače kot npr. pri omejitvah oglaševanja in prodaje tobacnih izdelkov ali posebnem varstvu določene skupine potrošnikov, ki so npr. zaradi lahkovernosti ali druge posebne lastnosti še posebej dovzetni za določene (nepošteno) poslovne prakse, pa pri diskriminaciji niso toliko pomembni paternalistični motivi. Zahteva, da se podjetja pri poslovanju s potrošniki ne smejo ozirati na okoliščine, kot so njihov spol, barva kože ali versko prepričanje, temelji na argumentu, da je takšno ravnanje v izhodišču nepravilno, ker posega v njihovo osebno dostojanstvo kot eno *temeljnih družbenih vrednot*, ki jih varuje pravo. Poglavitni namen prepovedi diskriminacije potrošnikov na trgu je torej zagotavljanje družbene pravičnosti. Ne nujno s ciljem *prerazporeditve* ekonomske in družbene moči, temveč v smislu zagotavljanja *poštenosti* glede osnovnih pravil igre.<sup>61</sup> Podobno lahko ugotovimo npr. glede načela vestnosti in poštenja, ki naj bi določalo »*vrednostno usmeritev* ravnanja strank pri vseh vidikih poslovnega obligacijskega razmerja«. <sup>62</sup>

Če so omejitve na trgu v zvezi z razlikovanjem glede določenih osebnih okoliščin potrebne zaradi pravičnosti, potem jih lahko brez težav povežemo z izhodiščem potrošniškega prava, kot je bilo opredeljeno na začetku poglavja, tj. z *neenakim razmerjem (ekonomske) moči udeležencev na trgu* in posledično potrebo po zagotavljanju posebnega *varstva varstva šibkejše stranke*. Podobno kot nekateri drugi ukrepi za varstvo potrošnikov<sup>63</sup> pa nas prepoved diskriminacije opozori, da potro-

<sup>60</sup> Fredman, str. 15–24; Hellman, str. 34 in nasl.; Moreau, str. 81 in nasl.; Smith, str. 121 in nasl.; Lauber, str. 186–189; Connolly, str. 12–14.

<sup>61</sup> Tako nekateri avtorji probleme diskriminacije izrecno omenjajo pri obravnavanju vprašanja, kaj pri poslovanju s potrošniki (v kontekstu finančnih storitev) pomeni *poštenost*. Glej Cartwright (2010), str. 223–224.

<sup>62</sup> VS RS sklep II Ips 281/2009 z dne 15. 11. 2012.

<sup>63</sup> Glej npr. tretji odstavek 4. člena ZVPNPP, kjer zakon v zvezi z nepoštenimi poslovnimi praksami posebej obravnava skupine potrošnikov, ki so »zaradi telesne ali duševne bolezni, posebne lastnosti, starosti ali lahkovernosti še posebej dovzetni za določeno poslovno prakso ali izdelek, na katerega se ta praksa nanaša«.

šniki niso homogena skupina, ki kot celota potrebuje enako vrsto in obseg zaščite, ampak da se izhodišča posameznih (skupin) potrošnikov med sabo bistveno razlikujejo nasproti podjetjem.<sup>64</sup> V tem kontekstu je mogoče prepoved diskriminacije razumeti kot ukrep za varovanje *ranljivih skupin potrošnikov*. Tako si primeroma najbrž ni težko predstavljati, da se pripadnik romske skupnosti – drugače kot posameznik slovenske narodnosti – na trgu srečuje tudi z ovirami, ki so povezane z njegovo narodnostjo in mu (bistveno) otežujejo dostop do nekaterih dobrin in storitev, ki jih podjetja ponujajo javnosti. Pri tem ne mislim le na vprašanja v zvezi z ekonomskim položajem ali (ne)zadostno informiranostjo. To sta dejavnika, ki ju potrošniško pravo upošteva tudi pri drugih skupinah potrošnikov. Prepoved diskriminacije pa zajema tudi vprašanje stereotipov, neustreznih posplošitev ali družbenih razvrščanj,<sup>65</sup> ki posamezniku omejujejo realen *dostop* do trga ne glede na njegovo informiranost in ekonomski položaj.

Vzroke za ranljivost določenih skupin potrošnikov je mogoče povezati z različnimi družbenimi dejavniki.<sup>66</sup> Tako bi lahko kot ranljivi skupini na trgu zaradi določenih osebnih okoliščin obravnavali npr. tudi invalide in starostnike. Če je pri prvih v ospredju ranljivost zaradi omejenih možnosti dostopa do ponudbe blaga in storitev, se pri drugih ranljivost najpogosteje povezuje npr. z nezadostno informiranostjo ali večjo dojemljivostjo za pritiske podjetij, tj. ponudnikov blaga in storitev. Glede na to je pomembno, da v obeh primerih varstvo pred diskriminacijo v okviru potrošniškega prava za podjetja (lahko) pomeni tudi določene pozitivne obveznosti,<sup>67</sup> ki (lahko) vsebinsko sovpadajo z drugimi ukrepi za varstvo potrošnikov, npr. zagotavljanje določenih informacij na razumljiv način ali prepoved agresivnih poslovnih praks.

Kljub temu pa varstvo pred diskriminacijo ne pomeni nujno le zaščite ranljivih skupin potrošnikov. Družbene skupine oziroma kategorije, ki so opredeljene glede na posamezne osebne okoliščine, kot so npr. spol, etnična pripadnost ali starost, se med seboj zelo razlikujejo in težko bi trdili, da so *vlogi potrošnikov* na trgu vse posebej ranljive. Pogosto je ranljivost skupine *kontekstualno* opredeljena

<sup>64</sup> Cartwright (2001), str. 28–29.

<sup>65</sup> Glede problema, kdaj zanašanje na predpostavljene *splodne* in *abstraktne* značilnosti posameznikov ali družbenih skupin postane pravno in moralno sporno, glej npr. Schauer, str. 251 in nasl.

<sup>66</sup> Tako npr. nekateri ločijo (1) informacijsko ranljivost, (2) ranljivost zaradi nesorazmerne dovzetnosti za pritisk, (3) ranljivost zaradi omejene ponudbe, (4) ranljivost zaradi omejenih možnosti uveljavljanja pravnega varstva in (5) ranljivost zaradi nesorazmernih učinkov slabih izbir. Glej Cartwright (2015).

<sup>67</sup> Glej npr. tretji odstavek 8. člena Zakona o izenačevanju možnosti invalidov (ZIMI, Uradni list RS, št. 94/2010 in 50/2014), ki določa obveznost ponudnikov na trgu sprejeti ukrepe za odpravljanje ovir pri dostopnosti blaga in storitev, npr. v zvezi z dostopnostjo informacijskih, komunikacijskih in drugih storitev, ter pomoč v nujnih primerih, odstranitev grajenih ovir v objektih, v katerih ponujajo blago in storitve, ki so na voljo javnosti, itd.

in zajema torej le določen del populacije na določenem segmentu trga.<sup>68</sup> Varstvo pred diskriminacijo v okviru potrošniškega prava pa naj bi zajelo tudi primere neupravičenega razlikovanja na trgu, kjer ni mogoče govoriti o prikrajšanju ranljive skupine. Tako npr. žensk na splošno ni mogoče opredeliti kot ranljivo skupino, ko gre npr. za vprašanje sklepanja (prostovoljnih) zavarovanj, vendar pravo, kot bom pokazal v nadaljevanju,<sup>69</sup> zavarovalnicam kljub temu postavlja omejitve glede uporabe aktuarskih faktorjev, ki se nanašajo na spol. Smisel varstva pred diskriminacijo na trgu seže torej prek zaščite ranljivih skupin potrošnikov.

Pri tem ostanemo v okviru izhodiščne paradigme potrošniškega varstva, tj. neenake razporeditve moči udeležencev na trgu in potrebe po zagotavljanju posebnega varstva potrošniku kot šibkejši stranki,<sup>70</sup> le da pri uravnavanju delovanja trga poleg npr. ekonomskega interesa potrošnikov ali njihovega zdravja in varnosti v določenem obsegu pripoznamo novo varovano dobrino, tj. osebno dostojanstvo potrošnikov, ki vključuje enako možnost dostopanja do blaga in storitev, neodvisno od nekaterih njihovih osebnih okoliščin. Prepoved diskriminacije varuje potrošnike v primerih, ko se podjetja pri poslovanju z blagom in storitvami opirajo na določene osebne lastnosti potrošnikov, kot sta npr. barva kože ali spolna usmerjenost, na katere potrošniki ne morejo vplivati, in te osebne okoliščine niso bistvene za vsebino posla, ekonomski interes podjetja in tako naprej.

Čeprav ima torej prepoved diskriminacije kot ukrep, namenjen varstvu potrošnikov, pred očmi predvsem *posameznika* in njegovo *osebno* blaginjo, je podobno kot pri dostojanstvu, s katerim je načelo enakosti neločljivo povezano,<sup>71</sup> v ozadju nedvomno tudi skrb za *širši družbeni interes*. Prepoved diskriminacije je pojmovno vezana na določene osebne okoliščine, ki v družbi opredeljujejo bolj ali manj izoblikovane *družbene skupine*, ki so primarni naslovniki nekaterih ukrepov protidiskriminacijskega prava (npr. t. i. spodbujevalnih ukrepov ali kvot). Pri tem očitno ni v središču (le) individualni interes posameznika, temveč pravo izhaja iz prepričanja, da je treba za *družbeno sožitje* ali optimalno organiziranje

<sup>68</sup> Pri tem gre pogosto za t. i. *intersekcijsko diskriminacijo* oziroma diskriminacijo, ki nastane na podlagi več osebnih okoliščin *hkrati*. Gre za posebno obliko diskriminacije, saj »[d]ružbeno skonstruirane kategorije, ki so povezane z našo identiteto (in hkrati konstitutivni element le teh), ne funkcionirajo neodvisno ena od druge, pač pa so prepletene, so v intersekciji«. Glej Kuhar, str. 27. Kot primer bi lahko navedli npr. morebitno izključevanje muslimank na trgu blaga in storitev, »saj spol determinira določene zunanje znake, po katerih so muslimanke prepoznavne«. Prav tam, str. 105.

<sup>69</sup> Glej spodaj, tč. 3.3.

<sup>70</sup> Prim. Cseres, str. 321–322.

<sup>71</sup> Prim. odločbo Ustavnega sodišča RS št. U-I-70/12 z dne 21. 3. 2014: »Ustavnosodna presoja obravnavane zadeve zato terjata temu ustrezen širši pogled, v katerem ima spoštovanje človekovega dostojanstva kot konstruktivne vrednote družbe osrednje mesto. To izhodišče je pomembno za oblikovanje prioritet, izbir pa tudi omejitev. Kadar je človekovo dostojanstvo ogroženo ali kršeno, trpi celotna skupnost oziroma družba in ni prizadeta le avtonomija posameznika.«



življenja na nekem družbenem področju določeni (prikrajšani) družbeni skupini zagotoviti ustrežnejši položaj.

V zvezi s tem bi lahko vsaj v nekaterih primerih trdili tudi, da je prepoved diskriminacije namenjena (tudi) zagotavljanju *normalnega delovanja trga* oziroma odpravljanju anomalij pri tržnih razmerjih in jo lahko torej povežemo tudi z *ekonomskimi temelji* varstva potrošnikov. Takšen primer je prepoved diskriminacije na podlagi *državljanstva* v pravu EU. Ob prizadevanjih za enako obravnavanje žensk in moških so se določbe v zvezi s prepovedjo diskriminacije v okviru EU začele pojavljati prav v zvezi z državljanstvom. Kljub temu pa prepoved diskriminacije zaradi državljanstva nima enakih temeljev kot varstvo pred diskriminacijo zaradi spola in drugih varovanih osebnih okoliščin, ki so se postopoma prebile v ospredje v okviru prava EU.<sup>72</sup> Zagotavljanje enakih izhodišč vsem državljanom držav članic EU je bilo namreč od samega začetka pomembno predvsem v zvezi s *temeljnimi ekonomskimi svoboščinami EU*, zlasti prostim gibanjem oseb in svobodo opravljanja storitev (in ustanovitve sedeža).<sup>73</sup> Tako npr. Mreža evropskih potrošniških centrov v enem od svojih poročil ugotavlja, da je »18. člen PDEU, ki vsebuje splošno prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva, postal eno od temeljnih načel prava EU, brez katerega delovanje enotnega trga ne bi bilo mogoče«. <sup>74</sup> To pa ne velja le za opredelitev prepovedi diskriminacije zaradi državljanstva v primarnem pravu EU, temveč se kaže npr. tudi v sekundarnem pravu EU. Tako npr. posebne določbe o prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva vsebujejo nekatere potrošniške direktive,<sup>75</sup> vendar so redko omenjene kot del protidiskriminacijske zakonodaje EU, ker je v tem kontekstu zahteva po enakem obravnavanju državljanov EU zamišljena kot ukrep za vzpostavljanje ali krepitev *enotnega trga*, in ne družbene pravičnosti in dostojanstva.<sup>76</sup>

### 3. Prepoved diskriminacije na trgu blaga in storitev

»[K]dor se ukvarja z varstvom pred diskriminacijo v zasebnem pravu, se nahaja na pravopolitičnem minskem polju,« upravičeno ugotavljajo nekateri avtorji.<sup>77</sup> V preteklih letih se je (v tuji literaturi) razvila srdita polemika o vprašanju, kako intenzivno lahko s kogentnimi ukrepi, namenjenimi varstvu pred diskriminacijo (ali drugih temeljnih pravic), posežemo v pogodbeno svobodo

<sup>72</sup> Prim. Ellis, str. 2.

<sup>73</sup> Reich, Goddard in Vasiljeva, str. 191–192; Reich (2009), str. 25–26.

<sup>74</sup> European Consumer Centres Network (ECC-Net), str. 19.

<sup>75</sup> Glej npr. 20. člen Direktive 2006/123/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu.

<sup>76</sup> Grigoleit in drugi, str. 40 in nasl.

<sup>77</sup> Leible, str. 28.



udeležencev na trgu, ne da bi pri tem zamajali temelje zasebnega prava, zlasti *zasebno avtonomijo*.<sup>78</sup> Za namen tega prispevka bodo poudarki iz te polemike sicer neposredno prišli v poštev le v omejenem obsegu. V nadaljevanju želim namreč pokazati, da je prepoved diskriminacije pravzaprav *že sestavni del pravnega okvira*, ki zarisuje meje pri nastopanju na trgu. S tem namenom bom opozoril na nekaj ključnih mest v naši pravni ureditvi, s katerimi bom ponazoril, v kakšnem obsegu in na kakšen način mehanizmi varstva pred diskriminacijo presegajo okvir *javnega prava in trga dela* ter zajamejo tudi razmerja med podjetji in potrošniki na trgu blaga in storitev.

### 3.1. Pravo EU: izhodišče slovenskega sistema pravnega varstva pred diskriminacijo

Stičišče varstva potrošnikov na eni strani in omejevanja diskriminacije ter spodbujanja enakosti na drugi strani lahko najdemo vsaj v tem, da je razvoj pravnega varstva na obeh področjih v zadnjem desetletju in pol odločilno zaznamovalo *pravo EU*. Zato je smiselno na začetku na kratko omeniti tiste dele v pravnem okviru EU, ki so bodisi neposreden vir pravic in obveznosti v zvezi s prepovedjo diskriminacije v potrošniških razmerjih bodisi podlaga, na kateri so bili zasnovani nacionalni pravni ukrepi, namenjeni varstvu pred diskriminacijo v teh razmerjih.

V ustanovitvenih pogodbah je enakost oziroma nediskriminacija opredeljena kot temeljna vrednota EU.<sup>79</sup> Prizadevanja za odpravo neenakosti in spodbujanje enakosti med moškimi in ženskami<sup>80</sup> ter prizadevanja za boj proti diskriminaciji na podlagi spola, rase ali narodnosti, vere ali prepričanja, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti so opredeljena kot eno od izhodišč delovanja EU.<sup>81</sup>

V okviru primarnega prava EU je prepoved diskriminacije opredeljena tudi kot ena temeljnih pravic. Tako 21. člen *Listine EU o temeljnih pravicah*<sup>82</sup> prepoveduje diskriminacijo na podlagi širokega kroga razlikovalnih meril, med katerimi je poudarjeno državljanstvo, v 23. členu pa je posebej določena obveznost zagotavljanja enakosti žensk in moških na vseh področjih delovanja EU. Prepoved

<sup>78</sup> Picker, str. 775 in nasl.; Baer, str. 323 in nasl.; Ebert in Pinkel, str. 1422 in nasl.; Witte, str. 515 in nasl.; Pinto Oliveira in MacCrorie, str. 112–117; Lauber, str. 185 in nasl.

<sup>79</sup> Glej 2. člen Pogodbe o Evropski uniji (PEU), prečiščena različica, Uradni list EU, C 326, 26. 10. 2012.

<sup>80</sup> Glej 8. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU), prečiščena različica, Uradni list EU, C 326, 26. 10. 2012.

<sup>81</sup> Glej 10. člen PDEU.

<sup>82</sup> Glej Listino Evropske unije o temeljnih pravicah, Uradni list EU, C 83, 30. 3. 2010.

diskriminacije izhaja tudi iz *Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP)*,<sup>83</sup> številnih drugih mednarodnih pravnih dokumentov in ustavnega izročila, skupnega državam članicam EU, in jo kot tako štejemo kot eno od splošnih načel, ki so del prava EU.<sup>84</sup>

Poleg navedenih izhodišč vsebuje primarno pravo EU tudi določbe, ki vzporedno z opredeljevanjem državljanstva EU posebej prepovedujejo diskriminacijo in postavljajo temelje za nadaljnje sprejemanje ukrepov na tem področju. Zaradi zagotavljanja *notranjega trga* ima posebno mesto diskriminacija zaradi *državljanstva*. Tako 18. člen PDEU izrecno prepoveduje vsakršno diskriminacijo glede na državljanstvo, pristojne institucije EU pa pooblašča, da sprejmejo predpise, s katerimi se nadalje prepove diskriminatorno ravnanje na tej podlagi. V 19. členu PDEU pa je možnost varstva pred diskriminacijo razširjena tudi v zvezi z nekaterimi drugimi osebnimi okoliščinami, saj je pristojnim institucijam EU omogočeno, da sprejmejo ustrezne ukrepe za boj proti diskriminaciji tudi na podlagi *spola, rase ali narodnosti, vere ali prepričanja, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti*.

Na podlagi teh pooblastil v primarnem pravu EU je z namenom operacionalizirati načelo nediskriminacije nastala obsežna sekundarna zakonodaja. V letih po uveljavitvi Amsterdamske pogodbe maja 1999 je bila sprejeta kopica direktiv, ki so po eni strani utrdile in razširile varstvo pred diskriminacijo na področjih, kjer je bilo takšno varstvo vsaj v omejenem obsegu že predvideno,<sup>85</sup> in po drugi strani vzpostavile takšno varstvo na področjih, kjer prej ni obstajalo.<sup>86</sup> Za to razpravo sta pomembni zlasti dve, ki širita varstvo pred diskriminacijo tudi na *tržna razmerja* (pretežno na razmerja med podjetji in potrošniki (B2C), ki zanimajo nas), in sicer Direktiva Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost<sup>87</sup> in Direktiva Sveta 2004/113/ES z dne 13. decembra 2004 o izvajanju načela enakega obravnavanja moških in žensk pri dostopu do blaga in storitev ter oskrbi z njimi.<sup>88</sup> Poleg tega vsebujejo določbe o prepovedi diskriminacije tudi nekatere direktive, ki urejajo

<sup>83</sup> Glej 14. člen Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP) in posebej Protokol številka 12 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin.

<sup>84</sup> Tretji odstavek 6. člena PEU. Glej npr. Reich 2013, str. 59 in nasl.

<sup>85</sup> Glej npr. Direktivo Sveta z dne 9. februarja 1976 o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev.

<sup>86</sup> Pred tem EU v zasebnopravnih razmerjih ni poznala varstva pred diskriminacijo zunaj okvira delovnih razmerij oziroma zaposlovanja. V vsakem primeru pa je pravno varstvo obsegalo le neupravičeno razlikovanje na podlagi spola (če pustimo ob strani prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva, ki ima drugo podlago).

<sup>87</sup> UL L št. 180 z dne 19. julija 2000, str. 22.

<sup>88</sup> UL L št. 373 z dne 21. decembra 2004, str. 37.

storitve na notranjem trgu, npr. že omenjena Direktiva 2006/123/ES z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu.<sup>89</sup>

Navsezadnje je pomembno tudi, da je varstvo pred diskriminacijo postalo del *Osnutka skupnega referenčnega okvira (Draft Common Frame of Reference – DCFR)*, ki je pomemben korak v procesu poenotenja civilnega (predvsem obligacijskega) prava na ravni prava EU. V drugi knjigi DCFR, ki vsebuje (modelna) pravila o pogodbah in drugih pravnih poslih, je namreč posebno poglavje posvečeno prepovedi diskriminacije v zvezi s pogodbami ali drugimi pravnimi posli, predmet katerih je dostop do dobrin in storitev, ki so na voljo javnosti, ter preskrba z njimi.<sup>90</sup> Čeprav gre (za zdaj) za »akademsko« besedilo, ki nima (in niti naj ne bi imelo) zavezujoče pravne narave, pa naj bi imelo pomemben »vpliv na oblikovanje tako evropske kot nacionalne zakonodaje«, in sicer »kot pripomoček za izboljšanje obstoječega *acquisa*, kot nekakšna 'škatla za orodje' (*tool-box*) oziroma priročnik evropskega pogodbenega prava.«<sup>91</sup>

K temu pregledu ključnih dokumentov EU, ki vsebujejo prepoved diskriminacije, je treba dodati opozorilo. Neposredni naslovniki prepovedi diskriminacije, kot je bila orisana v tem okviru, so v pretežnem delu institucije EU in države članice, kadar delujejo na področju, ki ga ureja pravo EU, ki jim pravo EU omogoča ali nalaga sprejem določenih ukrepov za varstvo pred diskriminacijo na posameznih področjih. Pri tem se torej postavlja vprašanje, koliko (če sploh) se te določbe o prepovedi diskriminacije *neposredno* nanašajo na razmerja med *zasebnimi subjekti*, ki delujejo na trgu, npr. pri poslovanju med podjetji in potrošniki.

Na to vprašanje, ki je sicer del širše razprave o učinkovanju temeljnih svoboščin EU in človekovih pravic, v literaturi in praksi ni enoznačnega odgovora. A za našo razpravo v zvezi s tem zadostuje nekaj izhodiščnih ugotovitev. Prvič, odgovor na vprašanje horizontalnega učinkovanja temeljnih pravic in svoboščin EU ni nujno enak za vsako posamezno pravico ali svoboščino. Analogno velja za določbe, ki zagotavljajo varstvo pred diskriminacijo na različnih področjih v povezavi z različnimi merili razlikovanja. To izhaja iz umestitve posameznih določb, njihove ubeseditve in različnega pomena prepovedi diskriminacije v pravnih virih v povezavi s posameznimi področji in prepovedanimi merili razlikovanja. To kompleksnost lahko ponazorimo s prepovedjo diskriminacije na podlagi državljanstva, ki temelji na številnih določbah primarnih in sekundarnih

<sup>89</sup> Glej 20. člen omenjene direktive, ki državam članicam nalaga sprejem ustreznih ukrepov za zagotovitev nediskriminatornega obravnavanja prejemnikov storitev na podlagi njihovega državljanstva ali prebivališča.

<sup>90</sup> O pravilih za varstvo pred diskriminacijo v DCFR glej npr. Leible, str. 48–51; Ebert in Pinkel, str. 1425–1430.

<sup>91</sup> Možina (2008), str. 1703.

virov,<sup>92</sup> v zvezi s katerimi pa so v praksi velike razlike glede priznavanja horizontalnega učinka.<sup>93</sup>

Drugič, glavni akter pri opredeljevanju učinkov prepovedi diskriminacije je Sodišče EU, ki s svojimi odločitvami na posameznih področjih postopno utrjuje varstvo pred diskriminacijo tudi v sferi zasebnopravnih razmerij. Ta trend ni le stvar preteklosti, ko je Sodišče npr. priznalo neposredni horizontalni učinek načela enakega plačila žensk in moških za enako delo (kar je zdaj urejeno v 157. členu PDEU),<sup>94</sup> temveč se nadaljuje tudi v novejši praksi Sodišča, kjer ga lahko ponazorimo npr. z odločitvami, s katerimi je Sodišče načelu nediskriminacije na podlagi starosti priznalo status splošnega načela EU, na katerega se lahko sklicujejo posamezniki tudi v (nekaterih) zasebnopravnih razmerjih.<sup>95</sup>

Tretjič, čeprav so načeloma redke situacije, v katerih je mogoče trditi, da prepoved diskriminacije *neposredno* veže tudi subjekte zasebnega prava, imajo (lahko) zgoraj omenjene določbe o varstvu pred diskriminacijo v razmerjih med zasebnopravnimi subjekti *posredni* (horizontalni) učinek.<sup>96</sup> O posrednem načinu učinkovanja temeljnih pravic govorimo zato, ker je v izhodišču to *razlagalna tehnika*, po kateri je treba npr. pravila nacionalnega prava, ki urejajo razmerje med podjetjem in potrošnikom, razlagati tako, da se pri tem izognemo konfliktu z določeno temeljno pravico, ki je opredeljena v pravu EU (npr. prepovedi diskriminacije iz 21. člena Listine temeljnih pravic).<sup>97</sup> V tem kontekstu gre torej za *skladno* oziroma *lojalno razlago* nacionalnih določb z direktivami.

### 3.2. Načelo enakosti v Ustavi RS

Pri obravnavanju vprašanja dometa prepovedi diskriminacije v zasebnem pravu se moramo vsaj dotakniti tudi opredeljitve načela enakosti oziroma prepovedi diskriminacije v Ustavi Republike Slovenije (URS). Jedro tega je določba prvega

<sup>92</sup> Glej npr. splošno določbo v 18. členu PDEU ali splošno prepoved iz drugega odstavka 21. člena Listine EU o temeljnih pravicah in tudi posebne določbe glede prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva v povezavi z nekaterimi temeljnimi svoboščinami, prim. npr. 45. člen PDEU (prosto gibanje delavcev) ali 61. člen PDEU (prosti pretok storitev). Glej npr. tudi 20. člen Direktive 2006/123/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu.

<sup>93</sup> Glej npr. Mol, str. 114–117.

<sup>94</sup> Sodba Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, C-43/75, EU:C:1976:56.

<sup>95</sup> Prim. kontroverzni odločitvi v sodbi Werner Mangold proti Rüdigerju Helmu, C-144/04, EU:C:2005:709, in sodbi Seda Küçükdeveci proti Swedex GmbH & Co. KG, C-555/07, EU:C:2010:21. Za kratek pregled noveše prakse Sodišča EU glede teh vprašanj glej npr. Howard, str. 792 in nasl.

<sup>96</sup> Tudi terciarni ali radiacijski učinek ali posredni *Drittwirkung*.

<sup>97</sup> Twigg-Flesner, str. 8–12; Hartkamp, str. 106–110; Cherednychenko (2008), str. 56–59.

odstavka 14. člena URS,<sup>98</sup> ki vsebuje poseben vidik *splošnega načela enakosti*, kar je mogoče utemeljiti z dvema okoliščinama. Prvič, bistveni element prepovedi diskriminacije je poudarjanje izrecno omenjenih klasifikacijskih razlogov ali meril, na podlagi katerih je vsako razlikovanje »sumljivo«. Na podlagi diktije prvega odstavka 14. člena URS se je v zvezi s tem v slovenski teoriji in praksi ustalil izraz osebna okoliščina. Drugič, prepoved diskriminacije se vsebinsko nanaša na zagotavljanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin. To pomeni, da prepoved diskriminacije ne zajema vsakega neutemeljenega razlikovanja posameznikov (ali družbenih skupin) na podlagi določene osebne okoliščine, temveč le ravnanje, ki nekemu onemogoča oziroma otežuje uveljavljanje konkretne človekove pravice zaradi njegove osebne okoliščine. Čeprav torej enakost pred zakonom iz 14. člena URS načeloma razumemo kot splošno pravno načelo, ki je vodilo za uresničevanje temeljnih človekovih pravic, nekateri avtorji opozarjajo na pomembno vlogo, ki jo je pri razlaganju te enakosti pred zakonom odigralo Ustavno sodišče RS, ki je enakost pred zakonom oziroma prepoved diskriminacije izrecno priznalo tudi kot *človekovo pravico*.<sup>99</sup>

Za to razpravo pa je pravzaprav bistveno vprašanje, koga ustavna prepoved diskriminacije sploh zavezuje. Na to vprašanje ni preprostega odgovora. V tem kontekstu se spet srečamo s problemom t. i. *drittwirkung* ali *horizontalnega* oziroma *terciarnega* učinkovanja ustavnih pravic, ki je vsebinsko soroden že nakazanim odprtim vprašanjem glede možnosti učinkovanja temeljnih pravic in drugih določb prava EU med *zasebnimi* subjekti.<sup>100</sup> V zvezi s prepovedjo diskriminacije v URS je treba izhajati iz vsebinske povezanosti prepovedi diskriminacije in drugih človekovih pravic ter temeljnih svoboščin. V skladu s tem je treba pri iskanju odgovora na vprašanje o neposredni oziroma posredni vezanosti zasebnih subjektov na ustavno prepoved diskriminacije izhajati iz učinkov, ki jih lahko ima v takšnih razmerjih konkretna človekova pravica, na katero se nanaša primer diskriminacije.<sup>101</sup> Le če je mogoče v konkretnem primeru ugotoviti, da neka ustavna pravica učinkuje tudi med zasebniki (bodisi neposredno bodisi posredno), lahko v nadaljevanju ugotavljamo, ali je v zvezi s to pravico prišlo do kršitve prvega odstavka 14. člena URS.

Ustavno sodišče RS za zdaj pred sabo še ni imelo primera, v katerem bi odgovorilo na vprašanje o horizontalnem učinku tistih »ustavnopravnih norm,

<sup>98</sup> Prvi odstavek 14. člena URS se glasi: »V Sloveniji so vsakomur zagotovljene enake človekove pravice in temeljne svoboščine, ne glede na narodnost, raso, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj, invalidnost ali katerikoli drugo osebno okoliščino.«

<sup>99</sup> Prim. Cerar, str. 29–30; Longar, str. 340; Mahnič, str. 363; Flander, str. 63.

<sup>100</sup> Glej sklepni del prejšnjega (pod)poglavja.

<sup>101</sup> Tako npr. Nerad, str. 381 in nasl.

ki zadevajo trg<sup>102</sup> v povezavi s prepovedjo diskriminacije v 14. členu URS. Pri tem je za namen tega prispevka drugotnega pomena vprašanje, ali sistem varstva pred diskriminacijo, ki je vzpostavljen v zakonu, čezmerno posega v pravico do zasebne lastnine (33. člen URS) ali svobodno gospodarsko pobudo (74. člen URS). Iščemo predvsem pravno podlago, na kateri je mogoče utemeljiti sistem varstva pred diskriminacijo, ki seže tudi v zasebni sektor, zato nas zanima zlasti, ali bi Ustavno sodišče RS ugotovilo, da prepoved diskriminacije iz 14. člena URS, npr. v povezavi s pravico do osebnega dostojanstva in varnosti (34. člen) ali pravicami invalidov (52. člen URS), veže tudi zasebnopravne subjekte pri poslovanju na trgu. Kot rečeno, pa se Ustavno sodišče RS glede tega še ni opredelilo.

### 3.3. Varstvo pred diskriminacijo v slovenski zakonodaji

#### 3.3.1. Splošna ureditev v ZUNEO

Skoraj sočasno z vstopom Slovenije v EU leta 2004 je v veljavo stopil *Zakon o uresničevanju načela enakega obravnavanja (ZUNEO)* kot (prvi) predpis, ki naj bi določil »skupne temelje in izhodišča za zagotavljanje enakega obravnavanja vsakogar pri uveljavljanju njegovih pravic in obveznosti ter pri uresničevanju njegovih temeljnih svoboščin na kateremkoli področju družbenega življenja [...]«. <sup>103</sup> Z novelo leta 2007 so bile v povezavi s posameznimi osebnimi okoliščinami nekoliko natančneje opredeljena področja, na katere se nanaša obveznost enakega obravnavanja, in izjeme od te zakonsko predvidene obveznosti, a je zasnova varstva pred diskriminacijo na področju trga blaga in storitev ostala pretežno nespremenjena. <sup>104</sup>

V skladu s trenutno veljavno ureditvijo je »[e]nako obravnavanje [...] zagotovljeno ne glede na spol, narodnost, raso ali etnično poreklo, vero ali prepričanje, invalidnost, starost, spolno usmerjenost ali drugo osebno okoliščino,« in sicer na različnih družbenih področjih, ki jih ZUNEO *primeroma* našteje, pri čemer

<sup>102</sup> Glej Zabel, str. 92–99.

<sup>103</sup> Zakon o uresničevanju načela enakega obravnavanja (ZUNEO), Uradni list RS, št. 50/2004, je bil sprejet 22. 4. 2004 in je začel veljati nekaj tednov po tem, tj. 7. 5. 2004. Pred uveljavitvijo tega zakona je bila ureditev varstva pred diskriminacijo segmentirana bodisi glede na posamezna področja (zlasti v delovnopравни zakonodaji) bodisi glede na posamezne osebne okoliščine (zlasti spol, glej Zakon o enakih možnostih žensk in moških (ZEMŽM), Uradni list RS, št. 59/2002 in 61/2007 – ZUNEO-A).

<sup>104</sup> Ob tem je treba opozoriti, da je na Ministrstvu za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti trenutno v pripravi *Predlog zakona o varstvu pred diskriminacijo*, ki naj bi nadomestil ZUNEO. Besedilo predloga zakona je dostopno na: [http://www.mdds.gov.si/si/zakonodaja\\_in\\_dokumenti/predpisi\\_v\\_pripravi/](http://www.mdds.gov.si/si/zakonodaja_in_dokumenti/predpisi_v_pripravi/) (1. 7. 2015).

v zadnji alineji izrecno omeni tudi »[dostop] do dobrin in storitev, ki so na voljo javnosti, vključno s stanovanji, in preskrbo z njimi.«<sup>105</sup>

Glede na to lahko torej ugotovimo, da splošna prepoved diskriminacije v ZUNEO na področju zasebnega prava brez dvoma seže preko okvira *trga dela* in zajame tudi področje *trga nasploh*. Glede na lakonično zakonsko dikcijo o *dobrinah in storitvah* pa ostaja v določeni meri nejasno, na katere segmente trga oziroma katera tržna razmerja se tako zastavljeno varstvo pred diskriminacijo pravzaprav nanaša. Pri tem si ne moremo pomagati s sodno prakso, ker je o tem vprašanju tako rekoč ni.<sup>106</sup> Prav tako so s pojasnili glede obsega varstva pred diskriminacijo skopa pripravljala gradiva (*travaux préparatoires*) k ZUNEO. Nekaj opore pa lahko najdemo, če se ozremo k pravu EU (zlasti k zgoraj izpostavljenim sekundarnim virom), ki je bilo povod za sprejetje ZUNEO in njegov vsebinski temelj,<sup>107</sup> ter k drugim državam članicam EU, ki so morale v svoje pravne sisteme prenesti enake obveznosti, ki izhajajo iz prava EU.

V tem okviru so pogosto najbolj povedne uvodne izjave protidiskriminacijskih direktiv, saj se same določbe teh direktiv, ki zarisujejo področje njihove uporabe, glede ubeseditve včasih ne razlikujejo od predmetnih določb ZUNEO. Tako npr. iz uvodnih izjav Direktive 2004/113/ES izhaja, da je treba »[b]lago [...] pojmovati v smislu določb Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti v zvezi s prostim pretokom blaga. Storitve je treba pojmovati v smislu člena 50 te pogodbe.«<sup>108</sup> Za namen te razprave pa so bolj pomembne izrecne ali zgolj nakazane *omejitve* pri zagotavljanju varstva pred diskriminacijo na širokem področju, na katero sta vezani omenjeni temeljni svoboščini EU. Tako je npr. v uvodnih izjavah prve od direktiv, ki širijo varstvo pred diskriminacijo (zaradi rase ali narodnosti) tudi na razmerja na trgu, zapisano, da je »v smislu dostopa do dobrin in storitev ter preskrbe z njimi pomembno spoštovati zaščito *zasebnega* in *družinskega*

<sup>105</sup> Glej 2. člen ZUNEO.

<sup>106</sup> Redka sodna praksa skoraj v celoti zadeva vprašanja s področja delovnih razmerij v zasebnem sektorju ali imenovanj funkcionarjev in javnih uslužbencev v javnem sektorju. Prim. npr. sklep Vrhovnega sodišča RS I Up 6/2014z dne 3. 7. 2014, sodbo Vrhovnega sodišča RS I Up 183/2009 z dne 2. 12. 2009, sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča Pdp 825/2009 z dne 13. 5. 2010.

<sup>107</sup> Glej npr. uvodno obrazložitev v predlogu ZUNEO (Poročevalec DZ 34/04 z dne 24. 3. 2004): »Učinkovito zaščito pred diskriminacijo pa zahtevata tudi direktivi Evropske skupnosti, to sta Direktiva Sveta 2000/43/ES o uresničevanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na rasno ali etnično poreklo in Direktiva Sveta 2000/78/ES o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu. [...] Slovenija mora zahteve obeh direktiv prenesti v svoj pravni red do vstopa v Evropsko unijo. [...] Že navedeni direktivi EU zahtevata njuno implementacijo glede enakega obravnavanja ne glede na posamezne osebne okoliščine, zato je smotno in potrebno sprejeti generalni sistemski zakon o prepovedi diskriminacije na podlagi katere koli osebne okoliščine.«

<sup>108</sup> Uvodna izjava 11 Direktive 2004/113/ES.



življenja in poslovanja v tem okviru«. <sup>109</sup> Ta omejitev je bila čez nekaj let vključena tudi neposredno v besedilo direktive, ki prepoveduje razlikovanje pri dostopu do dobrin in storitev na podlagi spola. <sup>110</sup> V tej direktivi je izrecno poudarjen tudi pomen pogodbene svobode, saj direktiva izrecno določa, da »ne posega v svobodo osebe pri izbiri pogodbenega partnerja ali partnerice, v kolikor izbira pogodbenega partnerja ali partnerice ne temelji na njegovem spolu«. <sup>111</sup> Očitno se je torej evropski zakonodajalec zavedal, da z določbami o varstvu pred diskriminacijo na tem področju posega v občutljivo razmerje med načelom enakosti in drugimi temeljnimi pravicami in svoboščinami ter temeljnimi načeli civilnega prava, kot je *zasebna avtonomija*.

Z vprašanjem, kje so pravzaprav meje prepovedi diskriminacije pri dostopu do blaga in storitev oziroma preskrbe z njimi, so se ukvarjali v številnih državah članicah EU. Avtorici enega od primerjalnih pregledov ugotavljata, da je večina držav (podobno kot Slovenija) pri implementaciji neposredno sledila diktaciji direktive in varstvo pred diskriminacijo omejila na dobrine in storitve, ki so *dostopne javnosti*. <sup>112</sup> Ponekod pa je zakonodajalec tudi podrobneje razčlenil razmerja in okoliščine, na katere se nanaša prepoved diskriminacije. <sup>113</sup> Zgolj za ponazoritev slednjega si lahko na kratko ogledamo naslednja primera.

Prvi primer se nanaša na osrednji protidiskriminacijski predpis v Združenem kraljestvu, tj. *Equality Act 2010*. <sup>114</sup> Ta zakon določa, da nihče, ki ponuja storitve javnosti (ali delu javnosti), ne glede na to, ali je storitev odplačna ali neodplačna, ne sme diskriminirati potencialnih uporabnikov s tem, da jim *odreče* to storitev zaradi določene osebne okoliščine. V skladu z zakonom storitve vključujejo tudi blago in prostore <sup>115</sup> (angl. *facilities*), poleg tega pa se kot neupravičena zavrnitev dostopa do storitve šteje tudi ponudba storitve, ki je slabše kakovosti (kot običaj-

<sup>109</sup> Uvodna izjava 4 Direktive 2000/43/ES. Poudarek dodan.

<sup>110</sup> Glej 3. člen Direktive 2004/113/ES. V mejah pristojnosti, dodeljenih Skupnosti, se direktiva uporablja pri zagotavljanju blaga in opravljanju storitev, ki so na voljo javnosti in ki se »ponujajo zunaj okolja zasebnega in družinskega življenja in poslovanja v tem okviru«. Poleg tega je uporaba te direktive izrecno izključena tudi za medijske in oglaševalske vsebine in izobraževanje. Podobno velja za področja zaposlovanja in poklica ter za vprašanja samozaposlovanja, kolikor so ta urejena z drugimi zakonodajnimi akti Skupnosti.

<sup>111</sup> Glej 3. člen Direktive 2004/113/ES. V zvezi s tem je še nekoliko določnejša uvodna izjava direktive, ki opozarja, da uživajo »[v]se osebe [...] svobodo sklepanja pogodb, vključno s svobodo izbire pogodbenega partnerja ali partnerice za določen posel. Oseba, ki zagotavlja blago ali storitev, ima lahko več subjektivnih razlogov za svojo izbiro pogodbenega partnerja ali partnerice.«

<sup>112</sup> Chopin in Gounari, str. 43.

<sup>113</sup> Prav tam.

<sup>114</sup> Glej *Equality Act 2010*, dostopno na: [www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents) (1. 7. 2015).

<sup>115</sup> Pojem *facilities* je v tem kontekstu težko prevesti v slovenščino. Gre za prostore ali objekte, pri čemer pojem poleg fizičnega prostora označuje tudi dejavnost, ki tam poteka, npr. slačilnica, kadilnica, telovadnica.



no) ali se ponuja na manj ugoden način oziroma pod manj ugodnimi pogoji (kot običajno). Diskriminacija pa ni prepovedana le pri dostopu do storitev (torej pri odločitvi o sklenitvi posla), temveč tudi pri njihovem zagotavljanju (pri izvajanju posla), saj zakon izrecno določa, da se prepoved diskriminacije nanaša tudi na pogoje, pod katerimi se storitev zagotavlja, na vprašanja v zvezi s prenehanjem poslovanja ter na kakršnakoli druga prikrajšanja uporabnika storitve. Zakon v razmerjih med ponudnikom storitev in njihovim uporabnikom posebej opredeli tudi prepoved nadlegovanja kot oblike diskriminacije, prepoved povračilnih ukrepov in tako naprej.<sup>116</sup> Te in vse druge določbe zakona, ki se nanašajo na storitve, pa so podrobno razčlenjene in ponazorjene na konkretnih primerih v različnih uradnih in neuradnih instrumentih za izvrševanje in razlaganje zakonodaje, med katerimi velja posebej omeniti t. i. zakonsko predpisane smernice ravnanja (*statutory code of practice*), ki so bile sprejete posebej za namen 3. poglavja zakona, ki ureja tudi varstvo pred diskriminacijo glede storitev.<sup>117</sup>

Drugi primer se nanaša na nemški Splošni zakon o enakem obravnavanju, tj. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*.<sup>118</sup> Zakon v 19. členu prepoveduje manj ugodno obravnavanje na podlagi taksativno naštetih osebnih okoliščin, in sicer pri »sklepanju, izpolnjevanju in prenehanju [civilnih] obligacijskih razmerij, (1) ki nastajajo praviloma brez ozira na osebne lastnosti, v primerljivih okoliščinah in velikem številu primerov (tipski posli), ali razmerjih, ki nastajajo v primerljivih okoliščinah in v velikem številu primerov, pri katerih so osebne lastnosti glede na vrsto obligacijskega razmerja drugotnega pomena; (2) katerih predmet je zasebno zavarovanje«. <sup>119</sup> Zakon pa v nadaljevanju uporabo določb o prepovedi diskriminacije za nekatera civilnopravna razmerja izrecno omejuje. Tako se zgoraj opredeljena prepoved diskriminacije ne nanaša na družinskopravna in dednopravna obligacijska razmerja ter »[civilnopravne] obligacije, ki temeljijo na razmerju posebnega medsebojnega zaupanja ali bližine strank oziroma njihovih bližnjih«. Pri stanovanjskih najemnih razmerjih ta omejitev velja še posebej, kadar stranke pogodbe ali njihovi bližnji uporabljajo stanovanjske prostore, ki so del iste nepremičnine.<sup>120</sup> Sicer je prav pri najemu stanovanj v zakonu predvidenih še

<sup>116</sup> Več o varstvu pred diskriminacijo, predvidenem v *Equality Act 2010*, glej npr. Bell, str. 212 in nasl.

<sup>117</sup> Gre za uradne smernice, ki jih pripravi Komisija za enakost in človekove pravice (*Equality and Human Rights Commission*), nato pa so predložene v odobritev pristojnemu ministrstvu in parlamentu. Smernice sicer niso pravno zavezujoče, vendar so jih sodišča pri odločanju dolžna »vzeti v ozir«. Glej *Equality and Human Rights Commission*, "Services, Public Functions and Associations".

<sup>118</sup> Splošni zakon o enakem obravnavanju (v izvirniku *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) z dne 14. avgusta 2006 (BGBl. I str. 1897), ki je bil nazadnje spremenjen z 8. členom zakona z dne 3. aprila 2013 (BGBl. I str. 610).

<sup>119</sup> Glej prvi odstavek 19. člena AGG.

<sup>120</sup> Glej četrti in peti odstavek 19. člena AGG.

nekaj posebnosti pri zagotavljanju varstva pred diskriminacijo.<sup>121</sup> Obseg prepovedi diskriminacije v civilnopravnih razmerjih je konkretiziran tudi s pomočjo izjem, ki jih zakon določa v naslednjem členu. Ob generalni klavzuli, ki določa, da je razlikovanje v povezavi z določeno osebno okoliščino lahko upravičeno, če temelji na »stvarnem razlogu«, so primeroma navedene situacije, ko se šteje, da je takšen razlog podan. Tako je različno obravnavanje upravičeno, če je namenjeno izogibanju nevarnosti, preprečevanju nastanka škode ali drugim podobnim ciljem; če izhaja iz potrebe po varovanju intimne sfere ali osebne varnosti; če je povezano z zagotavljanjem posebnih ugodnosti, kjer obenem ni podanega interesa za enako obravnavanje; je v zvezi z izvrševanjem svobode veroizpovedi in pravice do samoopredelitve verskih skupnosti ter z njimi povezanimi ustanovami, če je to v skladu z njihovo svetovnonazorsko usmeritvijo.<sup>122</sup> Posebej so v zakonu predvidene tudi izjeme od obveznosti enakega obravnavanja pri zasebnih zavarovanjih.<sup>123</sup>

Ta primerjalnopravna ponazoritev nakaže le nekaj načinov, na katere je mogoče razčleniti besedno zvezo *dostop do dobrin in storitev, ki so na voljo javnosti, vključno s stanovanji, in preskrbo z njimi*, s katero ZUNEO opredeli področje varstva pred diskriminacijo v tržnem pravu. Čeprav gre za zelo široko in (pomenško) odprto opredelitev, ki odpira možnost različnih razlag, pa postaja očitno, da prepoved diskriminacije pri trgovanju z blagom in storitvami ne more zajeti vseh pogodbenih in drugih razmerij. Zato tudi sistem varstva pred diskriminacijo v ZUNEO, kljub široki opredelitvi, ni neomejen.

Nesporno *jedro varstva pred diskriminacijo* pri dostopu do dobrin in storitev ter preskrbe z njimi so prav razmerja med podjetji in potrošniki (B2C). To je povsem razumljivo, če se ozremo na naravo in značilnosti razmerja med podjetji in potrošniki v primerjavi z drugimi vrstami tržnih razmerij (gospodarskimi in splošnimi civilnimi). Na kratko, gre za spoznanje, da bi bilo vztrajanje na neomejenem načelu (pogodbene) avtonomije še posebej nepravilno prav v razmerjih med podjetji in potrošniki, v katerih je ena stranka ekonomsko močnejša, z več izkušnjami in torej že v izhodišču v boljšem pogajalskem položaju, kar ji omogoča tudi morebitno zlorabo njene moči na račun šibkejše stranke.<sup>124</sup> Zato je začelo pravo intenzivneje posegati prav v to vrsto tržnih razmerij in pri tem

<sup>121</sup> Pri najemu stanovanj pride prepoved diskriminacije v skladu z zakonom v poštev načeloma le, če ponudnik storitev (tj. najemodajalec) na trgu ponuja skupno več kot 50 stanovanj. Prav tako je različno obravnavanje v določenih okoliščinah dovoljeno v povezavi s cilji stanovanjske politike. Glej tretji in peti odstavek 19. člena AGG. Natančneje Bauer, Göpfert in Krieger, str. 282.

<sup>122</sup> Glej prvi odstavek 20. člena AGG.

<sup>123</sup> Podrobneje o tem v povezavi z drugim odstavkom 20. člena AGG glej Bauer, Göpfert in Krieger, str. 289–292.

<sup>124</sup> Vlahek, str. 131.

vključevati tudi pravine upravnega in drugih področij javnega prava.<sup>125</sup> Prepoved diskriminacije v zvezi z dobrinami in storitvami je tako sistemsko najbolj smiselno umestiti prav v ta okvir, tj. kot enega od ukrepov za varstvo potrošnikov kot šibkejšega udeleženca na trgu.

Čeprav so v ospredju razmerja med podjetji in potrošniki, s področja uporabe varstvenih določb ZUNEO ni mogoče v celoti izključiti niti poslovanja med samimi potrošniki (razmerja *consumer-to-consumer*, C2C) niti poslovanja med gospodarskimi subjekti (razmerja *business-to-business*, B2B). Že neposredno iz besedila zakona, ki govori o dobrinah in storitvah, ki so na voljo javnosti, lahko sklepamo, da se varstvo pred diskriminacijo razteza le na razpolaganje z blagom in storitvami, kjer ponudnik nagovarja širši, vnaprej nedoločen krog potencialnih odjemalcev ali uporabnikov. Če se omejimo na blago in storitve, ki so torej v tem smislu na trgu *javno dostopne* (pri tem torej ne gre (le) za javne dobrine ali storitve, kot je npr. javni prevoz), potem je razumljivo, da prepoved diskriminacije v tem okviru ne more vključevati npr. poslovanja v okviru *zasebnega* in *družinskega* življenja, ki je (izrecno) izvzeto v pravu EU in nekaterih drugih državah članicah. To pomeni, da prepoved diskriminacije v ZUNEO v *pretežni meri* res ne bo zajela poslovanja med samimi potrošniki (razmerja C2C), saj ti v večini primerov v pravnem prometu ne nastopajo na enak način kot podjetja, ki posredovanje blaga in storitev opravljajo kot poklicno dejavnost. Slednje namreč smiselno predstavlja oglaševanje in druge načine informiranja čim širšega kroga potencialnih odjemalcev, saj je temeljni cilj takšne poklicne dejavnosti pridobivanje dobička in prav s tem namenom podjetje tudi nagovarja (širšo) javnost.

V primerih, ko poteka izmenjava blaga med posameznikoma (potrošnikoma), pa ta odprtost do javnosti ni nujna ali bistvena prvina posla. V povezavi s tem bi lahko iz omejitve prepovedi diskriminacije na blago in storitve, *ki so na voljo javnosti*, izpeljali tudi, da je na tem področju v ospredju širši, sistemski vidik diskriminatornega ravnanja oziroma posledic, ki iz tega izhajajo za *delovanje celotnega trga*. V tem smislu je varstvo pred diskriminacijo bolj del tržnega kot splošnega civilnega (obligacijskega) prava. Poslovanje med potrošniki pa nima enakega učinka na procese in strukturo trga, ki jih varuje tržno pravo.<sup>126</sup> Kljub temu samo na podlagi jezikovne razlage zakona težko zaključimo, da lahko blago in storitve dajejo na voljo javnosti izključno subjekti, ki to opravljajo kot »pripodobitno dejavnost«, in je zato varstvo pred diskriminacijo samodejno izključeno pri poslovanju med samimi potrošniki. V tem kontekstu naletimo na podobne probleme, kot jih lahko v zvezi z uveljavljanjem pravnega varstva potrošnikov

<sup>125</sup> Prim. Zabel, str. 470–471.

<sup>126</sup> Prav tam, str. 48–49.

zaznamo tudi pri nekaterih drugih vprašanjih, npr. pri t. i. *mešanih poslih* ali glede *vloge posrednikov* pri poslih med potrošniki.<sup>127</sup>

Po drugi strani se postavlja vprašanje, ali prepoved diskriminacije v ZUNEO zajema poslovanje med gospodarskimi subjekti (*razmerja B2B*). Pri sklepanju in izpolnjevanju gospodarskih (komercialnih) pogodb, predmet katerih so blago ali storitve, si namreč težje predstavljamo, da prihaja do diskriminatornega obravnavanja udeležencev npr. zaradi njihove spolne usmerjenosti ali verskega prepričanja, saj so stranke v teh razmerjih *pretežno* gospodarske družbe, tj. pravne osebe, pri katerih ni mogoče govoriti o njihovih *osebnih* lastnostih na enak način kot pri posameznikih. Vendar pa to še ne pomeni, da pravne osebe ne morejo biti žrtve diskriminacije zaradi določene osebne okoliščine. Danes npr. ni več sporno, da se varstvo pred diskriminacijo iz 14. člena EKČP (in 12. protokola k EKČP) nanaša tudi na pravne osebe.<sup>128</sup> Vendar v zvezi z zaščito pravnih oseb pred diskriminacijo pogosto zasledimo stališče, da pravo pravzaprav tudi v tem okviru za končnega naslovnika pravnega varstva šteje posameznika in njegovo dostojanstvo.<sup>129</sup> V tem smislu bi lahko zaščito pravnih oseb pred diskriminacijo morda razumeli tudi kot obliko *diskriminacije prek povezave ali dojemanja* (angl. *discrimination by association or perception*).<sup>130</sup> V sekundarnem pravu EU, ki je vsebinska podlaga za našo ureditev, lahko najdemo indice, da je pravna zaščita pomembna predvsem za posameznike, države pa naj bi same presodile, ali je treba posebno varstvo predvideti tudi za pravne osebe, ki so izpostavljene diskriminaciji.<sup>131</sup> ZUNEO pa na vprašanje o naslovnih varstva pred diskriminacijo ne ponuja izrecnega odgovora, saj v tem kontekstu uporablja trpni glagolski način ali

<sup>127</sup> Prim. Tertnik, str. 915–918.

<sup>128</sup> Glej npr. Edell, str. 14–15; Gerards, str. 111–113. Sodišče v Strasbourgu je v tem kontekstu status pritožnika že večkrat priznalo tudi gospodarskim družbam.

<sup>129</sup> Prim. odločitev Ustavnega sodišča RS št. U-I-40/12 z dne 11. 4. 2013, tč. 18: »Tudi razvoj v ustanavljanju in delovanju pravnih oseb je pripeljal do tega, da je treba tudi pravnim osebam zagotoviti pravno varstvo na nekaterih področjih, na katerih gre sicer ustavnopravno varstvo fizičnim osebam, pri čemer je varstvo pravnih oseb po svoji naravi izvedeno iz potrebe po varstvu človeka. Zato je treba nekatere pravice, ki jih Ustava zagotavlja fizičnim osebam kot človekove pravice, priznati tudi pravnim osebam kot ustavno varovane pravice. Vendar *ne zaradi tega, ker bi bile pravne osebe in ustavne pravice, ki jim pripadajo, cilj sam po sebi, temveč zato, ker se prek njih varujejo človekove pravice fizičnih oseb.*« Poudarki dodani.

<sup>130</sup> Splošno o tej obliki diskriminacije, ki se je pojavila v praksi Sodišča EU, glej Karagiorgi, str. 25 in nasl. V tem kontekstu bi bil razlog za manj ugodno obravnavanje neke gospodarske družbe pri poslovanju z drugimi gospodarskimi subjekti splošna percepcija oziroma dojemanje te gospodarske družbe kot subjekta, ki sam izraža določeno versko prepričanje npr. zato, ker je njen ustanovitelj ali lastnik določena verska skupnost.

<sup>131</sup> Glej uvodno izjavo 16 Direktive 2000/43/ES: »Pomembno je zaščititi vse fizične osebe pred diskriminacijo na podlagi rase ali narodnosti. Države članice bi morale tam, kjer je to primerno, in v skladu s svojo nacionalno tradicijo in prakso predvideti tudi zaščito za pravne osebe, če so izpostavljene diskriminaciji na podlagi rase ali narodnosti svojih članov.«

pa govori npr. o enakem obravnavanju »vsakogar« pri uveljavljanju njegovih ali njenih pravic in obveznosti ali o prepovedi manj ugodnega obravnavanja »oseb« zaradi določenih osebnih okoliščin.

Tudi če se torej v nadaljevanju omejimo na razmerja med podjetji in potrošniki (B2C), lahko ugotovimo, da je zakon vsebinsko zelo široko opredelil področje uporabe prepovedi diskriminacije. Razen že obravnavanih zahtev, da se prepoved diskriminacije nanaša le na poslovanje z dobrinami in storitvami, ki so *na voljo javnosti*, zakon ne predvideva drugih vsebinskih omejitev. Zaradi izjemnega pomena, ki ga imajo za življenje vsakega od nas, so izrecno omenjena *stanovanja* (tj. najem, prodaja itd. bivanjskih enot), sicer pa se varstvo pred diskriminacijo nanaša na vse, kar razumemo pod pojmi blago oziroma dobrine in storitve. Pri tem si lahko pomagamo npr. z določbami ZVPot, po katerih za dobrine ali blago »štejejo vse premične stvari [...] tudi voda, plin in električna energija, če se prodajajo v omejeni prostornini ali določeni količini, ter digitalna vsebina«. <sup>132</sup> ZVPot sicer posebej opredeli le nekatere vrste storitev, npr. storitve informacijske družbe in finančne storitve, vendar v ta okvir brez dvoma spadajo npr. trgovinska dejavnost, zavarovalništvo, gostinske, nastanitvene, transportne, kulturne, športne storitve itd. <sup>133</sup> Posebej pa je treba opozoriti, da varstvo pred diskriminacijo v tem okviru načeloma zajame tudi t. i. *javne storitve*, kot so npr. komunalne in poštne storitve ali javni prevoz, ki se izvajajo kot *gospodarske javne službe*. <sup>134</sup>

Z opredelitvijo razmerij, na katera se nanaša prepoved diskriminacije, pa so tesno povezane izjeme od obveznosti enakega obravnavanja, ki so strnjeno opredeljene v 2.a členu ZUNEO. V izhodišču je splošna izjema od prepovedi diskriminacije, ki se nanaša na vsa področja v povezavi s katerokoli od osebnih okoliščin in je oblikovana kot nekakšen *test sorazmernosti*. Tako zakon ne izključuje različnega obravnavanja, »če takšno različno obravnavanje upravičuje zakonit cilj in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in potrebna«. Glede na zelo raznolike situacije, na katere se nanaša prepoved diskriminacije, tudi če ostanemo samo v okviru dostopa do blaga in storitev, je razumljivo, da skuša

<sup>132</sup> Glej 1. člen ZVPot.

<sup>133</sup> Prav tam. Pri opredelitvi besedne zveze *dobrine in storitve* je relevantno tudi pravo EU, glej zgoraj.

<sup>134</sup> Gre za »materialne javne dobrine,« ki se zagotavljajo »kot proizvodi in storitve, katerih trajno in nemoteno proizvodnjo zagotavlja Republika Slovenija oziroma občina ali druga lokalna skupnost zaradi zadovoljevanja javnih potreb, kadar in kolikor jih ni mogoče zagotavljati na trgu«. Poudarki dodani. Glej 1. člen Zakona o gospodarskih javnih službah (ZGJS), Uradni list RS, št. 32/1993, 30/1998 – ZLPP, 127/2006 – ZJZP, 38/2010 – ZUKN in 57/2011 – ORZGJS40. Glede na to, da ZUNEO kot področja varstva pred diskriminacijo posebej omeni npr. socialno zaščito in ugodnosti, zdravstveno varstvo in izobraževanje, se ponuja sklep, da se alineja o dobrinah in storitvah nanaša predvsem na *gospodarske ali tržne dejavnosti*, ki se opravljajo kot javne službe.

zakon izjemne primere, v katerih vztrajanje pri enakem obravnavanju ne bi bilo utemeljeno, zajeti s *splošno določbo*, ki končno odločitev o tem v veliki meri prepušča uporabniku v konkretnem primeru, tj. predvsem sodiščem, ki zakon (avtoritativno) razlagajo. Ta rešitev po eni strani elegantno reši problem nezmožnosti zakonodajalca, da bi vnaprej predvidel vse življenjske položaje, ki zahtevajo drugačno rešitev, po drugi strani pa na ta način prispeva k pravni nedoločnosti oziroma povzroča pravno negotovost glede obsega prepovedanega ravnanja ter možnosti uveljavljanja pravnega varstva. Za dejansko učinkovito varstvo potrošnikov (ne le pred diskriminacijo, ampak tudi širše) je bistveno, da lahko potrošniki in podjetja iz predpisov razmeroma enostavno izluščijo, kaj so njihove pravice in obveznosti.<sup>135</sup>

Zdi se, da se je zakonodajalec pri prenašanju ključnih direktiv EU na področju nediskriminacije tega problema zavedal. ZUNEO namreč v zvezi s *spolom, narodnostjo, raso ali etničnim poreklom*<sup>136</sup> prepoved diskriminacije obravnava strožje, saj izključi omenjeno splošno izjemo in jo nadomesti s taksativno naštetimi primeri, v katerih različno obravnavanje ne pomeni neupravičene diskriminacije. Tako je različno obravnavanje pri dostopu do dobrin in storitev ter preskrbe z njimi dovoljeno le (1) v zvezi z ugodnejšim varstvom žensk v zvezi z nosečnostjo in materinstvom, (2) v zvezi z zagotavljanjem blaga ali storitev izključno ali predvsem predstavnikom ali predstavnicam enega spola, če takšno različno obravnavanje upravičuje zakonit cilj in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in potrebna, (3) v zvezi z zavarovanji in z njimi povezanimi finančnimi storitvami, ki jih v skladu z Direktivo Sveta 2004/113/ES določa zakon, ki ureja zavarovalništvo, ali (4) če tako v skladu s pravnim redom Evropske unije določa poseben zakon. Iz teh določb zakona izhaja najprej, da je mogoče razlikovanje na podlagi narodnosti, rase ali etničnega porekla na tem področju upravičiti le v primerih, ko to določa drug zakon. Sicer se vse izjeme v tem okviru nanašajo na spol. Pri tem pa je razmeroma določno opredeljena le prva. Druga je bolj ali manj dobesedna ponovitev splošne izjeme v obliki že izpostavljenega testa sorazmernosti, ki velja za druge osebne okoliščine, tretja pa zahteva prilagoditev v luči odločitve Sodišča EU v primeru C-236/09 *Test-Achats* z dne 1. marca 2011, v katerem je Sodišče razveljavilo določbo Direktive Sveta 2004/113/ES, ki je državam članicam omogočala, da zavarovalnicam dovolijo »sorazmerne razlike v premijah in dajatvah oseb, kadar se spol, na podlagi

<sup>135</sup> Podobno ugotavljajo npr. nekateri v zvezi z ZVPot: »Cilj reforme bi moral biti *celovit in pregleden* predpis, ki *jasno* ureja pravna razmerja med podjetji in potrošniki [...]«. Glej Možina (2012), str. 1449. Poudarki dodani.

<sup>136</sup> Izpostavljanje teh meril razlikovanja je seveda posledica prava EU (zlasti direktiv), ki varstvo pred diskriminacijo na trgu dobrin in storitev zagotavlja izključno v povezavi s spolom in raso oziroma etničnim poreklom. Prim. poglavje 2.1.

ustreznih in točnih aktuarskih in statističnih podatkov, uporablja kot odločilni faktor pri oceni tveganja«. <sup>137</sup>

Za učinkovito varstvo potrošnikov je pomembno, da zakon v nadaljevanju opredeli tudi različne pojavne oblike diskriminacije, tj. *neposredno* in *posredno* obliko diskriminacije, *nadlegovanje* zaradi določene osebne okoliščine in t. i. *viktimizacijo* oziroma *povračilne ukrepe*. <sup>138</sup> Za podjetja je pomembna tudi v zakonu opredeljena možnost sprejemanja t. i. posebnih ukrepov, ki imajo namen zagotoviti *dejansko* (vsebinsko) enakost oseb zaradi določene osebne okoliščine in se sprejemajo »z namenom preprečevanja ali odpravljanja posledic takšnega položaja oziroma predstavljajo nadomestilo za manj ugoden položaj«. <sup>139</sup> ZUNEO pa določa tudi nekatere posebnosti pri uveljavljanju pravnega varstva pred diskriminacijo <sup>140</sup> in sankcije v primeru kršitev prepovedi diskriminacije. <sup>141</sup> Slednje so predvidene kot prekrški, nadzor nad izvajanjem zakona v tem delu pa podobno kot pri ZVPot v pretežnem delu izvaja Tržni inšpektorat Republike Slovenije. <sup>142</sup> Poleg tega lahko v primerih kršitev prepovedi diskriminacije diskriminirane osebe zahtevajo tudi »obravnavo kršitve v sodnih in upravnih postopkih ter pred drugimi pristojnimi organi«, in sicer pod pogoji in na način, določen v področnem zakonu. <sup>143</sup> Žal pa ostaja ob tem v precejšnji meri odprto, kaj lahko diskriminirane osebe v teh postopkih pravzaprav zahtevajo. <sup>144</sup> Zato je toliko bolj pomembno, da je diskriminacija v skladu z ZUNEO opredeljena kot protipravno dejanje, za katero lahko podjetje odškodninsko odgovarja »po splošnih pravilih civilnega prava«. <sup>145</sup>

<sup>137</sup> Glej drugi odstavek 5. člena Direktive 2004/113/ES. V sodbi Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL in drugi proti Conseil des ministres, C-236/09, EU:C:2011:100, je Sodišče z razveljavitvijo tega člena torej *posredno* odločilo, da morajo zavarovalnice pri novih pogodbah spremeniti svojo politiko cen tako, da bodo posamezne stranke ne glede na spol pri zavarovalnih premijah in dajatvah obravnavane enako.

<sup>138</sup> Glej 3., 4. in 5. člen ZUNEO.

<sup>139</sup> Glej 6. in 10.a člen ZUNEO. Podrobneje npr. Flander, str. 99 in nasl.

<sup>140</sup> V tem okviru zakon med drugim določa posebna pravila glede dokaznega bremena v postopkih v zvezi z diskriminacijo. Glej 22. in 23. člen ZUNEO.

<sup>141</sup> Glej 24. in 25. člen ZUNEO.

<sup>142</sup> Glede dobave in preskrbe s posameznimi dobrinami in storitvami je seveda lahko določeno drugače. Tako je npr. v zvezi z zavarovalnimi storitvami v skladu z Zakonom o zavarovalništvu (ZZavar), Uradni list RS, št. 99/2010 – UPB, 90/2012, 56/2013 in 63/2013 – ZS-K, za nadzor pooblaščen Agencija za zavarovalni nadzor.

<sup>143</sup> Glej prvi odstavek 22. člena ZUNEO.

<sup>144</sup> Tako npr. nemška teorija v zvezi s Splošnim zakonom o enakem obravnavanju (AGG) razpravlja celo o *kontrahirni dolžnosti*. Glej npr. Wiemann, str. 1137 in nasl.

<sup>145</sup> Spet 22. člen ZUNEO.



### 3.3.2. Varstvo pred diskriminacijo v področnih zakonih

ZUNEO postavlja *izhodišče* varstva pred diskriminacijo potrošnikov na trgu blaga in storitev. Poleg splošne ureditve v ZUNEO pa so posamezne prvine varstva pred diskriminacijo na tem področju razpršene tudi po področni zakonodaji. Pri tem gre bodisi za predpise, ki urejajo neko ožje področje, bodisi za predpise, ki urejajo položaj določenih (ranljivih) skupin, ki jih je treba zaščiti pred diskriminacijo tudi pri nastopanju na trgu.

Pogosto ne gre za več kot za posamezne določbe, ki na splošno zahtevajo enako obravnavanje ali prepovedujejo diskriminacijo v določenih razmerjih med podjetji in potrošniki. Tako npr. tudi med splošnimi določbami v poglavju o prodaji blaga in opravljanju storitev v ZVPot najdemo obveznost podjetij, da v zvezi z blagom in storitvami poslujejo z vsemi potrošniki »pod enakimi pogoji«. <sup>146</sup> Tovrstne določbe so pravzaprav na samem *robu* varstva pred diskriminacijo, saj se lahko upravičeno vprašamo, ali tukaj sploh še gre za prepoved diskriminacije v ožjem pomenu besede, ki je neločljivo povezana s pojmom osebnih okoliščin, ali pa imamo opravka s splošno prepovedjo samovoljnega ravnanja, ki ga ni mogoče utemeljiti z razumnimi razlogi. Na nekaterih mestih v zakonodaji pa je prepoved diskriminacije, ki se nanaša (tudi) na razmerja na trgu blaga in storitev, tudi bistveno bolj konkretizirana.

V nadaljevanju na kratko predstavljam nekaj primerov, ki ponazarjajo razpon varstva pred diskriminacijo na področju trgovanja z blagom in storitvami v naši zakonodaji.

Vsebinsko najbolj razčlenjena je gotovo ureditev v *Zakonu o izenačevanju možnosti invalidov (ZIMI)*. <sup>147</sup> Zakon vsebuje splošno prepoved diskriminacije zaradi invalidnosti »pri dostopnosti do blaga in storitev, ki so na voljo javnosti«, <sup>148</sup> pri čemer so v nadaljevanju primeroma opredeljena tudi ravnanja, ki pomenijo takšno neupravičeno manj ugodno obravnavanje. Gre zlasti za »*opustitev* ponujanja blaga in storitev, ki so na voljo javnosti, invalidu ali njihovo ponujanje invalidu *pod drugačnimi in slabšimi pogoji* kot drugim«. <sup>149</sup> Poleg tega zakon nalaga podjetjem tudi obveznost zagotavljanja *ukrepov za odpravljanje ovir pri dostopnosti* do blaga in storitev, ki se nanašajo npr. na »dostopnost do informacijskih, komunikacijskih in drugih storitev ter pomoč v nujnih primerih, na odstranitev grajenih ovir v objektih, v katerih ponujajo blago in storitve, ki so na voljo jav-

<sup>146</sup> Drugi odstavek 25. člena ZVPot.

<sup>147</sup> Zakon o izenačevanju možnosti invalidov (ZIMI), Uradni list RS, št. 94/2010 in 50/2014.

<sup>148</sup> Za kakovosten pregled ureditve varstva pred diskriminacijo zaradi invalidnosti v pravu EU posebej na trgu dobrin in storitev glej Waddington, str. 576 in nasl.

<sup>149</sup> Glej prvi in drugi odstavek 8. člena ZIMI.



nosti, in tako naprej». <sup>150</sup> Z dostopom do dobrin in storitev ter preskrbo z njimi pa so povezana tudi druga področja, kjer ZIMI predvideva ukrepe za nediskriminatorno obravnavanje invalidov, npr. v zvezi z uporabo objektov v javni rabi (med katere spadajo npr. tudi gostinski in nastanitveni objekti, banke in poslovne stavbe), <sup>151</sup> pri vseh ravneh in oblikah izobraževanja (tudi kot storitve na trgu), v zvezi z mediji oziroma dostopom do informacij, ki so na voljo javnosti, dostopom do kulturnih dobrin in tako naprej. <sup>152</sup>

Posebej velja omeniti, da je pomemben del sistema varstva pred diskriminacijo zaradi invalidnosti tudi ukrep t. i. *razumnih oziroma primernih prilagoditev*, ki sicer ni posebej omenjen v ZUNEO, <sup>153</sup> pomeni pa različne »zakonodajne, upravne in druge ukrepe, ki ne nalagajo nesorazmernega bremena, kadar so v posameznem primeru potrebni, da se invalidom na enaki podlagi kot drugim zagotovi uživanje ali uresničevanje pravic in svoboščin«. <sup>154</sup> Zakon pri urejanju posameznih sklopov družbenih razmerij to obveznost tudi konkretizira, in sicer tudi pri področjih, povezanih s trgom blaga in storitev. Kot primer lahko vzamemo v zakonu predvidene prilagoditve objektov v javni rabi <sup>155</sup> ali prilagoditve pri dostopu do informacij, namenjenih javnosti. <sup>156</sup>

Čeprav je ZIMI torej v določenih vidikih celo konkretnejši od ZUNEO, pa v zvezi s postopki uveljavljanja pravnega varstva ob domnevni kršitvi prepovedi diskriminacije napotuje na splošno ureditev v ZUNEO. <sup>157</sup>

Že v prejšnjem podpoglavju je bilo nakazano, da pozna varstvo pred diskriminacijo na trgu blaga in storitev nekaj posebnosti na področju zavarovalništva.

<sup>150</sup> Ob tem pa je treba opozoriti, da ta obveznost velja le, če za podjetje v konkretnem primeru ne pomeni »nesorazmernega bremena«, pri čemer zakon v nadaljevanju primeroma opredeli tudi dejavnike, ki so relevantni pri presoji sorazmernosti v tem kontekstu. Glej tretji in četrti odstavek 8. člena ZIMI.

<sup>151</sup> Glej 3. člen Zakona o graditvi objektov (ZGO), Uradni list RS, št. 102/2004, 14/2005 – popr., 92/2005 – ZJC-B, 93/2005 – ZVMS, 111/2005 – odl. US, 126/2007, 108/2009, 61/2010 – ZRud-1, 20/2011 – odl. US, 57/2012, 101/2013 – ZDavNepr, 110/2013 in 19/2015.

<sup>152</sup> Glej določbe 8.–16. člena ZIMI.

<sup>153</sup> ZIMI sicer opredeljuje različne oblike diskriminacije zaradi invalidnosti (neposredna in posredna diskriminacija in nadlegovanje), ki pa se v pretežnem delu prekrivajo z oblikami diskriminacije v ZUNEO.

<sup>154</sup> Glej 3. člen ZIMI.

<sup>155</sup> Glej 9. člen ZIMI, v katerem je določeno, da se prilagoditve objektov v javni rabi »opraviijo z gradbenimi in tehničnimi napravami, zvočnimi in svetlobnimi indikatorji, pisnimi informacijami in drugimi ustreznimi tehničnimi prilagoditvami«.

<sup>156</sup> Tako 14. člen ZIMI kot primerno prilagoditev šteje tudi omogočanje »sprotnega in enakovrednega dostopa do informacij, namenjenih javnosti, brez dodatnih stroškov za invalida, v invalidom dostopnih oblikah zapisov, jezikov in tehnologij, ki ustrezajo različnim vrstam invalidnosti«.

<sup>157</sup> Glej 30. člen ZIMI.

Tako *Zakon o zavarovalništvu (ZZavar)*<sup>158</sup> pri opredeljevanju zavarovalne pogodbe in splošnih zavarovalnih pogojev najprej določa, da morajo zavarovalnice »vse ponudnike oziroma potencialne zavarovance, ki želijo dostopiti do zavarovalnih storitev, obravnavati enako«, a v nadaljevanju predvidi pomembno izjemo od te splošne zapovedi. »[V] postopku selekcije in ocene nevarnosti ter pri določanju premij in pri izplačevanju zavarovalnin« lahko zavarovalnice upoštevajo »merila zavarovalne stroke oziroma le naslednje zavarovančeve osebne okoliščine in značilnosti: starost, zdravstveno stanje, invalidnost in poklic ter druge osebne okoliščine, ki lahko utemeljeno vplivajo na višino prevzete nevarnosti, razen spola, materinstva in nosečnosti.«<sup>159</sup> Pri nekaterih ključnih prvinah sklepanja zavarovanj je torej prepoved diskriminacije bistveno omejena. Ureditev v ZZavar pomeni v zvezi z večino osebnih okoliščin pravzaprav izjemo od splošne prepovedi diskriminacije pri dostopu do dobrin in storitev in preskrbe z njimi, kot je predvidena v ZUNEO.

Ne glede na to pa tudi na tem področju obstajajo strožja merila za razlikovanje na podlagi tistih osebnih okoliščin, ki so posebej izpostavljene že v splošni ureditvi v ZUNEO: brezpogojno je prepovedano razlikovanje, ki temelji neposredno na *materinstvu in nosečnosti*, bistveno pa je omejena tudi uporaba *spola kot dejavnika pri izračunavanju premij, določanju obveznosti zavarovalnice in nekaterih drugih aktivnostih zavarovalnic v okviru izvajanja njihove poslovne dejavnosti*.<sup>160</sup> Kot je bilo nakazano že v prejšnjem poglavju, izhaja takšna ureditev v ZZavar neposredno iz ureditve na ravni EU,<sup>161</sup> kjer je odločilno vlogo odigralo tudi Sodišče EU v odmevni odločitvi *C-236/09 Test-Achats* z dne 1. marca 2011.<sup>162</sup>

Kot je bilo omenjeno že v prejšnjih točkah, ima v pravu EU poleg varstva pred diskriminacijo na podlagi spola posebno mesto tudi prepoved diskriminacije

<sup>158</sup> Zakon o zavarovalništvu (ZZavar), Uradni list RS, št. 99/2010 – UPB, 90/2012, 56/2013 in 63/2013 – ZS-K.

<sup>159</sup> Glej zlasti šesti odstavek 83. člena ZZavar. V zvezi s tem so pomembne tudi prehodne in končne določbe Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zavarovalništvu – ZZavar-I (Uradni list RS, št. 90/2012), v katerih je rešeno vprašanje zavarovalnih pogodb, sklenjenih pred 21. 12. 2012 (s tem dnevom je Sodišče EU razveljavilo določbo Direktive 2004/113/ES, ki je za zavarovalnice omogočala izjeme od prepovedi diskriminacije na podlagi spola).

<sup>160</sup> Zavarovalnice lahko spol upoštevajo le v zvezi z *nekaterimi vrstami zavarovanj* (tj. zavarovanja iz zavarovalne skupine življenjskih zavarovanj in zavarovalne vrste nezgodno zavarovanje ter zdravstveno zavarovanje), in sicer le pri oceni tveganja *na splošno*, na skupni ravni, če to ne vodi v razlikovanje *na individualni ravni*. V tem okviru lahko zavarovalnice obdelujejo dejavnik spola tudi za izračun zavarovalnotehničnih rezervacij in interno določanje cen, za določanje cen pozavarovanja, za trženje in oglaševanje. Glej sedmi odstavek 83. člena ZZavar.

<sup>161</sup> Prim. besedilo Direktive 2004/113/ES, zlasti pa Sporočilo Komisije, Smernice za uporabo Direktive Sveta 2004/113/ES na področju zavarovanja v skladu s sodbo Sodišča Evropske unije v zadevi *C-236/09 (Test-Achats)*, C(2011) 9497, Bruselj, 22. 12. 2011.

<sup>162</sup> Za razpravo o tej odločitvi glej npr. Effer-Uhe, str. 109 in nasl.; Reich (2011), str. 287 in nasl.

zaradi *državljanstva*. Pomen nediskriminatornega obravnavanja ponudnikov in *uporabnikov oziroma prejemnikov* storitev ne glede na njihovo državljanstvo ali prebivališče za enotni trg EU je viden tudi v slovenski zakonodaji. V tem kontekstu lahko kot primer navedemo *Zakon o storitvah na notranjem trgu (ZSNT)*, ki v slovenski pravni red v pretežnem delu prenaša že omenjeno Direktivo 2006/123/ES.<sup>163</sup> Zakon ponudnikom storitev nalaga med drugim obveznost zagotavljanja nediskriminacijskega obravnavanja pri oblikovanju pogodbenih pogojev in splošnih pogojev za opravljanje čezmejnih storitev, ki jih ponudnik da na voljo javnosti, ki »ne smejo vsebovati diskriminacijskih določb na podlagi državljanstva ali prebivališča prejemnika storitev«.<sup>164</sup>

Prepoved diskriminacije v zakonodaji seže tudi na področje *medijev*, čeprav medijska dejavnost ni *izrecno* omenjena med primeroma naštetimi področji varstva v ZUNEO in je izrecno izključena iz nekaterih zgoraj obravnavanih direktiv,<sup>165</sup> ki širijo prepoved diskriminacije na področje blaga in storitev. Nedvomno pa gre za dejavnost, ki je tesno povezana s položajem potrošnikov na trgu blaga in storitev (in je v določenem smislu tudi storitev, ki jo medijske hiše prodajajo potrošnikom). To velja še posebej v zvezi z *oglaševanjem*. Prav v tem kontekstu je v zakonodaji urejeno tudi varstvo pred diskriminacijo. Tako npr. *Zakon o medijih (ZMed)* med drugim določa, da se z oglaševanjem ne sme »prizadeti spoštovanja človekovega dostojanstva, vzpodbujati *rasne, spolne ali narodnostne diskriminacije* in *verske ali politične nestrpnosti*, [...] žaliti *verskih ali političnih prepričanj* [...]«.<sup>166</sup> Podobno določbo glede oglaševanja najdemo tudi v *Zakonu o avdiovizualnih medijskih storitvah (ZAvMS)*, in sicer avdiovizualna *komercialna sporočila* ne smejo »škodljivo vplivati na spoštovanje človekovega dostojanstva, vsebovati ali spodbujati kakršnekoli *diskriminacije* na podlagi spola, rase ali etnične pripadnosti, državljanstva, vere ali prepričanja, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti«.<sup>167</sup> V obeh primerih je kršitev te obveznosti opredeljena kot prekršek, ki se kaznuje z denarno globo.

Kot poseben ukrep, ki bi ga lahko uvrstili tudi v okvir varstva pred diskriminacijo, lahko izpostavimo npr. tudi ureditev glede obdelave in zavarovanja t. i. občutljivih *osebnih podatkov*. V skladu z *Zakonom o varstvu osebnih podatkov (ZVOP-1)* gre za posebno kategorijo osebnih podatkov, ki se nanašajo na rasno

<sup>163</sup> Zakon o storitvah na notranjem trgu (ZSNT), Uradni list RS, št. 21/2010.

<sup>164</sup> Glej 17. člen ZSNT.

<sup>165</sup> Prim. tretji odstavek 3. člena Direktive 2004/113/ES: »Ta direktiva se ne uporablja za medijske in oglaševalske vsebine, niti za izobraževanje.«

<sup>166</sup> Tretji odstavek 47. člena Zakon o medijih (ZMed), Uradni list RS, št. 110/2006 – UPB, 36/08 – ZPOMK-1, 77/2010 – ZSFCJA, 90/2010 – odl. US, 87/2011 – ZAvMS in 47/2012.

<sup>167</sup> Glej 20. člen Zakona o avdiovizualnih medijskih storitvah (ZAvMS), Uradni list RS, št. 87/2011.

ali narodno poreklo, politično, versko ali filozofsko prepričanje, članstvo v sindikatu, zdravstveno stanje, spolno življenje in tako dalje.<sup>168</sup> Zakon najprej taksativno našteje primere, v katerih je sploh *dovoljeno* zbirati in obdelovati takšne podatke, v nadaljevanju pa nalaga dolžnost vsem, ki s takšnimi podatki razpolagajo, da jih pri obdelavi posebej *označijo* in *zavarujejo*, tako da se nepooblaščenim osebam onemogoči dostop do njih.<sup>169</sup> Pri opravljanju svoje dejavnosti na trgu blaga in storitev morajo tudi podjetja, ki za različne namene obdelujejo občutljive podatke potrošnikov,<sup>170</sup> upoštevati dodatne omejitve, ki jih zakon določa glede te kategorije osebnih podatkov.

Posamezne določbe o prepovedi diskriminacije pa se pojavijo še v kopici zakonov, ki urejajo *storitve splošnega (javnega) pomena*, kot so npr. poštne storitve ter področji telekomunikacij in energetike (ne glede na to, ali te dejavnosti opravljajo osebe javnega ali zasebnega prava). Pri tem pa je treba opozoriti, da je v zakonih, ki urejajo dejavnosti na teh področjih, prepoved diskriminacije oziroma zahteva po enakem obravnavanju oblikovana na podoben način, kot je bil primeroma predstavljen v ZVPot. Ne gre torej nujno za varovanje posameznikov ali družbenih skupin zaradi določenih *osebnih okoliščin*, ampak za nekoliko širšo prepoved vsakršnega *nearbitrarnega* razlikovanja, ki nima *stvarne podlage*.

V tem okviru npr. *Zakon o poštinih storitvah (ZPSto-2)* v zvezi z določanjem cen univerzalnih (poštinih) storitev zahteva, da morajo biti tarife »pregledne in nediskriminacijske«.<sup>171</sup> Sorodno določbo najdemo npr. v *Zakonu o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1)*, ki zahteva, da morajo biti »[c]ene posameznih storitev, ki se izvajajo kot univerzalna storitev, [npr. priključitev na javno komunikacijsko omrežje in omogočanje prenosne hitrosti podatkov, primerne za funkcionalen dostop do interneta,] in z njimi povezani pogoji [...] javno objavljeni, pregledni in nediskriminacijski«.<sup>172</sup> Podobno velja pri izbiri in izvajanju ukrepov v primerih kršitve naročniške pogodbe, saj mora izvajalec univerzalne (elektronske komunikacijske) storitve v splošnih pogojih določiti, »kateri ukrep se izvede pri določenih kršitvah in rok, v katerem se izvede«, pri čemer morata biti izbrani ukrep

<sup>168</sup> Glej opredelitev v 19. točki 6. člena Zakona o varstvu osebnih podatkov (ZVOP-1), Uradni list RS, št. 94/2007.

<sup>169</sup> Glej 13. in 14. člen ZVOP. Zakon posebno pozornost nameni »ustreznemu zavarovanju« tovrstnih podatkov pri prenosu občutljivih osebnih podatkov prek telekomunikacijskih omrežij.

<sup>170</sup> Npr. pri izvajanju tržnih raziskav. Glej Informacijski pooblaščenec, str. 5–6.

<sup>171</sup> Tretji odstavek 35. člena Zakona o poštinih storitvah (ZPSto-2), Uradni list RS, št. 51/2009, 77/2010 in 40/2014 – ZIN-B. Pri tem pa je zanimivo, da se v 5. členu zakona, ki opredeljuje splošno obveznost zagotavljanja univerzalnih storitev, prepoved diskriminacije vseeno izrecno navezuje na določene osebne okoliščine, saj naj bi bila »storitev na voljo brez kakršnekoli oblike diskriminacije, zlasti brez diskriminacije zaradi političnih, verskih ali ideoloških pomislekov«.

<sup>172</sup> Glej peti odstavek 120. člena Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1), Uradni list RS, št. 109/2012, 110/2013, 40/2014 – ZIN-B in 54/2014 – odl. US.

in rok »sorazmerna tem kršitvam in nediskriminacijska«. <sup>173</sup> Tudi v *Energetskem zakonu (EZ-1)* <sup>174</sup> se na številnih mestih pojavijo zahteve po *nediskriminatornih* pogojih, postopkih, obravnavi odjemalcev in podobno. Te zahteve so v nekaterih primerih tudi del varstva »gospodinjskih odjemalcev«, ki jih zakon opredeli kot osebe, ki kupujejo električno energijo, zemeljski plin, toploto ali drug energetski plin za svojo lastno rabo v gospodinjstvu, kar izključuje rabo za opravljanje trgovskih ali poklicnih dejavnosti – torej kot potrošnike v smislu ZVPot. <sup>175</sup> Tako zakon npr. pri opredeljevanju elementov pogodbe o dobavi električne energije in splošnimi pogodbenimi pogoji določa, da mora dobavitelj gospodinjskemu odjemalcu ponuditi možnost »široke izbire načinov plačevanja«, kjer »[p]lačilni sistem ne sme povzročiti *neupravičenega diskriminiranja odjemalcev*, morebitne razlike v ceni in drugih pogojih plačila pa morajo odražati stroške dobavitelja zaradi različnih plačilnih sistemov«. <sup>176</sup>

#### 4. Sklep: Iztočnice za nadaljnji premislek

»Varstvo potrošnikov je danes družbena usmeritev s številnimi vidiki: gospodarskimi, izobraževalnimi, organizacijskimi, političnimi, *pravnimi*,« ugotavlja Zabel. <sup>177</sup> A tudi če se osredotočimo le na slednji vidik, lahko z besedami istega avtorja ugotovimo, da se »[p]ravna pravila, ki jih utemeljeno štejemo za potrošniško pravo, med sabo *močno razlikujejo*. Nekatera so tesno povezana z upravnim pravom ali drugimi vejami javnega prava, druga so izrazito civilna in gospodarska, obligacijskopravna. Vsem je skupen le subjekt urejanja, to je *potrošnik*.« <sup>178</sup> Ta misel je dobro izhodišče za dve sklepni točki, ki poudarita rdečo nit tega prispevka.

Prvič, z izbiro drugačnega pristopa prispevek opozarja na vprašanje, kdo je pravzaprav potrošnik. S tem ko sem v središče pozornosti postavil problem diskriminacije na trgu (blaga in storitev), sem namreč hotel opozoriti, da odgovor na to vprašanje ni nujno samoumeven. <sup>179</sup> Pojem diskriminacije z izpostavljanjem osebnih okoliščin, ki zaznamujejo (tržni) profil posameznika in so (lahko) podlaga za sooblikovanje (tržnega) položaja posameznih družbenih skupin, nas opozori, da je treba za učinkovito pravno varstvo v razmerjih med potrošniki in podjetji

<sup>173</sup> Prvi odstavek 122. člena ZEKom-1.

<sup>174</sup> Energetski zakon (EZ-1), Uradni list RS, št. 17/2014.

<sup>175</sup> Glej 13. točko 4. člena EZ-1.

<sup>176</sup> Deveti odstavek 48. člena EZ-1.

<sup>177</sup> Zabel, str. 469. Poudarek dodan.

<sup>178</sup> Prav tam, str. 470–471. Poudarki dodani.

<sup>179</sup> Prim. Tertnik, str. 922: »Iz narave koncepta referenčnega potrošnika kot pravnega standarda izhaja, da potrošnika normativno ni mogoče dokončno opredeliti. Pri opredelitvi je osrednjega pomena tehtanje legitimnih interesov [...]«.

»povprečnega potrošnika« včasih podrobneje razčleniti.<sup>180</sup> Kot npr. provokativno ugotavljajo bolj kritično usmerjeni avtorji, »vsi vemo, da razlike glede na raso, spol in družbeni razred niso le 'razlike'. Te okoliščine se nanašajo na *hierarhično* ureditev [družbenih] skupin.«<sup>181</sup>

Drugič, pravo varstva potrošnikov ni homogen sklop pravnih pravil in načel, ampak ga sestavlja pester nabor ukrepov, ki izhajajo iz različnih pravnih področij. Ta raznolikost ukrepov pa nakazuje, da so z njimi zajeti tudi različni problemi, ki se pojavljajo na potrošniškem trgu. Glede na to ne preseneča, da v zvezi s pravom varstva potrošnikov ne moremo z gotovostjo s prstom pokazati na enotno (vrednostno) usmeritev, ki bi lahko bila podlaga za vse ukrepe, sprejete v tem okviru. Nasprotno, v današnjih razmerah ukrepi varstva potrošnikov nastajajo iz različnih ekonomskih in pravnopolitičnih vzgibov in imajo različne regulativne cilje.<sup>182</sup> V prispevku sem se navezal na ugotovitve, da je mogoče in smiselno vsaj delno razširiti zorni kot gledanja na pravo varstva potrošnikov, tudi prek osrednjega, ekonomskega temelja, tj. optimalnega delovanja trga.<sup>183</sup> Osrednja teza prispevka pa gre še korak naprej, saj ob nekaterih širših družbenih ciljih in vrednotah, kot sta npr. trajnostna potrošnja in varstvo okolja,<sup>184</sup> ki so se počasi že začeli uveljavljati v okviru potrošniške politike in prava, v ta okvir umešča tudi pravila glede *varstva potrošnikov pred diskriminacijo*. Ali kot sta to nazorno povzela Howells in Weatherill:

»Če zasebni igralci [na trgu] sprejemajo odločitve, ki temeljijo na iracionalnih predsodkih, to škodi ekonomiji in tako lahko rečemo, da obstajajo torej ekonomski razlogi za sprejem pravnih pravil, ki zavirajo iracionalno obnašanje. S tega vidika lahko najdemo utemeljitev za pravila, ki delodajalcem – ali morda tudi stanodajalcem in trgovcem nasploh – prepovedujejo diskriminacijo na podlagi med drugim rase ali spola, kajti takšni vztrajni predsodki imajo škodljive posledice za učinkovito razporeditev sredstev na zadevnem trgu. Ampak očitno je, da bi bilo mogoče za takšno pravno ureditev najti podporo tudi na podlagi izhodišča, ki poudarja bolj splošne družbene pomisleke, zakoreninjene v *enakosti in zaščiti človekovega dostojanstva*. V tem smislu odraža zavračanje edinstvenega položaja trga kot mehanizma družbene organizacije

<sup>180</sup> Prim. Avbreht in drugi, str. 41–42.

<sup>181</sup> Kennedy, str. 567. Poudarek dodan.

<sup>182</sup> O različnih izhodiščih pravnega urejanja ali različnih temeljnih funkcijah, ki jih želimo pri tem doseči, je mogoče razpravljati tudi širše, v okviru pogodbenega prava. Prim. Voyiakis, str. 82 in nasl.

<sup>183</sup> Prim. npr. Benöhr, str. 211 in nasl.

<sup>184</sup> Glej npr. tč. 6.3.2 Resolucije o Nacionalnem programu varstva potrošnikov 2012–2017 (Uradni list RS, št. 47/2012).

prepričanje, da obstaja nek jedrni sklop pravic, varstvo katerih presega retoriko ekonomske učinkovitosti.«<sup>185</sup>

Sklepno se je treba obrniti k vprašanju, kako se problemi diskriminacije potrošnikov kažejo v naši pravni ureditvi. Iz analize v drugem delu prispevka brez dvoma izhaja, da pravna ureditev varstva pred diskriminacijo vsaj v določenem obsegu zajame tudi razmerja med podjetji in potrošniki. Kljub temu pa bi težko trdili, da je prepoved diskriminacije zaradi narodnosti, spola, starosti in drugih osebnih okoliščin *integrirana v sistem pravnega varstva potrošnikov*. Izhodišča varstva pred diskriminacijo – tudi ko gre za razmerja na trgu – so zajeta v splošnem protidiskriminacijskem predpisu (ZUNEO), ki med drugim prepoveduje diskriminacijo pri dostopu do blaga in storitev ter preskrbi z njimi. Vendar ZUNEO zaradi širokega področja uporabe in izjemno zgoščene dikcije ključnih določb o obsegu prepovedanega ravnanja in mehanizmih pravnega varstva, ki je na voljo diskriminiranim osebam, ostaja preveč (pomensko) odprt, da bi lahko zagotovil ustrezno podlago za učinkovito zaščito potrošnikov v primerih, ko poslovanje podjetja temelji na diskriminatornih praksah.<sup>186</sup> Zato bi bilo v prihodnje smiselno razmisliti, kako posamezne elemente varstva pred diskriminacijo umestiti v področno zakonodajo, ki v različnih segmentih trga ureja pravice in obveznosti potrošnikov in podjetij. Tako bi po eni strani jasneje opredelili domet prepovedi diskriminacije na posameznih področjih v okviru prava varstva potrošnikov oziroma tržnega prava nasploh, kjer je sicer v potencialnem konfliktu s temeljnimi vrednotami zasebnega prava, po drugi strani pa bi določbe o varstvu pred diskriminacijo s tem dobile stvarnejši pravni kontekst, v katerem ne bi ostale mrtva črka na papirju. Te sklepne opazke torej niso le izhodišče za premislek o nadaljnjem razvoju protidiskriminacijskega prava, temveč pridejo v poštev tudi, ko začnemo govoriti o reformi prava varstva potrošnikov.

<sup>185</sup> Howells in Weatherill, str. 33. Poudarki dodani.

<sup>186</sup> Zanimivo je, da na podobne težave glede zakonske ureditve, kot so bile v tem prispevku opisane v zvezi z varstvom pred diskriminacijo (tj. slabo poznavanje zakonodaje, pomanjkanje kakovostne sodne prakse, mestoma nejasne zakonske rešitve), opozarja domača teorija v zvezi z ureditvijo varstva potrošnikov v ZVPot. Glej npr. Možina (2012), str. 1440–1442; Vlahek, str. 145.



## Literatura in viri

- ARIELY, Dan, *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*. Prenovljena in razširjena izdaja. New York Harper Perennial, 2010.
- AVBREHT, Aleš, ZAJC, Borut, GREŠAK, Boštjan, ERJAVEC, Marjeta, DREN, Mateja, *Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (ZVPNPP) s komentarjem*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2007.
- BAER, Susanne, »The End of Private Autonomy« or Rights-Based Legislation? The Anti-Discrimination Law Debate in Germany. V: *Annual of German and International Law (AGEL)*, ur. Peer Zumbansen in Russell A. Miller, str. 323–333. New York: Berghahn, 2004.
- BAUER, Jobst-Hubertus, GÖPFERT, Burkard, KRIEGER, Steffen, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Kommentar*. 3. izdaja. München: C. H. Beck, 2011.
- BELL, Mark, British Developments in Non-Discrimination Law. V: *Non-Discrimination in European Private Law*, ur. Reiner Schulze, str. 209–231. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- BENÖHR, Iris, *EU Consumer Law and Human Rights*. Oxford Studies in European Law. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BROWNE, M. Neil, BISCHOFF CLAPP, Kerin, KUBASEK, Nancy K., BIKSACKY, Lauren, Protecting Consumers from Themselves: Consumer Law and the Vulnerable Consumer. *Drake Law Review*, 2015, letn. 63, str. 157–191.
- CARTWRIGHT, Peter, *Consumer Protection and the Criminal Law: Law, Theory, and Policy in the UK*. Cambridge (UK); New York: Cambridge University Press, 2001.
- CARTWRIGHT, Peter, Conceptualising and Understanding Fairness: Lessons from and for Financial Services. V: *Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable*, ur. Mel Kenny, James Devenney in Lorna Fox O'Mahony, str. 205–226. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- CARTWRIGHT, Peter, Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers. *Journal of Consumer Policy*, 2015, letn. 38, str. 1–20.
- CERAR, Miro, Nekateri (ustavno)pravni vidiki načela nediskriminacije. V: *Enakost in diskriminacija: sodobni izzivi za pravosodje*, ur. Dean Zagorac, str. 21–54. Ljubljana: Mirovni inštitut – Inštitut za sodobne politične in družbene študije, 2005.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O., Conceptualising Unconscionability in the Context of Risky Financial Transactions: How to Converge Public and Private Law Approaches? V: *Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable*, ur. Mel Kenny, James Devenney in Lorna Fox O'Mahony, str. 246–274. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O., Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles? V: *Constitutional Values and European Contract Law*, ur. Stefan Grundmann, str. 35–60. Private Law in European Context. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.



- CHOPIN, Isabelle, GOUNARI, Eirini-Maria, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 27 EU Member States Compared*. European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009.
- CONNOLLY, Michael, *Discrimination Law*. London: Sweet & Maxwell, 2006.
- CSERES, Katalin Judit, *Competition Law and Consumer Protection*. Kluwer Law International, 2005.
- DICKIE, John, *Producers and Consumers in EU E-Commerce Law*. Oxford; Portland (OR): Hart Publishing, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*. 5. tiskana izdaja. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1978.
- EBERT, Franz Christian, PINKEL, Tobias, Restricting Freedom of Contract through Non-Discrimination Provisions? A Comparison of the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and the German »General Equality Law«. *German Law Journal* 10 (2009) 11, str. 1417–1438.
- EDEL, Frédéric, *Prohibition of Discrimination Under the European Convention on Human Rights*. Council of Europe, 2010.
- EFFER-UHE, Daniel, Gleichbehandlung in Versicherungsverträgen – Zum Urteil des EuGH vom 1. 3. 2011 in der Rechtssache C-236/09 (Association Test-Achats). In *Non-Discrimination in European Private Law*, ur. Reiner Schulze, str. 109–129. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- ELLIS, Evelyn, *EU Anti-Discrimination Law*. 2. izdaja. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Equality and Human Rights Commission. Services, Public Functions and Associations: Equality Act 2010 Statutory Code of Practice. The Stationery Office Limited, 2011, dostopno na: [http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/publication\\_pdf/servicescode\\_0.pdf](http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/publication_pdf/servicescode_0.pdf) (1. 7. 2015).
- European, Consumer Centres Network (ECC-Net). Enhanced Consumer Protection – the Services Directive 2006/123/EC Analysis of Article 20.2 and Article 21 Related Consumer Complaints Reported to ECC-Net between 2010 and 2012, 2013.
- FLANDER, Benjamin, *Pozitivna diskriminacija*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede (FDV), 2004.
- FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law*. Druga izdaja. Clarendon Law Series. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GALIČ, Aleš, Kako vzpostaviti mehanizem zunajsodnega reševanja potrošniških sporov. *Podjetje in delo*, 2012, letn. 38, št. 6–7, str. 1473–1482.
- GALIČ, Aleš, Mednarodna pristojnost za reševanje potrošniških sporov v pravu EU. V: *Mednarodna konferenca Slovensko pravo in gospodarstvo ob vstopu Slovenije v Evropsko unijo*, Portorož, 21.–23. april 2004, ur. Mojca Seliškar Toš, str. 125–143. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2004.

- GALLIE, Walter B., Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, letn. 56.
- GERARDS, Janneke, The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2013, letn. 13, str. 99–124.
- GOSEPATH, Stefan, Equality. V: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ur. Edward N. Zalta, Spring 2011, dostopno na: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality/> (1. 7. 2015).
- GRIGOLEIT, Hans, ZOLL, Fryderyk, MACIERZYŃSKA-FRANASZCZYK, Elwira, STEFAN, Sebastian, CHARLTON, Shaun, BARMSCHIED, Marc, KUBELA, Monika, *Discrimination of Consumers in the Digital Single Market*. European Parliament, Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), November 2013, dostopno na: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/507456/IPOL-IMCO\\_ET%282013%29507456\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/507456/IPOL-IMCO_ET%282013%29507456_EN.pdf) (1. 7. 2015).
- HADFIELD, Gillian K., HOWSE, Robert, TREBILCOCK, Michael J., Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy. *Journal of Consumer Policy*, 1998, letn. 21, št. 2, str. 131–169.
- HANSON, Jon D., KYSAR, Douglas A., Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation. *Harvard Law Review*, 1999, letn. 112, str. 1420–1573.
- HARTKAMP, Arthur S., Fundamental Rights, Fundamental Freedoms and Contract Law. V: *Constitutional Values and European Contract Law*, ur. Stefan Grundmann, str. 87–110. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.
- HARTLIEF, Ton, Freedom and Protection in Contemporary Contract Law. *Journal of Consumer Policy*, 2004, letn. 27, št. 3, str. 253–267.
- HAUPT, Stefan, An Economic Analysis of Consumer Protection Law. *German Law Journal*, 2003, letn. 4, št. 11, str. 1137–1164.
- HELLMAN, Deborah, *When Is Discrimination Wrong?*. Ponatisnjena izdaja. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2011.
- HONDIUS, Ewoud, The Innovative Nature of Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*, 2012, letn. 35, št. 2, str. 165–173.
- HONDIUS, Ewoud, The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis. *Journal of Consumer Policy*, 2004, letn. 27, št. 3, str. 245–251.
- HOWARD, Erica, EU Equality Law: Three Recent Developments. *European Law Journal*, 2011, letn. 17, št. 6, str. 785–803.
- HOWELL, Nicola, in WILSON, Therese, The Limits of Competition: Reasserting a Role for Consumer Protection and Fair Trading Regulation in Competitive Markets. V: *The Yearbook of Consumer Law 2009*, ur. Deborah Parry, Annette Nordhausen, Christian Twigg-Flesner, str. 147–175. Markets and the Law. Farnham (UK); Burlington (USA): Ashgate, 2008.

- HOWELLS, Geraint, WEATHERILL, Stephen, *Consumer Protection Law*. 2. spremenjena izdaja. Aldershot: Avebury Technical, 2005.
- JUHART, Miha, MOŽINA, Damjan, NOVAK, Barbara, POLAJNAR-PAVČNIK, Ada, ŽNIDARŠIČ SKUBIC, Viktorija, *Uvod v civilno pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2011.
- KARAGIORGI, Constantina, The Concept of Discrimination by Association and Its Application in the EU Member States. *European Anti-Discrimination Law Review*, 2014, letn. 2014, št. 18, str. 25–37.
- KENNEDY, Duncan, Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. *Maryland Law Review*, 1982, letn. 41, št. 4, str. 563–658.
- KUHAR, Roman, *Na križiščih diskriminacije: večplastna in intersekcijska diskriminacija*. Ur. Neža Kogovšek. Ljubljana: Mirovni inštitut – Inštitut za sodobne politične in družbene študije, 2009.
- LAUBER, Anna Verena, From Market Integration to Human Integration: How Non-Discrimination Illustrates Fundamental Rights Aspects in Private Law. V: *Non-Discrimination in European Private Law*, ur. Reiner Schulze, str. 181–195. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- LEIBLE, Stefan, Prinzipien und Konzepte des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Privatrecht. V: *Non-Discrimination in European Private Law*, ur. Reiner Schulze, str. 25–53. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- LONGAR, Matija, Enakost pred zakonom glede na osebne okoliščine. *Javna uprava*, 2002, letn. 38, št. 3, str. 339–356.
- MAHNIČ, Petra, Enakost in enakopravnost. *Javna uprava*, 2002, letn. 38, št. 3, str. 357–372.
- MOL, Mirjam de, The Novel Approach of the CJEU on the Horizontal Direct Effect of the EU Principle of Non-Discrimination: (Unbridled) Expansionism of EU Law? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, letn. 18, št. 1, str. 109–135.
- MOREAU, Sophia, In Defense of a Liberty-Based Account of Discrimination. V: *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, ur. Deborah Hellman, Sophia Moreau, str. 71–86. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MOŽINA, Damjan, Evropsko pogodbeno pravo, škatle za orodje in modri gumbi. *Podjetje in delo*, 2008, letn. 34, št. 8, str. 1695–1717.
- MOŽINA, Damjan, Garancija za brežhibno delovanje in odgovornost za stvarne napake. *Zbornik znanstvenih razprav*, 2009, letn. LXIX, str. 143–169.
- MOŽINA, Damjan, Kaj je narobe z zakonom o varstvu potrošnikov? *Podjetje in delo*, 2012, letn. 38, št. 6-7, str. 1437–1449.
- MOŽINA, Damjan, Razdor, odpoved in odstop od pogodbe. *Pravni letopis IPP*, 2011, letn. 2011, str. 57–73.

- NERAD, Sebastian, Učinkovanje ustavnega načela enakosti med subjekti zasebnega prava. *Javna uprava*, 2002, letn. 38, št. 3, str. 373–394.
- OGUS, Anthony I., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford; Portland (OR): Hart Publishing, 2004.
- OSOVSKEY, Adi, The Misconception of the Consumer as a Homo Economicus: A Behavioral-Economic Approach to Consumer Protection in the Credit-Reporting System. *Suffolk University Law Review*, 2013, letn. 46, št. 3, str. 881–933.
- PAVČNIK, Marijan, *Teorija prava: prispevek k razumevanju prava*. 4. preglešana in dopolnjena izdaja. Ljubljana: GV Založba, 2011.
- PICKER, Eduard, Anti-Discrimination as a Program of Private Law? *German Law Journal*, 2003, letn. 4, št. 8, str. 771–784.
- PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, in MACCRORIE, Benedita, Anti-Discrimination Rules in European Contract Law. V: *Constitutional Values and European Contract Law*, ur. Stefan Grundmann, str. 111–123. Private Law in European Context. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.
- RAMSAY, Iain, *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets*. 2. izdaja. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- RAMSAY, Iain, Consumer Redress and Access to Justice. V: *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, ur. Thomas G. W. Telfer, str. 17–45. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- REICH, Norbert, Crisis or Future of European Consumer Law? V: *The Yearbook of Consumer Law 2009*, ur. Deborah Parry, Annette Nordhausen, Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner, str. 3–67. Markets and the Law. Farnham (UK); Burlington (USA): Ashgate, 2009.
- REICH, Norbert, *General Principles of EU Civil Law*. Cambridge: Intersentia, 2013.
- REICH, Norbert, Non-Discrimination and the Many Faces of Private Law in the Union – Some Thoughts After the ‘Test-Achats’ Judgment. *European Journal of Risk Regulation*, 2011, letn. 2, str. 283–290.
- REICH, Norbert, GODDARD, Christopher, VASILJEVA, Ksenija, *Understanding EU Law: Objectives, Principles and Methods of Community Law*. Intersentia, 2003.
- REKAITI, Pamaría, VAN DEN BERGH, Roger, Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach. *Journal of Consumer Policy*, 2000, letn. 23, št. 4, str. 371–408.
- RÜHL, Giesela, Consumer Protection in Choice of Law. *Cornell International Law Journal*, 2011, letn. 4, str. 569–601.
- SAMUELSON, Paul A., NORDHAUS, William D., *Microeconomics*. 19. izdaja. Boston: McGraw-Hill/Irwin, 2009.
- SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Cambridge (MA); London: Belknap Press, 2006.

- SMITH, Nicholas Mark, *Basic Equality and Discrimination: Reconciling Theory and Law*. Prva izdaja. Farnham, Surrey; Burlington, VT: Ashgate Publishing Company, 2011.
- TERTNIK, Simon, Kdo je potrošnik: pojem potrošnika v pravu Evropske Unije. *Podjetje in delo*, 2012, letn. 38, št. 5, str. 910–922.
- THAL, Spencer Nathan, The Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Unfairness. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1988, letn. 8, str. 17–33.
- TRSTENJAK, Verica, KNEZ, Rajko, MOŽINA, Damjan, *Evropsko pravo varstva potrošnikov*, ur. Verica Trstenjak. Ljubljana: GV Založba, 2005.
- TWIGG-FLESNER, Christian, Introduction: Key Features of European Union Private Law. V: *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, ur. Christian Twigg-Flesner, str. 1–19. Cambridge et al.: Cambridge University Press, 2010.
- UNBERRATH, H., JOHNSTON, A., The Double Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection. *Common Market Law Review*, 2007, letn. 44, str. 1237–1284.
- United States Department of Justice, Civil Rights Division. *Investigation of the Ferguson Police Department*, March 4, 2015, dostopno na: [http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/03/04/ferguson\\_police\\_department\\_report.pdf](http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/03/04/ferguson_police_department_report.pdf) (1. 7. 2015).
- VLAHEK, Ana, Consumer Protection in Slovenia. V: *Rechtsschutz des schwächeren Subjekts im Privatrecht: XI. Dies Luby Iurisprudentiae*, ur. Helena Barancová, Peter Blaho in Jan Lazar, str. 129–146. Spectrum Slovakia. Frankfurt am Main; Trnava: P. Lang; University of Trnava, 2014.
- VOYIAKIS, Emmanuel, Unconscionability and the Value of Choice. V: *Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable*, str. 79–98. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- WADDINGTON, Lisa, A Disabled Market: Free Movement of Goods and Services in the EU and Disability Accessibility. *European Law Journal*, 2009, letn. 15, št. 5, str. 575–598.
- WAGNER, Gerhard, Zwingendes Vertragsrecht. V: *Revision des Verbraucher-acquis*, ur. Horst Eidenmüller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen in Reinhard Zimmermann, str. 2–52. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- WEATHERILL, Stephen, *EU Consumer Law And Policy*. 2. izdaja. Cheltenham (UK); Northampton (MA): Edward Elgar Publishing, 2005.
- WIEMANN, Joachim, Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz). *German Law Journal*, 2010, letn. 11, št. 10, str. 1131–1146.

- WILHELMSSON, Thomas, The Abuse of the 'Confident Consumer' as a Justification for EC Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*, 2004, letn. 27, št. 3, str. 317–337.
- WILLETT, Chris, OUGHTON, David, Consumer Protection. V: *Commercial and Consumer Law*, ur. Michael Furmston in Jason Chuah. Harlow et al.: Pearson Education Limited, 2010.
- WITTE, Bruno de, The Crumbling Public/private Divide: Horizontality in European Anti-Discrimination Law. *Citizenship Studies*, 2009, letn. 13, št. 5, str. 515–525.
- YUTHAYOTIN, Sutatip, *Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce: A Multidimensional Analysis of Consumer Protection Mechanisms*. New York: Springer, 2014.
- ZABEL, Bojan, *Tržno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 1999.
- ZADRAVEC, Mojca, *Pravičnost kot (ne)enakost: kritika Aristotelovega pogleda na pravičnost*. Doktorska disertacija. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2014.
- ZOLL, Fryderyk, Non-Discrimination and European Private Law. V: *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, ur. Christian Twigg-Flesner, str. 298–312. Cambridge et al.: Cambridge University Press, 2010.

# Opredelitev pojma potrošnik v pogodbenem pravu EU

Jaka Cepec

## 1. Uvod

Potrošniško pravo je razmeroma nov pojav, star mogoče dobrih 40 let. Razvijati se je začelo skoraj vzporedno v Veliki Britaniji in v ZDA leta 1962.<sup>1</sup> V Veliki Britaniji je bila ustanovljena vladna komisija, ki je pripravila poročilo o potrebi po posebnem varstvu potrošnikov, t. i. *Molony Report*. Razvoj potrošniškega prava v ZDA pa se je začel s posebnim sporočilom takratnega predsednika ZDA Kennedyja kongresu ZDA. Kennedy je v njem navedel štiri temeljne svoboščine potrošnikov, ki bi jih po njegovem mnenju zakonodaja morala zagotavljati potrošnikom. Te štiri svoboščine temeljijo na predpostavki racionalnega posameznika, ki potrebuje predvsem odpravo asimetrije informacij in posebno varstvo zaradi ekonomske šibkosti. Leta 1975 jih je povzela tudi EU in oblikovala pet osnovnih potrošniških pravic v EU: (a) pravica do varnosti in zaščite zdravja, (b) pravica do zaščite ekonomskih interesov, (c) pravica do odškodnine, (č) pravica do poučenosti in informiranja ter (d) pravica do sodnega varstva. Ta osnovni program je bil temelj za celoten poznejši bogat razvoj prava potrošnikov v EU.<sup>2</sup>

Potrošnik v osnovi ni pravni, ampak ekonomski pojem, ki se je v pravu pojavil skupaj z začetki pravnega razvoja prava potrošnikov. Razvijal se je prek pojma kupca do stranke in na koncu potrošnika (*buyer – customer – consumer*). Opredelitev pojma potrošnik je v veliki meri lahko odvisna od zastavljenega koncepta, *ratia* varstva potrošnikov. Varstvo potrošnikov lahko izhaja iz protekcionističnega modela, ki ustreza konceptu, da je potrošnik posameznik, ki zaradi svojega šibkega položaja na trgu potrebuje posebno varstvo. Potrošnik tako iz ekonomskega prehaja v politični pojem. Po drugi strani pa informacijski model potrošnika obravnava samo kot ekonomskega akterja, ki je v situaciji asimetrije informacij in mu zgolj pravo lahko omogoči enakopraven položaj z drugimi akterji, saj od njih zahteva odpravo navedene asimetrije.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Stuyck, str. 368.

<sup>2</sup> Hondius, str. 90.

<sup>3</sup> Trstenjak in drugi, str. 28.



Opredelevitev pojma potrošnik je, čeprav na prvi pogled morda enostavno ali celo trivialno vprašanje, osnovni korak pri opredelitvi potrošniškega prava. Potrošniško pravo namreč ureja zgolj pravna razmerja, ki nastanejo med posameznikom, ki je opredeljen kot potrošnik, in neko tretjo osebo, ki te lastnosti nima. Tako tudi potrošniška pogodba ni posebna vrsta pogodbe, ampak zgolj pogodba, ki jo skleneta subjekta z opredeljenimi posebnimi značilnostmi.

Pojem potrošnik nima enotne, mednarodno uveljavljene definicije. Čeprav na ravni EU potekajo prizadevanja za popolno harmonizacijo potrošniškega prava, tudi znotraj pravnih aktov EU ni enotne definicije. EU je pristojnost za urejanje potrošniškega prava dokončno dobila z Maastrichtsko pogodbo, ki je določila, da aktivnosti Skupnosti zajemajo tudi krepitev varstva potrošnika na skupnem trgu. Maastrichtska pogodba in njene naslednice pojma potrošnik niso opredelile.<sup>4</sup>

Pojem potrošnik je v pravu EU urejen v direktivah s področja potrošniškega pogodbenega prava in nepogodbenih obligacij ter tudi v obeh uredbah s področja mednarodnega zasebnega prava (Bruselj I in Rim I).<sup>5</sup> Čeprav se definicije v posameznih aktih EU nekoliko razlikujejo, je njihovo skupno jedro, da je potrošnik fizična oseba, ki opravlja dejavnost zunaj svoje poslovne, trgovske ali poklicne dejavnosti.<sup>6</sup> Pojem potrošnik tako nima enotnega pomena niti znotraj prava EU. Še bistveno večje razlike obstajajo med državami članicami in jih lahko strnemo v tri vsebinske sklope: (a) ali so potrošniki zgolj fizične osebe ali pa se pojem pod določenimi pogoji lahko razširi tudi na pravne osebe; (b) kaj se šteje za poklicno, profesionalno, trgovinsko ali obrtno dejavnost v povezavi z vprašanjem, kako obravnavati pogodbe z dvojnimi namenom (t. i. mešane pogodbe), in (c) ali se pri opredelitvi potrošnika uporabi zgolj objektivni koncept ali pa je pomemben tudi subjektivni odnos (vedenje) sopogodbjenika, s kom ima opraviti. V luči želje po popolni harmonizaciji potrošniškega prava so te razlike seveda vse bolj pomembne in tudi moteče.

V slovenski literaturi je mogoče najti številne prispevke na temo potrošniškega prava, prispevkov o samem pojmu potrošnika pa je bistveno manj.<sup>7</sup> Namen tega poglavja je zato slovenski znanosti in praksi prispevati spoznanja tuje in domače literature ter sodne prakse o bistvenih odprtih vprašanih opredelitve pojma potrošnik v pogodbenem pravu EU. Prispevek je sestavljen iz dveh delov.

<sup>4</sup> Hesselink, str. 15.

<sup>5</sup> Uredba (EU) št. 1215/2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah in Uredba št. 593/2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja.

<sup>6</sup> *Business, trade or profession*. Od te opredelitve sicer bistveno odstopa Direktiva o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih (90/314/ES), vendar več o tem v drugem poglavju.

<sup>7</sup> Svetla izjema v slovenski literaturi je predvsem članek Tertnik.



V prvem delu predstavljam opredelitve pojma potrošnik v različnih uredbah in direktivah s področja pogodbenega prava EU in temeljne razlike pri opredelitvi tega pojma med državami članicami. Ravno te razlike med državami članicami, kljub ideji o popolni harmonizaciji potrošniškega prava, namreč nakazujejo na odprta vprašanja pri definiranju potrošnika. Drugi del prispevka je namenjen podrobnejši analizi teh odprtih vprašanj.

## 2. Opredelitev potrošnika v pravnih aktih EU in v državah članicah

Pojem potrošnika v pravnih aktih EU ni urejen na enem mestu. Ustanovitvene pogodbe ga ne definirajo. Pojem je opredeljen v skoraj vseh uredbah in direktivah, ki se nanašajo na področje potrošniškega varstva. Direktiva o pravicah potrošnikov (2011/83/ES) ga definira kot »vsako fizično osebo, ki v pogodbah, zajetih s to direktivo, deluje za namene, ki so zunaj njene trgovske, poslovne, obrtne ali poklicne dejavnosti«; enako definicijo najdemo v Direktivi o varstvu potrošnikov v zvezi z nekaterimi vidiki pogodb časovnega zakupa, dolgoročnih počitniških proizvodov, nadaljnje prodaje in zamenjave (2008/122/ES). Zelo podobno je pojem opredeljen v Direktivi o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu (2005/28/ES), po kateri je potrošnik »vsaka fizična oseba, ki deluje za namene izven svoje trgovske, poslovne, obrtne dejavnosti ali svobodne poklicne dejavnosti«. V skladu z Direktivo o elektronskem poslovanju (2000/31/ES) je potrošnik »vsaka fizična oseba, ki deluje za namene, ki ne sodijo k njenim trgovskim, poslovnim ali poklicnim dejavnostim«. Enako definicijo uporabljajo tudi Direktiva o plačilnih storitvah na notranjem trgu in o spremembah direktiv (2007/64/ES), Direktiva o potrošniških kreditnih pogodbah (2008/48/ES) in Direktiva o trženju finančnih storitev potrošnikom na daljavo (2002/65/ES). Nekoliko ožjo definicijo najdemo v Direktivi o varstvu potrošnikov pri označevanju cen potrošnikom ponujenih proizvodov (98/6/ES), ki potrošnika pojmuje kot vsako fizično osebo, ki kupi proizvod za namene, ki ne spadajo v okvir njene trgovske ali poklicne dejavnosti.

Kljub majhnim razlikam med direktivami imajo vse opredelitve skupno jedro. Potrošnik je fizična oseba, ki sklene pogodbo zunaj svoje trgovske, poslovne, obrtne ali poklicne dejavnosti. Drugače od direktiv Uredba Bruselj I in Uredba Rim I potrošnika ne omejujeta zgolj na fizične osebe, saj določata, da je potrošnik oseba, ki sklene pogodbo, ki je ni mogoče obravnavati za poslovno ali poklicno dejavnost te osebe.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Dodatno »nejasnost« oziroma možnost širše interpretacije dovoljuje predvsem Uredba Bruselj I, saj določa, da se »posebno varstvo« zagotovi tistim potrošnikom, ki sklepajo pogodbe z namenom,

Od vseh navedenih opredelitev pojma potrošnik močno odstopa Direktiva o paketnih počitnicah,<sup>9</sup> ki štiti vsakogar, ki sklene pogodbo o turističnem paketu. To pomeni, da so z direktivo urejena tudi poslovna potovanja. V skladu z direktivo potrošnik »pomeni osebo, ki vzame ali privoli vzeti turistični paket (glavni pogodbenik) ali katera koli druga oseba, v korist katere je glavni pogodbenik privolil kupiti turistični paket (drugi upravičenci) ali katera koli druga oseba, na katero je glavni pogodbenik ali drugi upravičenec prenesel turistični paket (pridobitelj)«. <sup>10</sup> Nekateri teoretiki zato menijo, da Direktiva o paketnih počitnicah ni del tipične, osrednje potrošniške zakonodaje, ampak gre za specifično varstvo kupcev paketnih počitniških aranžmajev.<sup>11</sup> Ker močno odstopa od drugih, se z njo v nadaljevanju ne bomo ukvarjali.

Če se razlike pokažejo že v posameznih pravnih aktih EU, so med državami članicami še bistveno večje. Neenako definiranje pojma potrošnik med državami članicami je posledica dejstva, da so lahko pojem potrošnika definirale same. Potrošniška zakonodaja v EU je bila namreč sprejeta po načelu minimalne harmonizacije, kar je pomenilo, da so lahko pravice potrošnikov definirale širše, kot je to zahtevala potrošniška zakonodaja EU. Države članice pri implementaciji potrošniškega prava v nacionalno pravo uporabljajo dva pristopa. Potrošniško pravo bodisi vključujejo kot kogentni del civilnega (pogodbenege) prava v civilne zakonike bodisi ga oblikujejo kot posebno pravno podvejo, v ločenih zakonih.<sup>12</sup> Tipični predstavnici pravnega reda, ki posebna pravila potrošniškega prava vključuje v civilno zakonodajo, sta Nemčija in Nizozemska. Tipični predstavnici pravnega reda, ki potrošniško pravo razume kot posebno panogo in jo ureja v ločeni zakonodaji, sta Francija in Slovenija.<sup>13</sup>

V državah članicah poznamo tudi dva nomotehnična načina opredelitve pojma potrošnik. Pogostejši način je tako imenovani sistem negativne definicije (uporablja ga tudi pravo EU), po kateri je potrošnik oseba, ki ne opravlja poslov-

---

za katerega se šteje, da je zunaj njegove poklicne ali pridobitne dejavnosti (in matters relating to a contract concluded by a person, the consumer, for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession). Uredba tako vsaj potencialno omogoča celo bistveno širšo definicijo potrošnika.

<sup>9</sup> Direktiva o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih (90/314/ES).

<sup>10</sup> S tega vidika je deloma zavajajoča definicija v Zakonu o varstvu potrošnikov (Uradni list RS, št. 98/2004 – UPB in nasl.), s katero je bila v slovenski pravni red implementirana navedena direktiva. V zakonu je namreč uporabljena »splošna« definicija potrošnika. Pri uporabi šestega poglavja Zakona o varstvu potrošnikov (Pogodbe o turističnih aranžmajih) je zato treba definicijo potrošnika razumeti širše, torej tako, kot jo razume Direktiva, in ne ožje, kot jo definira zakon. Litovci so ta »problem« rešili tako, da namesto pojma potrošnik pri paketnih počitnicah uporabljajo pojem potnik. Glej Kingisepp in Värvi, str. 45.

<sup>11</sup> Ebers, str. 716.

<sup>12</sup> Stuyck, str. 370.

<sup>13</sup> Prav tam, str. 370. O problemu »erozije obligacijskega prava« glej tudi Juhart.

ne, poklicne, trgovske ali obrtne dejavnosti. V tem sistemu zakonodajalec torej definira, kdo ni potrošnik. Takšen sistem je npr. značilen za Nemčijo, Avstrijo, Nizozemsko, Slovenijo. Nekatere države pa so se odločile za tako imenovano pozitivno definicijo. V skladu z njo je potrošnik oseba, ki kupi blago ali prejme storitev, ki je namenjena njeni osebni rabi, rabi njene družine, gospodinjstva ali znancev.<sup>14</sup> Potrošnik je torej oseba, ki sklepa pravni posel v lastnem imenu in za lastni račun za zadovoljitev svojih osnovnih potreb, in ne za namene ustvarjanja dobička ali rednega dohodka.<sup>15</sup>

V zadnjem desetletju si EU na področju potrošniške zakonodaje vse bolj prizadeva za dokončno spremembo paradigme iz minimalne harmonizacije v sistem popolne harmonizacije. Popolna harmonizacija pomeni, »da države članice v svojem nacionalnem pravu ne ohranijo ali uvedejo določb, ki se razlikujejo od določb iz direktive, vključno z bolj ali manj strogimi določbami za zagotavljanje različne ravni varstva potrošnikov, razen če je v direktivi izrecno določeno drugače«.<sup>16</sup>

Kljub prizadevanjem za popolno harmonizacijo direktive še vedno dovoljujejo določene odmike. V uvodnih izjavah k direktivam je tako občasno še vedno pojasnjeno, da lahko države članice potrošniško varstvo deloma uredijo po svoje.<sup>17</sup> Direktiva 2011/83 EU o potrošniških pravicah tako v točki 13 določa, da lahko države članice kljub polni harmonizaciji drugače uredijo vprašanje uporabe direktive, ki se lahko razširi tudi na pravne osebe, kot npr. na mala in srednje velika podjetja, zagonska podjetja in nevladne organizacije. Direktiva 2002/65 o trženju finančnih storitev potrošnikom na daljavo v točki 29 določa, da lahko države članice uporabo direktive razširijo tudi na osebe, ki potrebujejo finančne storitve z namenom postati podjetniki.

Poleg izrecnih naptol direktiv, da lahko države članice določena vprašanja potrošniškega varstva še vedno uredijo po svoje, se države članice predvsem pri opredelitvi pojma potrošnik še vedno sklicujejo na svojo pravico, da samostojno urejajo pogodbeno pravo. EU ima namreč pristojnosti urejati zgolj potrošniško pogodbeno pravo, ne more oziroma nima pa pristojnosti posegati na druga področja pogodbenega prava. Države članice tako še naprej lahko svobodno urejajo pravila pogodbenega prava in torej lahko tudi v osnovi poenoteno potrošniško ureditev ob implementaciji v nacionalni pravni red razširijo tudi na subjekte, ki po pravu EU sicer ne bi bili potrošniki. Pri tem gre po mnenju držav »zgolj za nomotehnično vprašanje«, ali te subjekte pojmujejo s pojmom potrošnik ali ne.

<sup>14</sup> Glej Hartkamp in drugi, str. 144.

<sup>15</sup> Belohlavek, str. 1129.

<sup>16</sup> Člen 4 Direktive 2011/83/ES o pravicah potrošnikov.

<sup>17</sup> Zakaj to morda ni dobra ideja, glej Mohr.

S takšno argumentacijo držav članic se ne strinja Mohr. Opozarja, da širjenje pojma potrošnik v nacionalni zakonodaji pripelje do ožje opredelitve trgovca, kar pomeni zmanjšanje obsega varstva potrošnikov. Potrošniška pogodba je namreč zgolj pogodba, ki jo skleneta potrošnik in trgovec. Če je neka fizična oseba, ki bi morala biti po pravu EU definirana kot trgovec, v nacionalnem pravu definirana kot potrošnik, se pogodbeno razmerje razume kot klasično civilno razmerje, ne kot potrošniško, in je potrošnik tako prikrajšan za morebitno posebno varstvo. Širša opredelitev pojma potrošnik v nacionalnem pravu je zato po Mohrovem mnenju v neskladju s pravom EU.<sup>18</sup>

### 3. Analiza osrednjih elementov pojma potrošnik

Opredelilno jedro pojma potrošnika po pravu EU je, kot že večkrat omenjeno, *da je potrošnik fizična oseba, ki opravlja dejavnost zunaj svoje poslovne, trgovske ali poklicne dejavnosti*. V drugem delu prispevka bom predvsem na podlagi sodne prakse Sodišča EU in deloma primerjalnopravno analiziral predstavljene opredelilne elemente pojma potrošnik. Pri tem bom analizo razdelil na tri ključne vsebinske sklope, ki so oblikovani predvsem na podlagi primerjalnopravnih razlik: (a) ali so potrošniki zgolj fizične osebe ali se pojem pod določenimi pogoji lahko razširi tudi na pravne osebe; (b) kaj se šteje kot poklicna, profesionalna, trgovinska ali obrtna dejavnost in kako obravnavati pogodbe z dvojnim namenom (t. i. mešane pogodbe); (c) ali se pri opredelitvi potrošnika uporabi zgolj objektivni koncept ali pa je pomemben tudi subjektivni odnos (vedenje) sopogodbjenika, s kom ima opraviti.

Ob koncu tega dela poglavja bom na kratko analiziral tudi pravno ureditev in sodno prakso v Sloveniji.

#### 3.1. Potrošnik je zgolj fizična oseba

Iz zgoraj opredeljenih definicij potrošnika v direktivah EU jasno izhaja, da je potrošnik lahko zgolj fizična oseba. Uredbi Bruselj I in Rim I pa definicije potrošnika ne omejujeta zgolj na fizične osebe, ker določata, da je potrošnik oseba, ki sklene pogodbo, ki je ni mogoče obravnavati za poslovno ali poklicno dejavnost te osebe. Ker sta obe uredbi prek prejšnje konvencijske ureditve v bistvu najstarejša dokumenta EU o varstvu potrošnikov, je ravno sodna praksa v sporih,

<sup>18</sup> Mohr, str. 673.

povezanih z Bruseljsko konvencijo<sup>19</sup> (danes Uredba Bruselj I), prvotno opredelila, da je potrošnik lahko zgolj fizična oseba.<sup>20</sup>

Kljub temu, da direktive potrošnika izrecno opredelijo kot fizično osebo, je Sodišče EU moralo večkrat odločati, ali bi se pojem potrošnika pod določenimi pogoji lahko razširil tudi na nekatere pravne osebe. V zadevi *Idealservice*<sup>21</sup> je Sodišče EU zelo jedrnato odgovorilo, da je besedilo Direktive o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah jasno in da pravne osebe tudi v primerih, ko sklene posel, ki ni v ničemer povezan z njeno dejavnostjo, ni mogoče obravnavati kot potrošnika. Potrošnik je namreč lahko zgolj fizična oseba. Sodišče je svojo odločitev ponovilo tudi v zadevi *Di Pinto*,<sup>22</sup> v kateri je odločilo, da se pravna oseba po pravu EU ne more šteti za potrošnika, četudi bi bila pravna oseba v podobni situaciji kot potrošnik (fizična oseba).

V skladu s pravom EU tako ni dvoma, da je potrošnik lahko zgolj fizična oseba. Ureditev v državah članicah pa je kljub temu pri tem vprašanju izrazito neenotna.

Neenotnost izrecno dovoljuje tudi Direktiva 2011/83/EU o potrošniških pravicah, ki v točki 13 določa, da lahko države članice kljub polni harmonizaciji drugače uredijo vprašanje uporabe direktive (in s tem definiranje pojma potrošnika), ki se lahko razširi tudi na pravne osebe, kot npr. mala in srednja podjetja, start-upe in nevladne organizacije.

Države članice potrošniško varstvo po eni strani širijo na podlagi teorije potrošnika kot končnega kupca in po drugi strani, bolj omejeno, zgolj na določene kategorije pravnih oseb. Najpogosteje gre za nevladne organizacije ter mikro in majhne družbe.

V nekaterih nacionalnih državah se potrošnik definira kot vsaka fizična ali pravna oseba, ki kupi blago za končno uporabo (kot končni kupec; *noti-*

<sup>19</sup> Bruseljska konvencija z dne 27. septembra 1968 o pristojnosti in izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah.

<sup>20</sup> Glej zadeve *Bertrand*, *Shearson Lehman Hutton* in *Benincasa* v nadaljevanju poglavja.

<sup>21</sup> Sodba v združenih zadevah *Cape Snc* proti *Idealservice Srl*, C-541/99, in *Idealservice MN RE Sas* proti *OMAI Srl*, C-542/99, EU:C:2001:625. Gospodarska družba *Idealservice* je z gospodarsko družbo *OMAI* sklenila pogodbo o postavitvi avtomatov za pijače v prostorih družbe *OMAI*. Avtomati so bili namenjeni izključno za uporabo zaposlenih družbe *OMAI*. Družba *OMAI* je s tožbo pred nacionalnim sodiščem izpodbijala določbe pogodbe kot nepošteno v skladu z italijansko potrošniško zakonodajo. Italijansko sodišče je Sodišču EU postavilo predhodno vprašanje, in sicer, ali se v skladu z Direktivo o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah gospodarska družba, ki sklene pogodbo o nakupu blaga oz. storitev, ki v ničemer niso povezani z njeno dejavnostjo in so namenjeni izključno za potrebe oziroma koristi njenih zaposlenih, šteje za potrošnika ali ne?

<sup>22</sup> Sodba *Criminal proceedings against Patrice Di Pinto*, C-361/89, EU:C:1991:118. Več o tej zadevi glej v nadaljevanju poglavja.

on of the final adress).<sup>23</sup> Tipičen primer potrošniške pogodbe po tej teoriji je nakup namiznih računalnikov, ki jih kupi gospodarska družba za svoje zaposlene. Tovrstna definicija potrošnika je znana v Španiji, Grčiji, Italiji, Luksemburgu in na Madžarskem.<sup>24</sup> Podobno sodno prakso najdemo tudi v Angliji. V zadevi *R&B Customs Brokers Ltd. v. United Dominions Trust Ltd.* je sodišče ugotovilo, da je pravna oseba upravičena do potrošniškega varstva, če sklepa pravne posle zunaj svoje redne dejavnosti. Sodišče je tako štelo pogodbo o nakupu avtomobila za direktorja družbe kot potrošniško pogodbo.<sup>25</sup>

Še širša je definicija, po kateri je potrošnik vsaka fizična ali pravna oseba, ki sklene posel, ki je zunaj njene običajne dejavnosti. Znana je sodna praksa iz Francije, kjer je gospodarska družba kupila alarmne naprave za svoje poslovne prostore. Sodišče je odločilo, da gre za potrošniško pogodbo, saj se podjetje ni ukvarjalo z alarmnimi napravami.<sup>26</sup> Takšno pojmovanje potrošnika poznajo še v Bolgariji, Luksemburgu, Latviji, na Poljskem in delno v Veliki Britaniji.<sup>27</sup>

V pravni teoriji je debata o tem, ali naj bi tudi določene oblike pravnih oseb ter mikro in majhne družbe imele potrošniško varstvo, zelo živahna.<sup>28</sup> Številni avtorji opozarjajo na dejstvo, da so predvsem nevladne organizacije ter mikro in majhne družbe zelo pogosto v povsem identično podrejenem položaju kot fizične osebe in da bi bilo zato smiselno, da bi tudi njim priznali status potrošnika. To velja predvsem za sklepanje pogodb o nakupu blaga ali storitev, ki niso povezani z dejavnostjo, ki jo ti subjekti sicer opravljajo. O tem so veliko razpravljali tudi snovalci Skupnega referenčnega okvira evropskega pogodbenega prava (*Draft Common Frame of Reference*, v nadaljevanju DCFR), ki pa so sklenili, da je vendarle bolj smiselno, da se definicija potrošnika ne razširi tudi na pravne osebe, čeprav so navedeni subjekti pogosto res v podobnem položaju kot fizične osebe. Temeljni razlog za takšno razmišljanje je bil v tem, da bi bilo v praksi zelo težko, če ne celo nemogoče, opraviti objektivno razmejitev med tistimi pravnimi osebami ali situacijami, ko bi bilo potrošniško varstvo upravičeno, in tistimi, ko varstvo ne bi bilo upravičeno. Zato tudi po DCFR (člen I.-1:105) mikro in majh-

<sup>23</sup> »...natural or legal person, at whom products or services on a market are aimed, and who makes use of such products and services, so long as the person is the end recipient.«

<sup>24</sup> Ebers, str. 721. Glej tudi Belohlavek, str. 1135, in Hondius, str. 96.

<sup>25</sup> Belohlavek, str. 1132. V sporu je bilo vprašanje, ali ima gospodarska družba pravico do zahtevkov iz naslova grajanja stvarnih napak, ki bi jih v konkretnem primeru imel zgolj potrošnik. Sodišče je odgovorilo pritrdilno.

<sup>26</sup> »Qui n'ont pas de rapport direct.«

<sup>27</sup> Ebers, str. 725. Ker gre za najširši koncept, se v luči popolne harmonizacije potrošniškega prava EU in v skladu s primerom *Di Pinto* takšno pojmovanje počasi odpravlja.

<sup>28</sup> Ebers, str. 725. Več o tem glej v prispevku Mojce Ilešič v tej knjigi.

ne gospodarske družbe in nevladne organizacije niso potrošniki.<sup>29</sup> Ena možnih predlaganih rešitev je zato, da bi se določenim nedržavnim organizacijam ter mikro in majhnim družbam priznalo podobno varstvo kot potrošnikom, vendar se zanje ne bi uporabljal izraz potrošnik.<sup>30</sup>

Kljub navedenemu Avstrija, Belgija, Grčija, Češka, Danska, Španija, Francija, Madžarska, Slovaška in v skladu s sodno prakso tudi Velika Britanija pod določenimi pogoji določenim pravnim osebam še vedno zagotavljajo enako pravno varstvo kot potrošnikom.<sup>31</sup>

Zelo zanimivo je tudi vprašanje, ki ga do zdaj sodna praksa Sodišča EU še ni reševala, in sicer, ali bi se definicija potrošnika lahko uporabljala tudi za skupine fizičnih oseb, ki se združijo z namenom, da zaščitijo svoje interese. Vprašanje je torej, ali bi družbo civilnega prava (*societas*) pod določenimi pogoji (in sicer: (a) uresničevanje interesov zunaj profesionalnega interesa članov družbe civilnega prava in (b) družba ni bila ustanovljena z namenom ustvarjanja dobička oz. rednih dohodkov) lahko šteli za potrošnika.<sup>32</sup> V primeru, ko gre za *societas* v obliki predružbe, je Sodišče EU sicer že odločilo, da ne gre za potrošnika, saj so ti posli sklenjeni z namenom opravljanja dejavnosti v prihodnosti, zato se ne štejejo za potrošniške posle. Nemško vrhovno sodišče je leta 2001 odločilo, da se tudi za *societas* (*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts*) lahko uporabljajo pravila o potrošniškem varstvu, če se fizične osebe združijo z namenom, da zaščitijo svoje interese kot potrošniki.<sup>33</sup> Vprašanje je torej, ali bi družbe civilnega prava, ki so ustanovljene npr. za upravljanje skupnih delov stavb v etažni lastnini ali za omogočanje rekreacije svojim članom, lahko šteli za potrošnike.<sup>34</sup>

### 3.2. Sklepanje poslov zunaj poslovne ali poklicne dejavnosti in pogodbe z dvojnimi nameni

Osrednji opredelilni element pojma potrošnik je, da je posel sklenjen zunaj posameznikove poslovne, trgovinske, obrtne ali poklicne dejavnosti. Kot pravilno navaja Tertnik, navedene opredelitve dejavnosti v večini primerov že s preprosto

<sup>29</sup> Loos, str. 9. Podobno tudi Hondius, str. 96.

<sup>30</sup> Kingisepp in Värvi, str. 49.

<sup>31</sup> Eberle, str. 721 in predvsem 724–726. Varstvo pravnim osebam kot potrošnikom je po eni strani namenjeno primerom, ko gre za končnega kupca ali za nakup blaga, ki ni v nobeni povezavi z njihovo dejavnostjo. Po drugi strani je varstvo pravnim osebam podano, kadar gre za majhna in mikro podjetja ter predvsem za nevladne organizacije (potrošniška društva, združenja, zavodi ...).

<sup>32</sup> Pritrdilni odgovor podajata npr. Loos, str. 7, in podobno tudi Hondius, str. 96.

<sup>33</sup> Belohlavek, str. 1131.

<sup>34</sup> Višje sodišče v Ljubljani je v zadevi I Cp 3905/2010 odločilo, da družba civilnega prava ni pravna oseba in tudi ni gospodarski subjekt. Zato bi to lahko pomenilo, da gre za združbo, ki bi ji, če ne bi sklepala poslov z namenom opravljanja dejavnosti, lahko priznali lastnost potrošnika.



jezikovno razlago omogočajo opredelitev poslov, ki se štejejo za potrošniške. Vseeno pa ni mogoče mimo dejstva, da so opredelitve dejavnosti pomensko odprte in v mejnih primerih zahtevajo razlago Sodišča.<sup>35</sup>

Sodna praksa Sodišča EU je bila tudi v tem pogledu zelo restriktivna. Opredelitev pojma poslovna dejavnost se je najprej razvijala na področju uporabe Bruseljske konvencije (danes Uredba Bruselj I).<sup>36</sup> V zadevi *Bertrand*<sup>37</sup> je sodišče odločilo, da je potrošnik zgolj fizična oseba, ki potrebuje posebno varstvo. Potrošnik je zgolj fizična oseba, ki sklepa posel izven svoje poslovne ali poklicne dejavnosti. Dejstvo, da je pravna oseba končni kupec in da blago kupuje na obroke, te definicije ne spremeni. Ozko interpretacijo je sodišče zastopalo tudi v zadevah *Shearson Lehman Hutton*<sup>38</sup> in *Benincasa*.<sup>39</sup> V zadevi *Shearson Lehman Hutton* je Sodišče EU ponovilo stališče iz zadeve *Bertrand*, da je potrošnik zgolj fizična oseba, ki sklene posel zunaj svoje poslovne ali poklicne dejavnosti, in se zato gospodarska družba, ki odkupi terjatev od potrošnika, ne more šteti za potrošnika. V zadevi *Benincasa* je odločilo, da se pojem potrošnika po Bruseljski uredbi ne more razširiti na primere, v katerih so bile pogodbe sklenjene z namenom nabave blaga za bodočo poslovno dejavnost.<sup>40</sup> Posameznik, ki bi ga sicer lahko šteli za potrošnika, ni potrošnik, če sklepa pogodbe z namenom bodočega izvajanja poslovne dejavnosti.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> Tertnik, str. 912.

<sup>36</sup> Bruseljska konvencija z dne 27. septembra 1968 o pristojnosti in izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah.

<sup>37</sup> Sodba *Bertrand v. Paul Ott KG*, C-150/77, EU:C:1978:137. Gospodarski družbi (iz Francije in Nemčije) sta sklenili pogodbo o nakupu strojnega orodja. Kupnino je bilo treba poravnati z dvema menicama. Ker kupnina ni bila v celoti plačana, je prodajalec sprožil izvršbo na podlagi menic v svoji državi (Nemčiji). Francosko sodišče te odločitve nemškega sodišča ni hotelo sprejeti, ker je ugovarjalo pristojnost. V sporu je sodišče med drugim v točkah 19 do 22 postavilo tudi zapisano definicijo potrošnika.

<sup>38</sup> Sodba *Shearson Lehmann Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, C-89/91, EU:C:1993:15. V tem primeru je v osnovi šlo za presojo, ali se za potrošnika lahko šteje tudi pravna oseba, ki je s cesijo odkupila terjatev od potrošnika.

<sup>39</sup> Sodba *Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl*, C-269/95, EU:C:1997:337. Benincasa je sklenil franšizno pogodbo z italijansko družbo, ki je bila specializirana za prodajo dentalnih higienskih pripomočkov, z namenom, da bo v Nemčiji vzpostavil trgovine te družbe. Vplačal je znesek za pridobitev franšize in tudi že začel opremljati prostore v Nemčiji, a posla nikoli ni izpeljal. V sporu med strankami je bilo sporno, ali je klavzula o izbiri sodišča veljavna. Klavzula ne bi bila veljavna, če bi Benincasa bil potrošnik.

<sup>40</sup> [T]he specific protection sought to be afforded by those provisions is unwarranted in the case of contracts for the purpose of trade or professional activity, even if that activity is only planned for the future, since the fact that an activity is in the nature of a future activity does not divest it in any way of its trade or professional character.

<sup>41</sup> Drugače npr. avstrijsko pravo, v katerem je pojem potrošnika izrecno razširjen na fizične osebe, ki sklepajo posle z namenom, da bodo ustanovile gospodarsko družbo oziroma postale samostojni podjetniki.



Restriktivno razlago pojma potrošnik je Sodišče EU obdržalo tudi pri vprašanju uporabe potrošniških direktiv. V zadevi *Di Pinto*<sup>42</sup> je tako odločilo, da so pripravljala dejanja, ki so namenjena prodaji poslovnega deleža v gospodarski družbi, kot npr. oglaševanje nameravane prodaje poslovnega deleža, v skladu z Direktivo 85/577<sup>43</sup> del poslovne dejavnosti posameznika in da zato posameznikov, ki takšne pogodbe sklepajo, ni mogoče šteti za potrošnike. Po mnenju Sodišča gre namreč za posameznikove poslovne odločitve, ki so sklenjene z namenom, ki je zunaj zadovoljevanja njegovih osebnih ali družinskih potreb.<sup>44</sup> Direktiva se torej nanaša zgolj na tiste fizične osebe, ki v času sklenitve pogodbe ne ravnajo v povezavi s svojim poslovnim ali poklicnim življenjem. Sodišče je hkrati pojasnilo, da direktiva državam članicam ne preprečuje, da bi potrošniško varstvo v nacionalni zakonodaji razširile tudi na druge fizične ali pravne osebe, ki v skladu s pravom EU niso potrošniki.

Stališče iz sodbe *Di Pinto* je bilo pozneje potrjeno še v sodbi *Dietzinger*<sup>45</sup> iz leta 1998, v kateri je Sodišče odločilo, da že najmanjša povezanost pogodbenega razmerja s poslovno dejavnostjo posameznika pomeni, da ne gre za potrošniško pogodbo. Sodišče je namreč odločilo, da fizična oseba, ki sklene poroštveno pogodbo za poslovni kredit, ki ga je najela neka tretja oseba, ni potrošnik.<sup>46</sup> Pri

<sup>42</sup> Sodba *Criminal proceedings against Patrice Di Pinto*, C-361/89, EU:C:1991:118. *Di Pinto* je bil poslovodja družbe z omejeno odgovornostjo, ki je izdajala oglasno periodično publikacijo, v kateri so se oglaševale potencialne prodaje poslovnih deležev gospodarskih družb. Z namenom, da bi za svojo revijo pridobil stranke, ki bi za plačilo objavile oglase o nameravani prodaji poslovnih deležev gospodarske družbe, je po telefonu in na njihovih naslovih neposredno zbiral pogodbe in od njih pobral plačilo. Po mnenju francoskega sodišča je s tem kršil pravico teh posameznikov (potrošnikov) do sedemdnevnega roka, v katerem si pogodbene stranke lahko premislijo (*cooling-off period*), in prav tako od njih ne bi smel pobrati denarja. Zato je bil obsojen na enoletno pogojno zaporno kazen in dodatno denarno kazen.

<sup>43</sup> Direktiva Sveta 85/577/EGS z dne 20. decembra 1985 za varstvo potrošnika v primeru pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov (*Doorstep selling directive*).

<sup>44</sup> Točka 16 omenjene sodbe. Pri tem je treba dodati, da je Komisija EU v tistem času še zagovarjala tezo, da bi se takšni posli morali šteti kot potrošniški, saj je prodaja poslovnega deleža pravni posel, ki ni del redne in običajne dejavnosti gospodarske družbe in je posameznik zato v podobnem položaju kot klasični potrošnik (točka 18 citirane sodbe).

<sup>45</sup> Sodba *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG v. Edgard Dietzinger*, C-45/96, EU:C:1998:111.

<sup>46</sup> Pred tem je o tem leta 1993 odločalo nemško ustavno sodišče v znameniti zadevi BVerfGE 89, 214, 231. V tej zadevi je banka ponudila poslovnežu kredit v znesku 100.000 DEM pod pogojem, da njegova 21-letna brezposelna hči, ki ni imela premoženja, podpiše poroštvo. Bančni uslužbenec je hčerko pred podpisom poročstva prosil, da naj podpiše ta dokument, ki ne prinaša nobenih posebnih zavez, in rekel, da ga potrebuje zgolj iz formalnih razlogov. Ker očetu ni uspelo poravnati dolgov, je banka začela izterjavo zoper hčer. Vrhovno sodišče je pred tem odločilo, da je poroštvo veljavno. Ustavno sodišče pa je na podlagi določb o dostojanstvu (par. 1) in pogodbeni avtonomiji (par. 2) v povezavi z načelom socialne države odločilo, da mora močnejša pogodbeni stranka v primeru tako usodnih pogodbenih zavez šibkejšo stranko ustrezno in jasno opozoriti na vsa tveganja. Izostanek

poroštvenih pogodbah je porok potrošnik zgolj v primeru, da je tudi kreditojemalec potrošnik.<sup>47</sup>

Hondius poudarja, da golo dejstvo, da je posameznik s sklenitvijo pogodbe pridobil dobiček oziroma ustvaril dohodek, še ne pomeni, da pogodbe ni mogoče šteti za potrošniško pogodbo. Nakup delnic na organiziranem trgu vrednostnih papirjev (borzi), pri čemer posameznik ustvari dobiček, pomeni potrošniško pogodbo, če pri tem ne gre za profesionalno ali poklicno ukvarjanje z nakupom in prodajo vrednostnih papirjev ali če prodaja delnic ni neposredno povezana s posameznikovo poklicno dejavnostjo.<sup>48</sup> Iz pojasnil k DCFR izhaja, da avtorji priložnostno prodajo blaga, ki jo štejejo za potrošniško pogodbo, od poslovne dejavnosti ločijo *od primera do primera*, glede na pogostost in obseg teh transakcij. Če posameznik npr. občasno kupi knjigo in jo, potem ko jo prebere, proda na internetni dražbi, se še vedno šteje za potrošnika, če sta pogostost in obseg teh prodaj razmeroma majhna.<sup>49</sup> Spet po drugi strani je pri nakupu določenih dobrin povezava do pojma potrošnik že pojmovno nezdržljiva. Med takšne dobrine štejemo različne polizdelke in druge materiale, ki so očitno lahko namenjeni samo za poslovno dejavnost.<sup>50</sup>

Iz predstavljene sodne prakse jasno izhaja, da Sodišče EU zelo strogo presoja pojem poslovne in poklicne dejavnosti in da je potrošnik res zgolj oseba, ki sklepa pogodbe, očitno namenjene zadovoljevanju osebnih ali družinskih potreb.

Razlika med potrošnikom in (ne)potrošnikom oziroma profesionalcem v primeru fizičnih oseb torej ni odvisna od subjekta, ampak izključno od vrste posla, ki ga fizična oseba sklene.<sup>51</sup> Fizična oseba, ki je hkrati npr. samostojni podjetnik ali pa odvetnik, je lahko pri dveh poslih, ki ju lahko sklene v zelo kratkem časovnem obdobju, enkrat potrošnik in drugič profesionalec. Na primer pri ločenem nakupu dveh računalnikov je posameznik pri prvem nakupu lahko profesionalec, če bo računalnik uporabljal za službene namene, in pri drugem potrošnik, če je računalnik namenjen v zasebne in družinske namene.

Iz zgornjega odstavka je tako razvidno, da je namen sklenitve pogodbe pogosto osrednja opredelilna okoliščina, ali gre za potrošniško pogodbo. V pestrosti

---

takšnega obvestila namreč pomeni, da šibkejša pogodbeni stranka zaradi pomanjkanja informacij v resnici ne more svobodno odločiti o vstopu v pogodbeno zavezo, zato je v povezavi z načelom socialne države treba takšno pogodbeno zavezo razglasiti za nično. Glej Cherednychenko.

<sup>47</sup> Točka 22 sodbe *Dietzinger*.

<sup>48</sup> Hondius, str. 94.

<sup>49</sup> Von Bar in drugi, str. 139.

<sup>50</sup> Razni delovni stroji, surovine, poslovne vizitke itd.

<sup>51</sup> »[T]he distinction is therefore made not by reference to persons, but by transactions.« Schultze in drugi, str. 126. Glej tudi sodbo *Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl*, C-269/95, EU:C:1997:337, ali npr. sklepne predloge generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi *Johann Gruber proti Bay Wa AG*, C-464/01, EU:C:2004:529, točka 34.

življenjskih situacij si seveda ni težko predstavljati, da bi posameznik sklenil pogodbo o nakupu blaga ali storitev, pri čemer bi bil namen pogodbe deloma osebni in deloma poslovni. V potrošniškem pravu takšnim primerom rečemo pogodba z dvojnimi namenoma (tudi mešana pogodba). Pogodba z dvojnimi namenoma je torej tista, pri kateri je predmet pogodbe namenjen tako osebni kot poslovni oziroma poklicni rabi posameznika. Kot tipičen primer takšne pogodbe lahko uporabimo kar primer osebnega računalnika, ki ga posameznik uporablja tako za svojo osebno rabo kot tudi za delo. Podoben in v praksi zelo pogost primer je nakup osebnega vozila, ki je namenjen tako osebni kot službeni rabi. Pri takšnih pogodbah se postavi vprašanje, ali se posameznik šteje za potrošnika in gre zato za potrošniško pogodbo ali ne. Na načelni ravni lahko takšne primere rešimo na štiri načine: (a) pogodbe lahko vedno štejemo za nepotrošniške, (b) za potrošniške jih štejemo, če prevlada namen osebne rabe; (c) za potrošniške jih štejemo samo, če je poslovni namen marginalen; (d) vedno jih štejemo za potrošniške pogodbe. Pogodb z dvojnimi namenoma ni mogoče razdeliti na dva dela in en del pogodbe tolmačiti kot potrošniško pogodbo, drug del pa kot nepotrošniško pogodbo.<sup>52</sup>

V starejši zakonodaji, teoriji in tudi sodni praksi je bilo uveljavljeno enotno stališče, da pri mešanih pogodbah ne gre za potrošniške pogodbe. Že majhna povezava s poslovnim namenom je namreč pomenila, da posameznika ni bilo mogoče opredeliti kot potrošnika, da torej ni šlo za potrošniško pogodbo.<sup>53</sup>

Za odtenek širšo interpretacijo je postavilo Sodišče EU v zadevi *Gruber* iz leta 2005.<sup>54</sup> V odločitvi je zapisalo, da gre v primeru pogodb z dvojnimi namenoma za potrošniško pogodbo samo, če je del pogodbe, ki je namenjen za poslovno ali poklicno rabo, tako majhen, da je obrobni (marginalen).<sup>55</sup> Zgolj

<sup>52</sup> Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi *Johann Gruber proti Bay Wa AG*, C-464/01, EU:C:2004:529, točka 35.

<sup>53</sup> *Kingisepp in Värvi*, str. 50. Kot primer se tudi tukaj navaja zadeva *Dietzinger* in dejstvo, da je Sodišče odločilo, da se poroštvena pogodba, ki jo sklene potrošnik, ne šteje za potrošniško pogodbo, ker je bilo poroštvo dano za poslovni kredit.

<sup>54</sup> Sodba *Johann Gruber proti Bay Wa AG*, C-464/01, EU:C:2005:32. Avstrijski kmet je od nemškega podjetja kupil strešnike tako za gospodarsko poslopje kot za družinsko hišo. Pri tem je kupil 40 odstotkov strešnikov za gospodarsko poslopje in 60 odstotkov strešnikov za družinsko hišo. Med strankama je nastal spor in avstrijski kmet je želel pristojnost svojega nacionalnega sodišča na podlagi Uredbe Bruselj I.

<sup>55</sup> »[T]he link between the purpose of a transaction and the trade or profession is so slight as to be marginal.« Avtorji pri tem poudarjajo, da je šlo za odločitev v sklopu uporabe Bruseljske konvencije, torej za uporabo procesnega prava. Ker je pri procesnem pravu pravna varnost še posebej pomembna, bi po mnenju avtorjev odločitev pri uporabi materialnega prava lahko bila bolj odprta. Tako Ebers, str. 727, Loss, str. 9, ali Tertnik, str. 916. Generalni pravobranilec Jacobs v svojih sklepnih predlogih v zadevi *Gruber* v točki 27 pojasni, da je Sodišče EU pojem potrošnika iz Konvencije (Uredbe) Bruselj I razlagalo restriktivno predvsem zato, ker pomeni posebno varstvo potrošnika po Konvenciji (Uredbi) izrecno izjemo od člena 2 Konvencije (Uredbe), ki določa avtonomijo strank pri izbiri

rahla povezava<sup>56</sup> s poslovno dejavnostjo torej še ne preprečuje, da bi posameznika lahko obravnavali kot potrošnika. Sodišče je menilo, da pogodbe ni mogoče šteti za potrošniško, ker je 40 odstotkov strešnikov namenjenih za poslovno rabo. Po mnenju Sodišča torej ni dovolj, da je osebni oziroma družinski namen dominanten oziroma primaren, ampak mora prevladati tako močno, da je poslovni del zanemarljiv (marginalen).<sup>57</sup>

Sodišče je v zadevi *Gruber* oblikovalo tristopenjski test, ki naj nacionalnim sodiščem pomaga pri razmejitvi, ali je poslovni oziroma poklicni namen pogodbe zgolj zanemarljiv. Test hkrati posega tudi v vprašanje objektivno-subjektivnega koncepta varstva potrošnikov.<sup>58</sup> V prvem koraku mora sodišče upoštevati ne le vsebino, naravo in pomen pogodbe, temveč tudi objektivne okoliščine, ki so spremljale njeno sklenitev. V drugem koraku je treba odgovoriti na vprašanje, ali bi se morala druga pogodbená stranka domnevnega potrošnika seznaniti z namenom posla, zaradi katerega je bila sklenjena pogodba, in s pogoji, v katerih je bila sklenjena. Če lahko sodišče na podlagi zadostnih elementov sklepa, da pogodba zadovoljuje potrebe, ki se na način, ki ni zanemarljiv, nanašajo na poklicno ali pridobitno dejavnost zadevne osebe, pogodba ni potrošniška. V tem primeru tudi ni treba raziskovati, ali bi druga pogodbená stranka lahko vedela, da je namen predmete uporabiti v poklicni ali pridobitni namen ali ne. V tretjem koraku, ki ga uporabimo zgolj, če je poklicni oziroma poslovni namen zanemarljiv, mora sodišče še preveriti, ali je mogoče, da druga pogodbená stranka upravičeno ni vedela, da namen posla ni poklicna ali pridobitna dejavnost.

Avtorji DCFR so se zavzemali za bistveno širše varstvo potrošnikov pri pogodbah z dvojnim namenom. V DCFR iz leta 2003 so zavzeli stališče, da naj gre pri pogodbah z dvojnim namenom za potrošniško pogodbo, če je pogodba prvenstveno (*primarily*) namenjena osebni rabi. V skladu s pojasnili DCFR bi Sodišče EU ob uporabi DCFR zadevo *Gruber* moralo rešiti tako, da bi se gospod Gruber štel za potrošnika, saj je bilo 60 odstotkov strešnikov namenjenih za osebno rabo.<sup>59</sup>

---

pristojnega sodišča. Dodaten razlog za restriktivno razumevanje pojma potrošnik izhaja tudi iz dejstva, da je Konvencija (Uredba) izrecno nenaklonjena priznavanju pristojnosti sodišč v državi tožnikovega stalnega prebivališča.

<sup>56</sup> Izvirni izraz je *slight connection*.

<sup>57</sup> Generalni pravobranilec Jacobs se je zavzemal za širšo definicijo, saj je predlagal, da bi se pogodba lahko štela za potrošniško, če nima znatnega poklicnega ali pridobitnega namena (točka 48 njegovih sklepnih predlogov v zadevi *Gruber*). Predlagal je torej kriterij prevladujočega namena, ki je bistveno širši od kriterija dominantnosti, ki ga je postavilo Sodišče EU.

<sup>58</sup> Gambaro in Landi, str. 1367. Avtorja sta »test« oblikovala na podlagi točk 46 do 51 sodbe v zadevi *Gruber*. Več o objektivno-subjektivnem konceptu v naslednjem podpoglavju.

<sup>59</sup> Von Bar in drugi, str. 139. Glej tudi Loos, str. 8.

Od zelo restriktivne obravnave pogodb z dvojnimi namenoma je odstopila tudi Direktiva 2011/83 EU o potrošniških pravicah (2011). Iz točke 17 namreč izhaja, da se v primeru pogodb z dvojnimi namenoma šteje, da je oseba potrošnik (že), če je namen trgovske dejavnosti tako omejen, da ne prevladuje v celotnem kontekstu pogodbe.<sup>60</sup> Oseba se torej šteje za potrošnika, če v pogodbenem namenu prevladuje osebna uporaba. Ne zahteva se več, da je poslovni namen zanemarljiv.

Države članice imajo do vprašanja pogodb z dvojnimi namenoma različni odnosi. Avstrijska in belgijska zakonodaja sta restriktivni in potrošniško varstvo dovoljujeta zgolj, kadar gre za izključno zasebne namene. Danska, Finska, Švedska in glede na sodno prakso tudi Nemčija<sup>61</sup> pogodbe z dvojnimi namenoma štejejo za potrošniške pogodbe, če potrošniški namen prevlada. V italijanskem pravu ni povsem jasno, ali je dovolj, da zasebni namen prevlada, ali pa mora biti poslovni zgolj zanemarljiv. V preostalih enaindvajsetih državah članicah o usodi pogodb z dvojnimi namenoma ni izrecnega pravila, prav tako ni ustaljene sodne prakse.<sup>62</sup>

Slovenska zakonodaja in sodna praksa se do pogodb z dvojnimi namenoma še nista izrecno opredelili. Zveza potrošnikov Slovenije in Mednarodni inštitut za potrošniške raziskave sta leta 2008 predlagala, da se v ZVPot izrecno vnese definicija mešane pogodbe in da se v skladu z Direktivo 2011/83/EU o potrošniških pravicah pri pogodbah z dvojnimi namenoma oseba šteje za potrošnika, kadar je namen trgovske dejavnosti tako omejen, da ne prevladuje v celotnem kontekstu pogodbe.<sup>63</sup>

### 3.3. Objektivna in subjektivna presoja

V zvezi s presojo vprašanja, ali je določena pogodba potrošniška, se kot pomembno lahko postavi tudi vprašanje, ali je za opredelitev pogodbe kot potrošniške lahko pomembna tudi interpretacija ravnanj domnevnega potrošnika s strani njegovega pogodbenega partnerja. V praksi prihaja do primerov, ko posa-

<sup>60</sup> »... in the case of dual purpose contracts, where the contract is concluded for purposes partly within and partly outside the person's trade and the trade purpose is so limited as not to be predominant in the overall context of the contract, that person should also be considered as a consumer.«

<sup>61</sup> Urteil, 7 U 193/06. Nemški odvetnik je pri prodajalcu avtomobilov kupil rabljen avto. Zaradi nekaterih stvarnih napak je prišlo do spora, ali so bile stvarne napake pravočasno grajane. Če bi bil odvetnik potrošnik, bi bilo njegovo grajanje pravočasno, sicer ne. Prodajalec avtomobilov je ugovarjal, da je odvetnik avto kupoval kot odvetnik, torej zaradi poslovnih oz. poklicnih namenov, in ne kot potrošnik. Sodišče je pri reševanju spora zelo natančno raziskovalo, za kakšne namene je odvetnik uporabljal avto, in je s pomočjo prič in računovodskih izkazov odločilo, da je odvetnik avto prevladujoče (*überwiegend*) uporabljal za zasebne namene. Sodišče je nadalje postavilo standard, da gre za potrošniško pogodbo, če poslovni namen ne prevlada (*überwiegt*) nad osebnim namenoma.

<sup>62</sup> Ebers, str. 728. Glej tudi Kingisepp in Värvi, str. 50.

<sup>63</sup> Zveza potrošnikov Slovenije, str. 2.

mezniki sklepajo posle, za katere njihove pogodbene stranke upravičeno mislijo, da jih sklepajo za določen bodisi poslovni bodisi neposlovni namen.<sup>64</sup>

Sodna praksa Sodišča EU izhaja pri tem vprašanju iz primera Gruber, ki smo ga že predstavili. Poleg vprašanja razmejitve pogodb z dvojnim namenom je bilo v tem sporu postavljeno tudi vprašanje, kako na opredelitev, ali je pogodba potrošniška ali ne, vpliva dejstvo, da gospod Gruber prodajalcu ni povedal, ali se zgradba, ki jo želi prekriti, uporablja v zasebne ali poslovne namene.<sup>65</sup> Sodišče EU je odgovorilo, da če druga pogodbeni stranka upravičeno ne bi vedela, da namen posla ni poklicna ali pridobitna dejavnost, ker bi domnevni potrošnik s svojim vedenjem dejansko dal vtis, da deluje v poklicne ali pridobitne namene,<sup>66</sup> se posebna pravila o potrošniškem varstvu ne bi mogla uporabiti, saj bi se štel, da se je posameznik, upoštevajoč vtis, ki ga je naredil na drugo dobroverno pogodbeno stranko, odrekel potrošniškemu varstvu.

Sodišče torej ni reklo, da takšen posameznik ni več potrošnik, ampak zgolj, da v takšnih primerih ni mogoče uporabiti posebnega potrošniškega varstva. Enako je bilo tudi mnenje teorije. Kingisepp in Värvi menita, da bi sicer morala prevladati objektivna teorija, kar pomeni, da se oseba šteje za potrošnika, če izpolnjuje objektivne kriterije. Oseba pa se izjemoma, kljub izpolnjevanju objektivnih pogojev, ne šteje za potrošnika, če je zavestno ustvarila vtis, da ni potrošnik. Do takšnega stališča pridemo na podlagi splošnega načela pogodbenega prava vestnosti in poštenja, oziroma natančneje, njegovega podnačela *venire contra factum proprium*. Argumentacija dodatno temelji na stališču, da ima tudi druga stran pravico vedeti, s kom ima opraviti in v kakšno pogodbeno razmerje vstopa.

Zelo sorodno stališče do vprašanja objektivne koncepcije so zavzeli tudi avtorji DCFR, ki so poudarili, da bi bilo zagotavljanje potrošniškega varstva stranki, ki vedoma pri nasprotni stranki povzroči vtis, da gre za poslovni oziroma poklicni namen, v nasprotju z vestnostjo in poštenjem.<sup>67</sup>

Pri tem poudarjam, da je to stališče sicer povsem logično v primerih, ko gre za vprašanje pristojnosti sodišča in onemogočanja posamezniku, da bi s prika-

<sup>64</sup> Tertnik, str. 915.

<sup>65</sup> Generalni pravobranilec Jacobs je menil (točka 51): »... če je potrošnik navzven dajal vtis, da nastopa v okviru svoje poklicne oz. pridobitne – na primer z odgovarjanjem na papirju s pisemsko glavo podjetja, prejemanjem dostavljenega blaga na naslov svojega podjetja ali omembo možnosti povračila DDV – in njegov dobroverni dobavitelj ne pozna razlogov, zaradi katerih bi lahko sklepal, da ni tako, je mogoče upravičeno šteti, da se je potrošnik odpovedal pravici do takšnega varstva.«

<sup>66</sup> Točka 52 sodbe v zadevi Gruber: »Takšen primer bi bil, na primer, kadar posameznik brez pojasnil naroči predmete, ki bi dejansko lahko bili namenjeni opravljanju njegove poklicne ali pridobitne dejavnosti, uporabi v ta namen poslovni pisemski papir z glavo, prejme dobavo na naslovu poklicne ali pridobitne dejavnosti ali omeni možnost povračila davka na dodano vrednost.«

<sup>67</sup> Von Bar in drugi, str. 140.

zovanjem, da gre za poslovni namen, sklenil pogodbo s sopogodbениkom in v primeru spora potem spor prenesel v svojo lastno državo (državo stalnega prebivališča potrošnika). Vprašanje pa je po mojem mnenju bistveno bolj zapleteno v primeru materialnega prava, saj takšno stališče odstopa od sistema kogentnih pravil potrošniškega prava, po katerem se potrošnik svojim pravicam iz naslova potrošništva s pogodbo ne more odpovedati. Na to opozarjajo tudi avtorji DCFR.<sup>68</sup>

Sodne prakse Sodišče EU za primere uporabe materialnega prava ni. Zato je zelo koristna sodba nemškega višjega sodišča,<sup>69</sup> ki je odločalo o vprašanju stvarne napake. Odločilo je, da kadar posameznik, ki je samostojni podjetnik ali nosilec druge samostojne dejavnosti (v konkretnem primeru odvetnik), sklepa pogodbo (nakup avtomobila), namen katere je lahko tako osebna kot poslovna raba, pri čemer nobeden od namenov ne prevladata (*sich die private und gewerbliche Nutzung der Kaufsache sich in etwa die Waage halten*), je za odločitev o tem, ali gre za potrošniško pogodbo ali ne, ključno vprašanje, kako (v kakšni vlogi), ob upoštevanju življenjske in poslovne situacije, je posameznik nastopil proti sopogodbениku in kako je ta, ob uporabi objektivnih kriterijev in okoliščin posameznega primera, lahko razumel sklenjeni posel.<sup>70</sup> Sodišče sklene, da je njegova odločitev izrazito bolj v korist potrošnikov, kot bi bila, če bi uporabljalo zgolj določbe evropskih direktiv.

Kot zanimivost naj predstavim še rešitev iz norveške zakonodaje, čeprav Norveška ni država članica EU. Pri opredelitvi potrošnika je namreč dostavek, da posameznik ni potrošnik, če prodajalec ni vedel niti ni mogel vedeti, da so dobrine kupljene ali storitev prejeta za osebno rabo, rabo prodajalčevega gospodinjstva, družine ali znancev.<sup>71</sup>

#### 4. Pojem potrošnika v slovenski zakonodaji in sodni praksi

Slovenski pravni sistem spada v skupino tistih pravnih sistemov, ki po francoskem vzoru potrošniško pravo oblikujejo kot posebno pravno podvejo, v ločenih zakonih. V Sloveniji kljub temu nimamo enotnega potrošniškega zakona, ampak potrošniško zakonodajo bolj ali manj sprejemamo kot neposredno povzemanje evropskih direktiv. Zato tudi nimamo zgolj ene opredelitve potrošnika, ampak je ta podana v vsakem potrošniškem zakonu. Definicije potrošnika v slovenski

<sup>68</sup> Prav tam, str. 139.

<sup>69</sup> Urteil, 7 U 193/06.

<sup>70</sup> »Entscheidend ist also letztlich, wie der Käufer gegenüber seinem Vertragspartner auftritt und wie dieses Auftreten vor dem Hintergrund der tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere der Lebens und Berufssituation des Käufers, vom Verkäufer unter Anlegung eines objektivierten Maßstabs verstanden werden kann.«

<sup>71</sup> Hartkamp in drugi, str. 144.



potrošniški zakonodaji so enotne in dosledno povzemajo evropsko zakonodajo: »potrošnik je fizična oseba, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve za namene izven njegove poklicne ali pridobitne dejavnosti«;<sup>72</sup> »potrošnik je fizična oseba, ki deluje za namene izven svoje poklicne ali pridobitne dejavnosti«;<sup>73</sup> »potrošnik je fizična oseba, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve za namene, ki niso povezani z njeno poklicno ali pridobitno dejavnostjo«.<sup>74</sup>

Na tem mestu naj znova opozorim na deloma zavajajočo oziroma preozko definicijo potrošnika v primerih pogodb o turističnih aranžmajih. Pogodba o turističnih aranžmajih je namreč urejena v Zakonu o varstvu potrošnikov. Ker zakon pri definiranju pojmov uporablja ozko definicijo potrošnika, je po mojem mnenju pri uporabi šestega poglavja Zakona o varstvu potrošnikov (Pogodbe o turističnih aranžmajih) treba upoštevati, da je treba definicijo potrošnika razumeti širše, torej tako, kot jo razume Direktiva o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih (90/314/ES), in ne ožje, kot jo definira zakon.

Prav tako je smiselno opozoriti, da je nepotrebno, da bi pogodbe o hipotekarnih kreditih s samostojnimi podjetniki in drugimi nosilci samostojne dejavnosti (npr. odvetniki) sklepali v obliki notarskega zapisa, če je namen kredita financiranje poslovne dejavnosti. V obliki notarskega zapisa mora namreč biti sklenjena zgolj potrošniška hipotekarna kreditna pogodba. Iz splošne definicije potrošnika pa izhaja, da je potrošnik zgolj oseba, ki najema kredit zunaj svoje poslovne oziroma poklicne dejavnosti. Samostojni podjetnik oziroma nosilec samostojne dejavnosti v teh primerih torej ni potrošnik in zato za sklenitev hipotekarne kreditne pogodbe ni potreben notarski zapis. Kot izhaja iz sodne prakse Sodišča EU v zadevi *Dietzinger*, posameznik, ki je sicer potrošnik, a zastavlja nepremičnino za poslovni kredit, ni potrošnik in se zanj ne uporablja potrošniško pravo. To pomeni, da tudi fizične osebe (potrošniki), ki zastavijo nepremičnino za poslovni hipotekarni kredit, niso potrošniki in zanje ne veljajo določbe šestega odstavka 10. člena ZPotK-1.

Zato je še nekoliko bolj zanimiva in predvsem nejasna določba drugega stavka šestega odstavka 10. člena ZPotK-1, da mora biti pri sklenitvi notarskega zapisa osebno navzoč lastnik nepremičnine, na kateri se ustanavlja hipoteka ali zemljiški dolg, če je lastnik nepremičnine potrošnik.<sup>75</sup> Zakonodajalec je v pojasnilih k noveli ZPotK-1 zapisal, da se s to določbo zahteva obvezna navzočnost potrošnika pri ustanavljanju hipoteke na njegovi nepremičnini, torej tudi v primerih, ko

<sup>72</sup> Zakon o varstvu potrošnikov (Uradni list RS, št. 98/2004 – UPB, 114/2006 – ZUE, 126/2007, 86/2009, 78/2011, 38/2014 in 19/2015, v nadaljevanju ZVPot).

<sup>73</sup> Zakon o potrošniških kreditih (Uradni list RS, št. 59/2010, 77/2011 in 30/2013, v nadaljevanju ZPotK-1).

<sup>74</sup> Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (Uradni list RS, št. 53/2007).

<sup>75</sup> Šesti odstavek 10. člena ZPotK-1. Enako je določal tudi prvi odstavek 7.a člena ZPotK.



zastavlja svojo nepremičnino za kredit, ki ga najame podjetje.<sup>76</sup> Zakonodajalčevo pojasnilo oziroma njegov namen, da zaščiti potrošnika, po mojem mnenju ne ustreza zapisu v zakonskem členu. Zakon namreč zahteva osebno navzočnost potrošnika samo takrat, kadar se ustanavlja na njegovi nepremičnini hipoteka za potrošniško hipotekarno kreditno pogodbo. Po mojem mnenju zato ne drži, da ZPotK-1 v primeru poslovnega hipotekarnega kredita, ko je zastavitelj sicer potrošnik, zahteva obvezno navzočnost potrošnika pri ustanavljanju hipoteke na njegovi nepremičnini. Navedeno utemeljujem tako z dejstvom, da v takšnem primeru fizična oseba sploh ni več potrošnik (glej *Dietzinger*), kot tudi z dejstvom, da v takem primeru že v osnovi sploh ne gre za potrošniško kreditno pogodbo in je torej navedeni zakon sploh ne ureja. Če bi zakonodajalec želel vzpostaviti dodatno varstvo potrošnikov, ki zastavijo svoje nepremičnine za poslovne hipotekarne kredite, bi moral to zapisati bistveno drugače.

Sodne prakse, povezane s spori o opredelitvi posameznika kot potrošnika, je zelo malo oziroma je tako rekoč nisem našel. Vrhovno sodišče RS je v sodbi II Ips 203/2007 odločilo, da pojem opravljanje dejavnosti že sam po sebi vsebuje elemente trajnosti. Enkratni posel (projekt) ne pomeni opravljanja dejavnosti, pa čeprav je pri tem šlo za sklenitev več samostojnih pogodb z različnimi osebami.<sup>77</sup> V sodbi in sklepu II Ips 258/2012 je Vrhovno sodišče RS odločilo, da se morajo tudi javni skladi v razmerjih s potrošniki podrediti pravu varstva potrošnikov in ne smejo uporabljati (nepoštenih) poslovnih praks, ki jih ZVPot preganja. Tako se npr. tudi Stanovanjski sklad RS pri sklepanju prodajnih pogodb za nepremičnine šteje za »podjetje«, kar pomeni, da se uporabljajo določbe Zakona o varstvu potrošnikov (glej VSL sodba II Cp 3504/2010).

## 5. Sklep

Pojem potrošnika v pravu EU je ob upoštevanju bogate sodne prakse razmeroma jasen in predvidljiv. Potrošnik je fizična oseba, ki sklene posel zunaj svoje poslovne, trgovske, obrtne ali poklicne dejavnosti. V vsakem primeru je lahko zgolj fizična oseba.

Kljub temu ostajajo v trenutnem pozitivnem pravu odprta vprašanja, predvsem v povezavi s pogodbami z dvojnimi namenoma, saj je sodna praksa iz časa

<sup>76</sup> Pravilno sicer gospodarska družba. Glej Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o potrošniških kreditih (ZPotK-1), št. 007-73/2011-11, z dne 24. 5. 2011, str. 16.

<sup>77</sup> Toženec je podedoval zemljišče, na katerem je z gradbenim dovoljenjem za nadomestno gradnjo postavil niz petih vrstnih hiš in poslovni prizidek. Toženec se ne prej ne potem ni ukvarjal z gradbenimi projekti.

pred sprejetjem Direktive 2011/83/EU o potrošniških pravicah, ki zagovarja širši koncept.

Povsem drugo vprašanje je usoda popolne harmonizacije potrošniškega prava med državami članicami. Razlike v opredelitvi pojma so še vedno zelo velike in tudi v praktičnem pogledu zelo pomembne. Resnost teh razlik in težavnost pri popolni harmonizaciji je jasna tudi iz besedil novih potrošniških direktiv, ki kljub načelu popolne harmonizacije še vedno dovoljujejo pojmovne odmike oziroma širitve pojma potrošnik.

Države članice se pri opredelitvi pojma potrošnik še vedno sklicujejo na svojo pravico, da samostojno urejajo pogodbeno pravo in da lahko varstvo, ki ga EU zagotavlja potrošnikom, razširijo tudi na druge skupine, pri čemer gre po njihovem mnenju »zgolj za nomotehnično vprašanje«, ali te subjekte pojmujejo s pojmom potrošnik ali ne. Menim, da je Mohrova argumentacija, ki opozarja, da širjenje pojma potrošnik v nacionalni zakonodaji lahko pripelje do ožje opredelitve trgovca, kar posledično pomeni zmanjšanje obsega varstva potrošnikov, pravilna. Potrošniška pogodba je namreč zgolj pogodba, ki jo skleneta potrošnik in trgovec. Če je neka fizična oseba, ki bi morala biti po pravu EU definirana kot trgovec, v nacionalnem pravu definirana kot potrošnik, se pogodbeno razmerje razume kot klasično civilno razmerje, ne kot potrošniško, in je potrošnik prikrajšan za morebitno posebno varstvo. Čeprav bi širše pojmovanje pojma potrošnik lahko bilo ekonomsko, pravnopolitično ali kako drugače smiselno in pravilno, bi lahko bila širša opredelitev tega pojma v nacionalnem pravu, ki nima podlage v direktivah, v neskladju s pravom EU.<sup>78</sup>

## Literatura in viri

- BELOHLAVEK, Alexander J., *Rome convention, Rome I Regulation: Commentary: new EU conflict-of-laws rules for contractual obligations*. New York: Juris, 2010.
- CHEREDNYCHENKO, Olha, The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?. *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004, letn. 8, št. 1, str. 1–17.
- DREHER Meinrad, Der Verbraucher — Das Phantom in den Opera des europäischen und deutschen Rechts?. *Juristen Zeitung*, 1997, letn. 52, št. 4, str. 167–178.
- EBERS, Martin, The notion of »consumer«. V: Schulte-Nölke, Hans, Twigg-Flesner, Christian, in Ebers, Martin, *EC Consumer Law Compendium, The consumer Acquis and its transposition in the Member States*. Munich: Sellier, European Law Publishers, 2008, str. 453–496.

<sup>78</sup> Mohr, str. 673.

- European Commission, DG Justice. DG Justice Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, 2014, [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf) (22. 6. 2015).
- European Commission. Commission Staff Working Paper, Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, 2007, <http://www.fenca.org/files/download/0186aa2857088e2> (22. 6. 2015).
- European Commission, Green Paper on the Review of the Consumer Acquis. COM (2006) 744 Final, 2007.
- GAMBARO, Edoardo, LANDI, Niccolò, Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. *European Business Law Review*, 2006, letn. 17, št. 5, str. 1355–1371.
- HARTKAMP, Arthur S., HESSELINK, Martijn, HONDIUS, Ewoud, CHANTAL, Mark, in DU PERRON, Edgar, *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2011.
- HESSELINK, Martijn W., *Towards a sharp distinction between B2B and B2C? On consumer, commercial and general contract law after the consumer rights directive*. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, No. 2009/06, <http://ssrn.com/abstract=1416126> (22. 6. 2015).
- HONDIUS, Ewoud, The Notion of Consumer: European Union versus Member States. *Sydney Law Journal*, 2006, letn. 28, str. 89–98.
- HOWELLS, Geraint, SCHULZE, Reiner (ur.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*. Munich, Sellier, European Law Publishers, 2009.
- JUHART, Miha, Erozijska obilježja prava. *Podjetje in delo*, 2008, let. 34, št. 6-7, str. 1253–1269.
- KINGISEPP, Margus, VÄRV, Age, The notion of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive – a Significant Change of Paradigm?. *Juridica International*, 2011, letn. XVII, str. 44–53.
- KNEZ, Rajko, TRSTENJAK, Verica, MOŽINA, Damjan, *Evropsko pravo varstva potrošnikov = European consumer protection law: direktive ES/EU z uvodnimi pojasnili*. Ljubljana: GV Založba, 2005.
- LOOS, Marco B. M., *Review of the European consumer acquis*. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, No. 2008/03, <http://ssrn.com/abstract=1123850> (25. 6. 2015).

- MOHR, Jochen, Der Begriff des Verbrauchers und seine Auswirkungen auf das neugeschaffene Kaufrecht und das Arbeitsrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 2004, letn. 204, št. 5, str. 660–696.
- PFEIFFER, Thomas, Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht. V: Schulte-Nölke, Hans in Schulze, Rainer (Hrsgg.): *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*. Nomos, Baden-Baden, 1999, str. 21–43.
- REICH, Norbert, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1974, letn. 7, št. 8, str. 187–194.
- SCHÜLLER, Bastian, The Definition of consumers in EU consumer Law. V: Deveney, James, Kenny, Mel (ur.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2012, str. 123–142.
- SCHULTZE, Reiner, SCHULTE-NÖLKE, Hans, JONES, Jackie, *A Casebook on European Consumer Law*. Oxford, Hart Publishing, 2002.
- STUYCK, Jules, European Consumer Law after The Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?. *Common Market Law Review*, 2000, letn. 37, str. 367–400.
- TERTNIK, Simon, Kdo je potrošnik. *Podjetje in delo*, 2012, letn. 38, št. 5, str. 910–922.
- VON BAR, Christian, CLIVE, Eric, SCHULTE-NÖLKE, Han, BEALE, Hugh, HERRE, Johnny, HUET, Jérôme, STORME, Matthias, SWANN, Stephen, VARUL, Paul, VENEZIANO, Anna, ZOLL, Fryderyk, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008, [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf) (23. 7. 2015).
- WEATHERILL, Stephen, *EU consumer law and policy*, 2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham (UK); Northampton (MA): E. Elgar, 2013.
- Zveza potrošnikov Slovenije in Mednarodni inštitut za potrošniške raziskave. Predlogi za spremembe Zakona o varstvu potrošnikov, [http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/varstvo\\_potrosnikov\\_in\\_konkurence/Predlogi\\_ZVPot-1/Predlogi\\_ZPS\\_MIPOR.pdf](http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/varstvo_potrosnikov_in_konkurence/Predlogi_ZVPot-1/Predlogi_ZPS_MIPOR.pdf) (22. 6. 2015).

# Varstvo majhnih in srednje velikih podjetij v okviru potrošniškega prava

Mojca Ilešič

## 1. Uvod

Mnenja o tem, kako daljnosežno naj bo varstvo potrošnikov, se tu in tam razhajajo, nobenega dvoma pa ni o tem, da potrošniki varstvo potrebujejo.<sup>1</sup> To je posledica neravnovesja moči med proizvajalci, trgovci in drugimi ponudniki na trgu na eni strani in potrošniki na drugi. Neravnovesje izhaja predvsem iz neenakomerne razporejenosti (asimetrije) informacij,<sup>2</sup> saj praviloma le ponudniki razpolagajo z vsemi informacijami o določenem proizvodu ali storitvi in tržnih razmerah, medtem ko te informacije potrošnikom ostanejo neznane, čeprav bi jih potrebovali, da bi lahko pri nastopanju na trgu sprejemali informirane odločitve. Po teoriji ekonomske analize prava gre pri tem za napako trga, ki upravičuje poseg zakonodajalca v pogodbeno razmerja z zakonsko predpisanim varstvom šibkejše kategorije deležnikov na trgu – potrošnikov.<sup>3</sup>

Ta razlog vsekakor utemeljuje varstvo potrošnikov, postavlja pa se vprašanje, ali takšen *ratio* ne ponuja temelja tudi za varstvo nekaterih drugih udeležencev na trgu, ki sicer ne ustrezajo pojmu potrošnika, vendar pa prav tako trpijo asimetrijo informacij in imajo položaj šibkejše stranke v vsakdanjih pravnih razmerjih na trgu. Če namreč potrošnikom nudimo varstvo zaradi določenih njihovih lastnosti, kot so neinformiranost ali laičnost, ali ne bi morali biti do varstva upravičeni tudi tisti, ki imajo enake lastnosti, a ne ustrezajo definiciji potrošnika?

V takšnem položaju se lahko znajdejo recimo majhna podjetja v razmerju do velikih multinacionalnih podjetij ali koncernov pri nakupu proizvodov ali storitev, ki ne sodijo v sfero njihove dejavnosti. Glede proizvodov ali storitev, ki so del njihove registrirane dejavnosti, je namreč mogoče domnevati, da se tudi majhno ali mikro podjetje na značilnosti predmeta pogodbe dovolj spozna (ali bi se vsaj moralo spoznati), da ne pride do asimetrije informacij med pogodbenima strankama. Kot primer si lahko zamislimo majhno podjetje s 5 zaposlenimi, ki

---

<sup>1</sup> Načelno potrebo po varstvu potrošnikov utemeljujejo tudi Smernice varstva potrošnikov, ki jih je leta 1986 sprejela Organizacija združenih narodov.

<sup>2</sup> Cepec, str. 64 in nasl.

<sup>3</sup> Prav tam. O neenakopravnosti položajev v pogodbenih razmerjih glej tudi Ilešič, str. 925.

opravlja dejavnost oglaševalskih storitev. Pri svojem delovanju mora skleniti celo vrsto pogodb, ki z dejavnostjo oglaševanja niso povezane. Tako mora npr. skleniti pogodbo o najemu poslovnega prostora, skleniti naročnino za službeni telefon in kupiti opremo za poslovni prostor. Majhno podjetje bo pri sklepanju teh pogodb bržkone v enakem položaju kot potrošnik z vidika razporejenosti informacij, morebitni nepošteni pogoji v splošnih pogojih ponudnika telefonske naročnine pa bodo lahko za majhno podjetje vsaj tako škodljivi kot za potrošnika.

Drugače od potrošnika pa se majhno podjetje, vsaj v slovenskem pravnem redu, ne bo moglo sklicevati na pravila o nepoštenih splošnih pogojih Zakona o varstvu potrošnikov (ZVPot),<sup>4</sup> temveč bo pravico lahko iskalo le v okviru splošnih določb Obligacijskega zakonika (OZ).<sup>5</sup> To je vsekakor manj ugodno, saj OZ ne določa meril za nepoštene pogoje, prav tako pa ne vsebuje t. i. *črne liste* splošnih pogojev, ki so v vseh okoliščinah nepošteni, zaradi česar je dokazovanje nepoštenosti pogoja po pravilih OZ težje v primerjavi z dokazovanjem nepoštenosti po ZVPot.

Omeniti je treba tudi to, da OZ določena pravna vprašanja ureja drugače, kadar gre za gospodarske pogodbe, ki jih v drugem odstavku 13. člena opredeljuje kot pogodbe, ki jih sklepajo med seboj gospodarski subjekti (B2B).<sup>6</sup> Pri tem ni pomembno, ali gre za pogodbo, ki jo gospodarski subjekti sklepajo v okviru opravljanja dejavnosti, ki je predmet njihovega poslovanja oziroma so v zvezi s takimi dejavnostmi.<sup>7</sup>

Posebna pravila za gospodarske pogodbe, kot recimo obveznost plačila obresti, tudi če niso bile dogovorjene,<sup>8</sup> ali pa krajši rok za notificiranje napak prodane stvari,<sup>9</sup> so strožja do pogodbenih strank, in sicer zato, ker naj bi profesionalna oseba sama nosila posledice poslovnega tveganja, ki je hkrati tudi ekonomska premo sorazmerna kategorija pričakovanemu dobičku.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Uradni list RS, št. 98/2004 – UPB, 114/2006 – ZUE, 126/2007, 86/2009, 78/2011, 38/2014 in 19/2015.

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 97/2007 – UPB.

<sup>6</sup> Po tretjem odstavku 13. člena OZ se za gospodarske subjekte štejejo gospodarske družbe in druge pravne osebe, ki opravljajo pridobitno dejavnost, ter samostojni podjetniki posamezniki. Poleg tega pa h gospodarskim subjektom štejemo tudi druge pravne osebe, kadar se občasno ali ob svoji pretežni dejavnosti ukvarjajo tudi s pridobitno dejavnostjo, če gre za pogodbe, ki so v zvezi s tako pridobitno dejavnostjo. Med potrošniškimi, gospodarskimi in civilnimi pogodbami razlikujejo tudi nekateri drugi pravni sistemi, glej npr. člen 110-1 francoskega *Code de commerce* in § 1 nemškega *Handelsgesetzbuch*.

<sup>7</sup> Prim. 25. člen Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR), Uradni list SFRJ, št. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odl. US, 57/1989, Uradni list RS, št. 88/1999 – ZRTVS-B, 83/2001 – OZ, 30/2002 – ZPlaP in 87/2002 – SPZ.

<sup>8</sup> Člen 570 OZ.

<sup>9</sup> Člen 461 in 462 OZ.

<sup>10</sup> Plavšak v: Juhart in drugi, str. 148.

Pravna usoda oglaševalskega podjetja, ki nam služi kot primer, bo torej ne le, da ne bo deležno potrošniškega varstva kljub izrazitemu položaju šibkejše stranke, temveč bodo sklenjene pogodbe največkrat podvržene posebnemu, strožjemu pravnemu režimu, ki velja za gospodarske pogodbe.

Zaradi njihovega posebnega položaja in ranljivosti v razmerju z večjimi podjetji se postavi vprašanje, ali ne bi morala biti tudi majhna (in srednja) podjetja v določenih primerih deležna potrošniškega varstva, kot ga uživajo potrošniki prav zaradi svoje ranljivosti in položaja šibkejše stranke.

V nadaljevanju bo prispevek opredelil pojem majhnih in srednje velikih podjetij, nato pa definiral krog upravičencev potrošniškega varstva na ravni Evropske unije in v nekaterih državah članicah. Ponudil bo pregled obstoječega varstva majhnih in srednje velikih podjetij ter utemeljitev njihovega posebnega položaja z namenom odgovoriti na vprašanje, ali in na kakšen način naj bodo v okviru potrošniškega prava majhna in srednje velika podjetja varovana v Sloveniji.

## 2. Definicija majhnih in srednje velikih podjetij

Če govorimo o varstvu majhnih in srednje velikih podjetij (MSP), je treba na začetku opredeliti pojem MSP, da bi vedeli, katera podjetja bi bila potencialno upravičena do varstva.

Na ravni EU so majhna in srednje velika podjetja opredeljena v Priporočilu Komisije 2003/361/EU o opredelitvi mikro, malih in srednjih podjetij,<sup>11</sup> ki MSP opredeljuje kot podjetja z manj kot 250 zaposlenimi ter letnim prometom, ki ne presega 50 milijonov evrov, in/ali letno bilančno vsoto, ki ne presega 43 milijonov evrov.<sup>12</sup> Razvršča jih v tri kategorije.

Podjetje	Število zaposlenih	Čisti prihodek in/ali	bilančna vsota
Mikro	< 10	< 2 milijona EUR	< 2 milijona EUR
Majhno	< 50	< 10 milijonov EUR	< 10 milijonov EUR
Srednje veliko	< 250	< 50 milijonov EUR	< 43 milijonov EUR

<sup>11</sup> Priporočilo Komisije 2003/361/ES z dne 6. 5. 2003 o opredelitvi mikro, majhnih in srednje velikih podjetij, UL L 124/36.

<sup>12</sup> Člen 2 Priloge k Priporočilu 2003/361/ES.

V skladu z navedenim Priporočilom se podjetje ne more šteti kot MSP, če je 25 odstotkov ali več kapitalskega deleža ali glasovalnih pravic posredno ali neposredno v rokah enega ali več javnih organov.<sup>13</sup> Vrednosti, ki jih določa Priporočilo, za države članice niso zavezujoče, vendar se številni evropski zakonodajni akti sklicujejo na definicijo MSP, kot je določena v Priporočilu.<sup>14</sup>

Tri kategorije vsebuje tudi slovenski Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1),<sup>15</sup> ki pa glede vrednosti z najnovejšo spremembo sledi Direktivi 2013/34/EU o letnih računovodskih izkazih.<sup>16</sup> Da bi se podjetje v skladu z Direktivo 2013/34/EU in spremenjenim ZGD-1 uvrstilo v posamezno kategorijo, morata biti izpolnjeni vsaj dve od treh meril, kot so prikazana v tabeli.

Podjetje	Število zaposlenih	Čisti prihodek	Bilančna vsota
Mikro	< 10	< 700.000 EUR	< 350.000 EUR
Majhno	< 50	< 8 milijonov EUR	< 4 milijone EUR
Srednje veliko	< 250	< 40 milijonov EUR	< 20 milijonov EUR

Iz številok lahko razberemo, da v skupino MSP spadajo raznovrstna podjetja, vse od samostojnih podjetnikov, družinskih in obrtniških podjetij do tehnološko naprednih podjetij z večjim številom zaposlenih in kompleksno organizacijo dela. Glede na širok spekter podjetij, ki spadajo v kategorijo MSP, je lahko pogodbeno razmerje z vidika pogajalske moči med dvema MSP prav tako neuravnoteženo kot razmerje med MSP in velikim podjetjem ali celo med potrošnikom in velikim podjetjem.<sup>17</sup> Že zgolj s tega vidika je jasno, da bi bilo nesmiselno vsa MSP ne glede na njihov dejanski pogodbeni položaj podvreči potrošniškemu varstvu.

### 3. Krog upravičencev potrošniškega varstva

Pojem potrošnika niti v EU ni univerzalen in se razlikuje ne le med posameznimi državami članicami, temveč tudi znotraj evropskega potrošniškega prava, saj vsak od evropskih zakonodajnih instrumentov, ki tvorijo potrošniški *acquis*,

<sup>13</sup> Četrty odstavky 3. členu Priloge k Priporočilu.

<sup>14</sup> Npr. člen 2 Priloge I k Uredbi Komisije 651/2014 o razglasitvi nekaterih vrst pomoči za združljive z notranjim trgov pri uporabi členov 107 in 108 Pogodbe, UL L 187/1.

<sup>15</sup> Uradni list RS, št. 65/2009 – UPB, 33/2011, 91/2011, 32/2012, 57/2012, 44/2013 – odl. US in 82/2013. Navedene vrednosti so bile predmet sprememb, uvedenih z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1I) (Uradni list RS, št. 55/2015) in se bodo uporabljale od 1. 1. 2016.

<sup>16</sup> UL L 182/19.

<sup>17</sup> Hesselink, str. 5.



vsebuje svojo definicijo potrošnika. Kljub določenim razlikam pa ima velika večina jedro definicije enako, kot bo natančneje pojasnjeno v nadaljevanju. Poleg tega je imela večina direktiv, ki urejajo to področje, naravo minimalnega usklajevanja, kar omogoča, da države članice pri implementaciji definicijo zastavijo širše, in botruje nadaljnjim razlikam v definicijah potrošnika med posameznimi državami članicami.

### 3.1. Definicija potrošnika v EU

Leta 2011 je bila sprejeta Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnikov (v nadaljevanju Direktiva),<sup>18</sup> ki z namenom večje konsistentnosti v potrošniškem pravu zasleduje maksimalno usklajevanje<sup>19</sup> in s tem od držav članic zahteva, da v svojem pravnem redu ne ohranijo ali ne uvedejo drugačnih določb, kot jih vsebuje direktiva, in ne zagotavljajo drugačne ravni varstva potrošnikov. Vendar pa kljub naravi maksimalnega usklajevanja Direktiva v uvodnih izjavah državam članicam dopušča, da uporabo pravil iz Direktive razširijo na pravne osebe ali fizične osebe, ki niso potrošniki v smislu te direktive, kot so nevladne organizacije, na novo ustanovljena podjetja ali mala in srednja podjetja.<sup>20</sup> Ta izrecen sklic na MSP ni nepomemben, saj kaže na potrebo po uvedbi novih metod klasifikacije za soočanje z neravnovesjem, ki ne pesti le potrošnikov, temveč tudi druge subjekte v šibkejšem pogodbenem položaju.<sup>21</sup> Po dostopnih podatkih nobena od držav članic ni nameravala varstva izrecno razširiti na MSP in tako izkoristiti možnosti, ki jo v uvodnih izjavah daje Direktiva.<sup>22</sup>

Opredeliti je torej treba, ali in pod katerimi pogoji so tudi MSP lahko upravičeni do potrošniškega varstva, in sicer bodisi z razširitvijo definicije potrošnika bodisi kako drugače, npr. z izrecnimi zakonskimi določili.

#### 3.1.1. Pravna oseba kot potrošnik

Potrošnik kot subjekt potrošniškega varstva je v evropskem pravu definiran v vsakem pravnem aktu potrošniškega *acquis communautaire* posebej, skoraj vsem pa je skupno, da gre za fizično osebo, ki deluje za namene, ki so zunaj njene

<sup>18</sup> Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnikov Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta, UL L 304/64.

<sup>19</sup> Člen 4 Direktive 2011/83/EU.

<sup>20</sup> Uvodna izjava (13) Direktive 2011/83/EU.

<sup>21</sup> Pongelli, str. 15.

<sup>22</sup> Fletcher in drugi, str. 18.

poslovne ali poklicne dejavnosti.<sup>23</sup> Izjema je le Direktiva 90/314/EGS o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih,<sup>24</sup> ki potrošnika opredeljuje tako, da lahko vključuje tudi pravno osebo.<sup>25</sup>

Definicija torej v vsakem primeru zajema vsaj fizične osebe, ki delujejo izključno za zasebne namene. V nekaterih primerih so zajete tudi fizične osebe, ki opravijo transakcijo deloma za zasebni namen in deloma za namen poslovne dejavnosti (glej točko 3.1.2. o pogodbah z dvojnim namenom). Nadaljnje vprašanje, ki se postavi in ki je še posebej relevantno za obravnavano temo, pa je, ali je mogoče kot potrošnika šteti tudi pravno osebo, če deluje zunaj svoje dejavnosti. S to problematiko se je srečalo tudi Sodišče EU pri odločanju o predhodnem vprašanju v zadevi *Cape v. Idealservice*,<sup>26</sup> ki ga je postavilo italijansko sodišče v zvezi z interpretacijo pojma »potrošnik« v Direktivi 93/13/EGS o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah.<sup>27</sup>

V obravnavani zadevi je družba Idealservice z družbo Cape sklenila pogodbo, na podlagi katere naj bi družbi Cape dobavila avtomat za pijačo za namestitev v poslovnih prostorih Cape, kjer bi bil na razpolago njenemu osebju. V zvezi z izpolnitvijo pogodbe je Cape zoper Idealservice sprožil sodni postopek, v katerem je ugovarjal plačilnemu nalogu, ker naj bi bilo določilo pogodbe o pristojnosti nepošteno v smislu člena 1469(a) italijanskega *Codice civile* in kot takšno neizvršljivo nasproti pogodbenim strankam na podlagi člena 1469(d) *Codice civile*. Italijanski sodnik je menil, da je njegova pristojnost odvisna od interpretacije navedenih določb civilnega zakonika, ki so bile dobesedno prenesene iz Direktive 93/13/EGS o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah. Idealservice je zatrjeval, da Cape ne more biti potrošnik v smislu Direktive, in sicer zato, ker je pravna, in ne fizična oseba, poleg tega pa je pogodbo sklenil v okviru svoje poslovne dejavnosti. Italijanski sodnik je prekinil postopek in Sodišču EU postavil več predhodnih vprašanj, s katerimi je želel vedeti, ali se pojem potrošnika, kot je opredeljen v Direktivi 93/13/EGS, nanaša le na fizične osebe. V odgovoru je Sodišče EU, sklicujoč se na nedvoumno besedilo Direktive 93/13/EGS o nedovoljenih pogojih v

<sup>23</sup> Glej npr. 2. člen Direktive 93/13/EGS o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, 2. člen Direktive 2011/83/EU o potrošniških pravicah, 2. člen Direktive 1999/44/ES o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij, 3. člen Direktive 2008/48/ES o potrošniških kreditnih pogodbah itd. Za pregled elementov definicije glej Hondius, str. 94.

<sup>24</sup> UL L 158/59.

<sup>25</sup> Člen 2 Direktive 90/314/EGS: »potrošnik« pomeni osebo, ki vzame ali privoli vzeti turistični paket (»glavni pogodbenik«) ali katera koli druga oseba, v korist katere je glavni pogodbenik privolil kupiti turistični paket (»drugi upravičenci«) ali katera koli druga oseba, na katero je glavni pogodbenik ali drugi upravičenec prenesel turistični paket (»pridobitelj«).

<sup>26</sup> Sodba v združenih zadevah Cape Snc proti Idealservice Srl, C-541/99, in Idealservice MN RE Sas proti OMAI Srl, C-542/99, EU:C:2001:625.

<sup>27</sup> UL L 095/29.

potrošniških pogodbah, podalo jasen odgovor, da se pojem »potrošnik«, kot ga opredeljuje Direktiva 93/13/EGS, nanaša izključno na fizične osebe.

Pojem potrošnika, kot je opredeljen v Direktivi 93/13/EGS, torej v skladu s sodbo *Cape v. Idealservice* Sodišča EU zajema le fizične osebe in se ne razteza na druge pravne subjekte. Pri tem pa moramo upoštevati, da Direktiva 93/13/EGS zasleduje minimalno usklajevanje (harmonizacijo), kar pomeni, da smejo države članice direktivo implementirati tako, da z zakonom zagotovijo višjo raven pravic, kot jih določa direktiva, oziroma širši krog upravičencev do varstva, kot ga določa direktiva. Ne bi bilo torej v nasprotju s pravom EU, če bi država članica podelila varstvo, kot ga določa Direktiva 93/13/EGS, tudi drugim subjektom. Da je nacionalna zakonodaja, ki pravila potrošniškega prava v določenih primerih uporablja tudi za trgovce, skladna s pravom EU, je Sodišče EU izrecno potrdilo v sodbi *Di Pinto*.<sup>28</sup> Čeprav je navedena sodba nekoliko starejša, pa je to pravilo preživelo čas minimalnega usklajevanja potrošniških direktiv in velja še naprej, kot je razvidno iz uvodnih izjav Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov, ki izrecno dopušča, da se na nacionalni ravni uporaba pravil iz Direktive 2011/83/EU razširi tudi na pravne osebe ali fizične osebe, ki niso potrošniki v smislu te direktive, kot so nevladne organizacije, na novo ustanovljena podjetja ali mala in srednja podjetja.<sup>29</sup>

### 3.1.2. Pogodbe z dvojnimi namenoma

Pogodbe z dvojnimi namenoma so pogodbe, ki so sklenjene deloma za poslovne in deloma za zasebne namene, pri čemer je treba opredeliti, ali je tudi pogodbeni stranka takšne pogodbe z dvojnimi namenoma potrošnik.

V zadevi *Johann Gruber v. BayWa AG*<sup>30</sup> je Sodišče EU odgovarjalo prav na to vprašanje, in sicer v okviru razlage določil Bruseljske konvencije.<sup>31</sup> V tej zadevi je kmet Johann Gruber od nemške družbe *BayWa AG* kupoval strešnike za kmetijsko poslopje, v katerem je nekaj več kot 60 odstotkov površine uporabljal za bivanje svoje družine, preostali del pa je bil namenjen kmetijski dejavnosti. Avstrijsko sodišče je predhodno vprašanje postavilo pri odločanju o pristojnosti, saj je bilo od tega, ali gre za potrošniško pogodbo, odvisno, pri katerem sodišču

<sup>28</sup> Sodba *Criminal proceedings against Patrice Di Pinto*, C-361/89, EU:C:1991:118.

<sup>29</sup> Uvodna izjava 13. Micklitz in drugi (2012), str. 12.

<sup>30</sup> Sodba *Johann Gruber proti Bay Wa AG*, C-464/01, EU:C:2005:32.

<sup>31</sup> Bruseljska konvencija z dne 27. septembra 1968 o pristojnosti in izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, ki jo je nadomestila Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 (Uredba Bruselj I), to pa od 10. 1. 2015 nadomešča Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 351/1.

bo Gruber lahko vložil tožbo zoper *BayWa AG*. Sodišče EU je v sodbi zavzelo stališče, da se lahko oseba, ki kupuje blago, namenjeno delno za zasebne in delno za poklicne ali pridobitne dejavnosti, sklicuje na posebna pravila o pristojnosti, ki veljajo za potrošniške pogodbe, a le če je vez med navedeno pogodbo in poklicno dejavnostjo zadevne osebe tako rahla, da postane postranskega pomena, in ima le zanemarljivo vlogo v kontekstu posla, za katerega je bila sklenjena pogodba in ki se presoja v celoti. Zgolj dejstvo, da zasebni namen prevladuje, še ne zadošča, da bi osebo šteli za potrošnika. Na posebna pravila se bo lahko sklicevala šele, če bo obseg uporabe v zvezi s poklicno ali pridobitno dejavnostjo zgolj *zanemarljiv*.

V zvezi s to strogo interpretacijo Sodišča EU je bilo mogoče najti stališča, da nima pomembnega vpliva na pojem potrošnika v direktivah, ki tvorijo potrošniški *acquis communautaire*, saj strogo procesnega pojma potrošnika iz Bruseljske konvencije ni mogoče uporabiti za materialno pravo varstva potrošnikov.<sup>32</sup> Medtem ko je namreč v procesnem pravu ozka definicija lahko potrebna zaradi zagotavljanja pravne varnosti glede pristojnosti sodišč, pa bi bilo z vidika materialnega potrošniškega prava vendarle bolj smotrno osredotočenje na *glavni* namen pogodbe.<sup>33</sup>

To vprašanje je osvetlila Direktiva 2011/83/EU, ki ureja tudi pogodbe z dvojnimi namenom. Drugače od Sodišča EU v zadevi *Johann Gruber v. BayWa AG* Direktiva 2011/83/EU njihovo usodo presoja po nekoliko manj strogem merilu. V uvodni izjavi (17) namreč določa, da je v primeru pogodb z dvojnimi namenom osebo mogoče šteti kot potrošnika, kadar je pogodba sklenjena deloma za namene dejavnosti in deloma zunaj okvira trgovske dejavnosti te osebe, namen trgovske dejavnosti pa je tako omejen, da *ne prevladuje* v celotnem kontekstu pogodbe.

### 3.1.3. Definicija potrošnika v nekaterih državah članicah

#### 3.1.3.1. Nemčija

V nemškem pravu je pojem potrošnika (*Verbraucher*) opredeljen v § 13 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), ki ponuja splošno in vseobsegajočo definicijo potrošnika, uporabljivo tudi v drugih zakonodajnih aktih nemškega prava o varstvu potrošnikov.

Po § 13 BGB so potrošniki tiste fizične osebe, ki sklenejo pravni posel za namene, ki jih v prevladujočem delu ni mogoče pripisati niti njihovi poslovni niti samostojni poklicni dejavnosti.

<sup>32</sup> Von Bar in drugi, str. 150.

<sup>33</sup> Prav tam.

To določilo je bilo predmet sprememb ob implementaciji Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov. Zanimivo je, da se definicija v § 13 BGB od definicije, ki jo vsebuje Direktiva 2011/83/EU, nekoliko razlikuje. Slednja namreč ne vsebuje določbe v *prevladujočem delu*, ki pa ga je nemški zakonodajalec (prav ob implementaciji Direktive 2011/83/EU) vključil v zakonsko definicijo potrošnika. Razlika med tem, ali se posameznik šteje kot potrošnik le, če sklene posel, ki je v celoti zunaj njegove poslovne dejavnosti, in tem, da lahko uživa potrošniško varstvo tudi, če je posel deloma sklenjen tudi za namen njegove poklicne dejavnosti, nikakor ni nepomembna. Možnost, kot je vsebovana v § 13 BGB, daje varstvo širšemu krogu upravičencev, kar pa je glede na prej omenjeno uvodno izjavo o pogodbah z dvojnimi namenom v skladu z Direktivo 2011/83/EU.<sup>34</sup>

Nekatere pravice po pravilih o varstvu potrošnika uživa tudi posameznik, ustanovitelj novega podjetja, vse dokler novo podjetje ne začne opravljati svoje dejavnosti.<sup>35</sup> V delu BGB, ki ureja potrošniški kredit, namreč zakon fizično osebo, ki ji je odobren kredit za zagon gospodarske ali samostojne poklicne dejavnosti, postavlja v enak položaj kot potrošnika, pod pogojem, da znesek kredita ne presega 75.000 evrov.<sup>36</sup> To pa ne pomeni, da je ustanovitelj novega podjetja potrošnik in tako upravičen do potrošniškega varstva v celoti, le pravila o potrošniškem kreditu, ki jih sicer uživa le potrošnik, se uporabljajo tudi za ustanovitelja novega podjetja.

Posebnost nemškega prava je, da je mogoče kot potrošnika šteti tudi delavca, ki v okviru svojega poklica deluje kot potrošnik. Po sodni praksi nemškega Zveznega delovnega sodišča<sup>37</sup> je namreč pogodba o zaposlitvi potrošniška pogodba, saj je sklenjena med podjetjem in potrošnikom.<sup>38</sup> Pojma potrošnika pa nemška sodišča načeloma ne razširjajo na način, da bi v potrošniško varstvo vključili tudi samostojne podjetnike ali majhna oziroma srednje velika podjetja. Potrošnik je le fizična oseba.

Kljub temu pa podjetja uživajo določeno stopnjo varstva v okviru pravil o nepoštenih splošnih pogojih poslovanja.

Podobno kot Direktiva 93/13/EGS, ki jo BGB v tem delu implementira, tudi BGB vsebuje dvostopenjsko varstvo potrošnika pred nepoštenimi splošnimi pogoji poslovanja. V generalni klavzuli<sup>39</sup> so določena merila, ki morajo biti izpol-

<sup>34</sup> V zvezi s tem glej točko 3.1.2. o pogodbah z dvojnimi namenom.

<sup>35</sup> Bassenge in drugi, str. 20.

<sup>36</sup> § 511 BGB.

<sup>37</sup> BAG, sodba z dne 25. 5. 2015, 5 AZR 572/04, NJW 2005, 3305.

<sup>38</sup> Potrošniška pogodba je opredeljena v § 310 BGB.

<sup>39</sup> Člen 3 Direktive 93/13/EGS in § 307 BGB.

njena, da je določilo splošnih pogojev nepošteno, poleg tega pa sta sodniku pri presojanju (ne)poštenosti v pomoč tudi seznam splošnih pogojev, ki so načeloma nepošteni (*siva lista*),<sup>40</sup> ter seznam splošnih pogojev, ki so vedno nepošteni (*črna lista*).<sup>41</sup> Na generalno klavzulo se lahko sklicujejo tako potrošniki v potrošniških pogodbah kot podjetja v gospodarskih pogodbah. Po izrecnem določilu § 310 BGB pa se pravna oseba ne more neposredno sklicevati na tisti dve določbi BGB, ki vsebujeta sivo in črno listo nepoštenih pogojev. Ti dve listi potrošniku omogočata, da ni potrebno dokazovanje vseh meril, ki jih vsebuje generalna klavzula, saj se pri sivi listi nepoštenost domneva, pri črni listi pa nasproten dokaz sploh ni mogoč. Ne glede na to pa bo sodišče tudi v primeru gospodarske pogodbe (B2B) upoštevalo dejstvo, da je predmetna določba uvrščena na sivo ali črno listo, a le kot indic nepoštenosti, ki pa jo bo moralo utemeljiti na podlagi generalne klavzule (tako posredno učinkovanje sive in črne liste imenujejo *Indizwirkung*).<sup>42</sup> Pri tem pa mora upoštevati splošno prakso in običaje, ki se uporabljajo v gospodarskih pogodbah.<sup>43</sup>

To je razvidno tudi iz sodne prakse nemškega Zveznega vrhovnega sodišča,<sup>44</sup> ki je pri odločanju o tem, ali je pogodbeni pogoj v gospodarski pogodbi, ki skrajšuje zastaralni čas za uveljavljanje zahtevkov iz gradbene pogodbe, sklenjene na podlagi splošnih pogojev, nepošten, odločilo, da takšno določilo tudi v razmerju med dvema podjetjema eno stranko nesorazmerno prikrajša. Svojo odločitev je utemeljilo s tem, da podjetniki pri opravljanju svoje dejavnosti niso nič manj občutljivi na napake v konstrukciji, prav tako pa niso v položaju, da bi skrito napako v konstrukciji opazili prej kot potrošniki. Pri tem je kot indic nepoštenosti navedlo tudi to, da je takšno določilo uvrščeno na črno listo nepoštenih pogojev.

Pravne osebe torej v nemškem pravu uživajo določeno varstvo v okviru pravil potrošniškega prava, čeprav le na področju nepoštenih poslovnih pogojev. Takšno varstvo pa ni posledica široke interpretacije pojma potrošnik, temveč izrecnega določila BGB, ki pravnim osebam omogoča sklicevanje na pravila o nepoštenih pogojih.

### 3.1.3.2. Francija

V francoski zakonodaji do nedavnega pojem potrošnika sploh ni bil opredeljen in je bil namesto tega uporabljen pojem neprofesionalne osebe (*non-professi-*

<sup>40</sup> § 308 BGB.

<sup>41</sup> § 309 BGB.

<sup>42</sup> Micklitz in drugi, str. 794.

<sup>43</sup> § 310 BGB.

<sup>44</sup> BGH, sodba z dne 8. 3. 1984, NJW 1984, 1750.

onnel). Vprašanje, ali ima oseba značilnost potrošnika, je bilo v Franciji od nekdanj prepuščeno sodni praksi, kar naj bi omogočalo lažje upoštevanje raznovrstnih položajev.<sup>45</sup> S tem so imela sodišča manevrski prostor, da so v določenih primerih tudi podjetja obravnavala kot neprofesionalne osebe in jim tako podelila varstvo v okviru potrošniškega prava.

Tako je francosko kasacijsko sodišče ravnalo v zadevi *Pigranel*,<sup>46</sup> v kateri je odločalo o sporu med družbo *Pigranel SA*, ki se je ukvarjala z nepremičninskim posredništvom, in družbo *Abonnement téléphonique*, od katere je družba *Pigranel AS* kupila alarmni sistem. Predmet pogodbe ni deloval brezhibno, pogodba pa je vsebovala določilo, da *Abonnement téléphonique* prevzema le obveznost prizadevanja, in ne rezultata, in da v primeru napak kupec nima pravice niti do povračila niti do odstopa od pogodbe, medtem ko prodajalcu pripada odškodnina ne glede na razlog odstopa od pogodbe. Postavilo se je vprašanje, ali je mogoče uporabiti pravila o nepoštenih splošnih pogojih,<sup>47</sup> čeprav je šlo za gospodarsko pogodbo. Francosko kasacijsko sodišče je odločilo, da pogodba, sklenjena med strankama, ne spada v poklicno dejavnost kupca, saj dejavnost nepremičninskega posredovanja nima ničesar skupnega s tehnično zahtevnimi alarmnimi sistemi. Iz tega razloga je pravna oseba v enakem položaju pomanjkajna znanja (*le même état d'ignorance*) kot kateri koli potrošnik in se lahko sklicuje na pravila o nepoštenih pogojih.

V poznejši praksi je francosko sodišče uporabilo ožji pojem potrošnika, ko je za merilo postavilo neposredno zvezo (*rapport direct*) med predmetom pogodbe in poklicno dejavnostjo kupca.<sup>48</sup> V primeru, ko kupec pridobi programsko opremo za namen upravljanja seznama svojih strank, je sodišče presodilo, da je takšna neposredna zveza podana in kupca ni mogoče šteti kot potrošnika, čeprav bi bilo mogoče zastopati stališče, da o tej programski opremi kupec ni vedel nič več kot v prejšnjem primeru nepremičninski posrednik o alarmnem sistemu.

Nadalje je pojem opredelilo, ko je pojasnilo, da se pojem neprofesionalne osebe (*non-professionnel*) razlikuje od pojma potrošnika, ki ga je v zadevi *Cape v. Idealservice* razlagalo Sodišče EU, saj je za razliko od potrošnika neprofesionalna oseba lahko tudi pravna oseba, če ne ravna v okviru svoje poklicne dejavnosti.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Tako izhaja iz poročila ob implementaciji Direktive 99/44/ES: *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur*.

<sup>46</sup> Cass civ (1) z dne 28. 4. 1987.

<sup>47</sup> Člen 35 *Loi Scrivener*, zdaj člen L132-1 *Code de la consommation*.

<sup>48</sup> Cass civ (1) z dne 30. 1. 1996.

<sup>49</sup> Cass civ (1) z dne 15. 2. 2005. V navedeni zadevi je bila pravna oseba, ki se je sklicevala na pravila o nepoštenih pogojih, poklicna organizacija majhnih podjetij v sektorju mlečnih proizvodov (*Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne*), predmet pogodbe pa je bil najem in odkup



Pravna oseba lahko uživa potrošniško varstvo le, če zakon h krogu upravičencev poleg potrošnikov prišteva tudi neprofesionalne osebe, in še to le, če je ravnala zunaj svoje dejavnosti.<sup>50</sup>

Zakonska definicija potrošnika je v francoskem *Code de la consommation* nazadnje vendarle našla mesto, ko je bilo to potrebno zaradi pravilne implementacije Direktive 2011/83/EU.<sup>51</sup> Člen L132-1, ki ureja varstvo potrošnikov pred nepoštenimi pogoji, in člen L-121-84-11, ki zadeva varstvo pred nepoštenimi poslovnimi praksami pri sklepanju pogodb o storitvah elektronskih komunikacij, pa kot upravičence poleg potrošnikov navajata tudi neprofesionalne osebe (*non-professionnel*), kar sodiščem še naprej omogoča uporabo teh pravil tudi v gospodarskih pogodbah, pri katerih pravna oseba sklene posel zunaj svoje profesionalne dejavnosti.

### 3.1.3.3. Nizozemska

Podobno kot nemško tudi nizozemsko pravo podjetjem nudi varstvo pred nepoštenimi pogoji, in sicer na podlagi določil nizozemskega civilnega zakonika oziroma *Burgerlijk Wetboek* (BW). Iz uporabe pravil o nepoštenih pogojih so izrecno izvzeta velika podjetja,<sup>52</sup> kar kaže na to, da se samostojni podjetniki in majhna podjetja na te določbe lahko sklicujejo. Ob strogem branju določil BW bi lahko razumeli, da se podjetja lahko sklicujejo le na generalno klavzulo, ne pa tudi na sivo<sup>53</sup> in črno listo<sup>54</sup> nepoštenih pogodbenih pogojev, a sodna praksa in pravna teorija sprejemata, da si je pri razlagi generalne klavzule mogoče pomagati s sivo in s črno listo, ki imata tako, enako kot v Nemčiji, indični učinek (*Indizwirkung*) tudi v razmerjih, v katerih se načeloma ne uporabljata.<sup>55</sup>

### 3.1.3.4. Anglija

V angleškem pravu je trenutno prav na področju potrošniškega prava aktualna obsežna sistematična sprememba, saj je bil nedavno sprejet *Consumer*

---

IT-opreme. Sodišče je razsodilo, da so pogodbo sklenili v okviru opravljanja svoje dejavnosti, zato se pravila o varstvu potrošnikov in neprofesionalnih oseb pred nepoštenimi pogoji ne uporabljajo.

<sup>50</sup> Cass civ (1) z dne 2. 4. 2009.

<sup>51</sup> *Article préliminaire*, ki je bil v *Code de la consommation* vključen z zakonom LOI n°2014-344 z dne 17. 3. 2014.

<sup>52</sup> Člen 6:235 BW. Velika podjetja so opredeljena kot tiste pravne osebe, ki so v trenutku, ko je bila pogodba sklenjena, imele objavljeno letno poročilo, hkrati pa imajo 50 ali več zaposlenih. Velika podjetja so torej v tem delu definirana drugače kot na ravni EU (Priporočilo Komisije 2003/361/EU o opredelitvi mikro, malih in srednjih podjetij), glej točko 2.

<sup>53</sup> Člen 6:237 BW.

<sup>54</sup> Člen 6:236 BW.

<sup>55</sup> Brulez, str. 50.



*Rights Act 2015*,<sup>56</sup> v katerem so implementirane Direktiva 99/44/ES, Direktiva 93/13/EGS in deloma Direktiva 2011/83/EU.<sup>57</sup> Novi zakonodajni instrument v 2. členu potrošnika opredeli kot posameznika, ki deluje za namene, ki so v celoti ali v prevladujočem obsegu zunaj svoje gospodarske, poslovne, obrtne ali poklicne dejavnosti. Samo besedilo definicije je torej širše od tiste v Direktivi 2011/83/EU, saj vključuje tudi posameznika, ki deluje za namen, ki je v prevladujočem delu, ne pa v celoti, zunaj njegove dejavnosti.

V novem zakonu so združena pravila *Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA)* in *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (UTCCR)*. UCTA, ki je veljal, že preden je bila na ravni EU sprejeta Direktiva 93/13/EGS, je kot upravičence varstva opredelil osebe, ki delujejo kot potrošniki (*dealing as consumer*). Določal je, da oseba deluje kot potrošnik, če (i) pogodbe ne sklene v okviru poslovanja (*in the course of a business*) in se tudi ne predstavlja, kot da jo sklepa v okviru poslovanja, ter (ii) nasprotna stranka sklene pogodbo v okviru svojega poslovanja.<sup>58</sup> Takšen pristop je nenavaden, saj je običajno potrošnik opredeljen le glede na svoj namen pri sklepanju pogodbe, ne pa glede na namen obeh pogodbenih strank, torej tudi trgovca.<sup>59</sup> Sicer se tudi v drugih sistemih ustrezna varstva uporabljajo le, ko je nasprotna stranka podjetje (in opravlja pridobitno dejavnost),<sup>60</sup> vendar načeloma ni določeno, da mora podjetje pogodbo skleniti v okviru svojega poslovanja. A glede na to, da si je težko zamisliti primer, ko podjetje pogodbe ne sklene v okviru svojega poslovanja (kar ni enako kot zunaj svoje registrirane dejavnosti), je ta razlika razmeroma nepomembna.

UCTA pa je vseboval še eno zanimivost, saj je nadaljnji pogoj za to, da se šteje, da oseba deluje kot potrošnik, v primerih prodaje blaga<sup>61</sup> zahteval, da je blago, ki je predmet pogodbe, po svoji naravi navadno uporabljeno za namen zasebne (u)porabe. Da bi se štel, da oseba deluje kot potrošnik, mora torej predmet pogodbe biti »potrošniško blago«, kar bi, recimo, pomenilo, da nekdo, ki kupuje mešalnik cementa, nikoli ne more delovati kot potrošnik.<sup>62</sup> *Ratio legis*

<sup>56</sup> *Consumer Rights Act 2015* je začel veljati 1. 10. 2015.

<sup>57</sup> Ta je sicer implementirana v *Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013* in v *The Consumer Rights (Payment Surcharges) Regulations 2012*. Poleg naštetih direktiv se *Consumer Rights Act 2015* glede uveljavljanja pravic nanaša tudi na Uredbo 2006/2004, Uredbo 765/2008, Direktivo 2001/95/ES in Direktivo 98/27/ES.

<sup>58</sup> Sekcija 12 UCTA.

<sup>59</sup> Beale in drugi, str. 142.

<sup>60</sup> Glej npr. tretji odstavek 1. člena ZVPot.

<sup>61</sup> Natančneje, če gre za pogodbo, ki jo ureja pravo o prodaji, ali odkupni najem ali druge pogodbe, pri katerih se prenese lastninska pravica ali posest, pa jih ne ureja pravo o prodaji in odkupnem najemu.

<sup>62</sup> Beale in drugi, str. 143.

takšne ureditve je v tem, da se prodajalcem oziroma dobaviteljem tovrstnega, »nepotrošniškega« blaga ni treba obremenjevati s tem, da tu in tam poslujejo s potrošnikom in bi bili v teh primerih določeni pogoji neveljavni.<sup>63</sup> Ob sprejetju Direktive 99/44/ES, ki je prepovedovala, da bi prodajalci izključevali svojo odgovornost do potrošnikov glede na predmet pogodbe, je bilo treba besedilo UCTA spremeniti. Tako je bil dodan nov odstavek, ki se glasi, da se ta, tretji pogoj (da gre za potrošniško blago) ne uporablja v primeru, ko je oseba posameznik (potrošnik), še naprej pa se uporablja v primerih, ko je upravičenec varstva oseba, ki deluje kot potrošnik, vendar ni fizična oseba.

Rešitev je bila torej dokaj zapleten sistem, ki pa naj bi ga novi *Consumer Rights Act 2015* poenostavil in razjasnil, saj bo omogočal, da so pravila o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi pogoji zbrana na enem mestu. Kljub temu se bo UCTA uporabljal naprej v tistem delu, ki se nanaša na razmerja med podjetji, ki ne vključujejo potrošnikov.<sup>64</sup> V okviru UCTA bodo podjetja, ki delujejo kot potrošnik v smislu prej navedenih zakonskih pogojev, še naprej uživala varstvo.

Da lahko podjetja delujejo kot potrošnik, izhaja tudi iz sodne prakse angleških sodišč. V zadevi *R&B Custom Brokers Ltd v. United Dominions Trust Ltd*<sup>65</sup> je sodišče pojasnilo, da podjetje, ki kupuje blago, s katerim običajno ne posluje in ki ni jedrni del poslovanja (*integral to the business*), deluje kot potrošnik. Pri tem je pojasnilo, da besedna zveza »v okviru poslovanja« (*in the course of a business*) ne sme biti uporabljena v najširšem smislu, po katerem je seveda zaradi narave pravne osebe vsaka pogodba, ki jo pravna oseba sklene, sklenjena v okviru poslovanja, saj bi bila sicer sklenjena *ultra vires* in tako neveljavna. Nekatere pogodbe spadajo v jedro poslovanja družbe,<sup>66</sup> medtem ko so nekateri posli zgolj naključno povezani z opravljanjem dejavnosti družbe. Sklepanje določene vrste poslov mora biti do neke stopnje redno, preden se lahko šteje, da gre za jedrni del poslovanja družbe in je tako sklenjen v okviru poslovanja.

#### 4. Poseben položaj MSP in obstoječe varstvo

Kot je bilo pojasnjeno, MSP na ravni EU načeloma ne uživajo varstva v okviru definicije potrošnika (glej točko 3.1.1). To pa ne pomeni, da ne uživajo nobenega varstva ali da jim ni na določenih področjih priznan poseben položaj.

<sup>63</sup> Po sprejetju Direktive 93/13/EGS in njeni implementaciji v UTCCR bi bili verjetno nekateri pogoji v razmerju s potrošniki ne glede na predmet pogodbe neveljavni.

<sup>64</sup> Pojasnjevalne opombe glede *Consumer Rights Act 2015*, dostopno na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/notes/contents> (5. 8. 2015).

<sup>65</sup> [1988] 1 WLR 321.

<sup>66</sup> Pogodba o prodaji avtomobila recimo spada v jedro poslovanja družbe, ki se ukvarja z oddajanjem avtomobilov v najem (*Havering LBC v. Stevenson* (1970)).

Na področju nepoštenih poslovnih praks, ki je za potrošnike urejeno v Direktivi 2005/29/ES, so varovana tudi podjetja, in sicer z Direktivo 2006/114/ES o zavajajočem in primerjalnem oglaševanju. Ta drugače od potrošniške Direktive 2005/29/ES prepoveduje le zavajajoče oglaševanje in tako prepoveduje ožji spekter poslovnih praks. V pripravi pa so spremembe Direktive 2006/114/ES, ki bodo prispevale k izboljšanju varstva pred nepoštenimi praksami tudi v razmerjih B2B, med drugim z uvedbo črne liste prepovedanih nepoštenih praks.<sup>67</sup> Komisija načrtuje tudi določene korake v smeri preprečevanja nepoštenih trgovinskih praks med podjetji v oskrbni verigi, saj naj bi imelo relativno majhno število močnih akterjev v oskrbni verigi znatno pogajalsko moč, kar lahko privede do nepoštenih trgovinskih praks med podjetji v verigi.<sup>68</sup> V tem kontekstu je Komisija izrecno poudarila, da so »MSP na splošno v slabšem položaju kot večje nasprotne stranke, saj morda nimajo strokovnega znanja, ki se zahteva za presojo vseh posledic dogovorjenih pogojev«.<sup>69</sup>

Poseben status imajo MSP tudi v okviru konkurenčnega prava EU. Tako so recimo v skladu z Uredbo 651/2014 državne pomoči MSP združljive z notranjim trgov in pod določenimi pogoji izvzete iz obveznosti priglasitve.<sup>70</sup> Nadaljnji primer je nedavno sprejeta Direktiva o odškodninskih tožbah v zvezi s kršitvami pravil konkurence, ki na novo določa solidarno odgovornost kršiteljev za škodo, ki je zaradi kršitve nastala, pri čemer pa to načeloma ne velja, če je kršitelj MSP.<sup>71</sup>

V okviru varstva MSP v EU je treba omeniti tudi Direktivo 86/653/EGS o samozaposlenih trgovskih zastopnikih, saj je bil namen Direktive prav izboljšanje varstva trgovskih zastopnikov v njihovih razmerjih z naročiteljem.<sup>72</sup> Ker je trgovski zastopnik šibkejša stranka v pogodbenem razmerju s principalom, mu gre pogodbeno varstvo, zlasti v zvezi z enostransko odpovedjo pogodbe o trgovskem zastopanju s strani principala.<sup>73</sup>

<sup>67</sup> Glej Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij, Zaščita podjetij pred praksami zavajajočega trženja in zagotavljanje učinkovitega uveljavljanja [COM(2012) 702 final].

<sup>68</sup> Glej Zelena knjiga o nepoštenih trgovinskih praksah v oskrbni verigi z živili in neživili med podjetji v Evropi [COM(2013) 37 final], str. 3.

<sup>69</sup> Prav tam, str. 7.

<sup>70</sup> Oddelek II, Poglavje 3, Uredbe Komisije (EU) št. 651/2014 o razglasitvi nekaterih vrst pomoči za združljive z notranjim trgov pri uporabi členov 107 in 108 Pogodbe, UL L 187/1.

<sup>71</sup> Člen 11 Direktive 2014/104/EU o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije, UL L 349/1.

<sup>72</sup> Glej Uvodne določbe Direktive 86/653/EGS o usklajevanju zakonodaje držav članic o samozaposlenih trgovskih zastopnikih, UL L 382/17.

<sup>73</sup> Stuyck, str. 360.

Omenimo lahko tudi Direktivo 2011/7/EU o boju proti zamudam pri plačilih v trgovinskih poslih. Čeprav njen namen ni specifično varstvo MSP, temveč varstvo upnikov v čezmejnih transakcijah, pa želi s tem tudi spodbuditi konkurenčnost podjetij, zlasti MSP.<sup>74</sup> Iz uvodnih izjav je tudi razvidno, da je spodbujanje podjetništva in olajšanje položaja MSP eden od prednostnih ukrepov Komisije.<sup>75</sup>

Pomemben korak pri varstvu MSP pa bo Skupno evropsko prodajno pravo (CESL), sicer opcijski instrument, če bo prestalo vse zakonodajne ovire.<sup>76</sup> Glavni cilj, ki ga zasleduje CESL, je namreč olajšanje čezmejnega poslovanja MSP,<sup>77</sup> pri tem pa CESL poseben položaj MSP upošteva tako v primerih, ko MSP poslujejo s potrošniki, kot tudi v primerih, ko MSP kot kupec sklepa pogodbo z drugim podjetjem. Osebni domet CESL je namreč opredeljen tako, da se lahko uporablja v potrošniških pogodbah in v pogodbah, pri katerih sta obe stranki trgovca<sup>78</sup> in je vsaj ena od njiju MSP.<sup>79</sup> A varstvo, ki ga nudi CESL, je večjega pomena za potrošnike kot za MSP, saj je večina določil obvezujoče narave le v potrošniških pogodbah, medtem ko stranki v pogodbah B2B od njih lahko odstopata. To ne velja za pravila o nepoštenih pogodbenih pogojih, ki jih ni mogoče pogodbeno izključiti, tudi če sta obe pogodbeni stranki trgovca. Nepoštenost pogojev v razmerjih B2B opredeljuje CESL drugače kot v potrošniških pogodbah. Merilo, po katerem se presoja nepoštenost v pogodbah med trgovcema, je namreč tudi to, ali je pogodbeni pogoj takšen, da njegova uporaba skrajno odstopa od dobre gospodarske prakse in je v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja.<sup>80</sup> V razmerjih B2C, po drugi strani, je pogoj nepošten, *»če v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja v škodo potrošnika povzroči bistveno neravnovesje med pravicami in obveznostmi strank, ki izhajajo iz pogodbe«*.<sup>81</sup> Razlikujejo se tudi okoliščine, ki jih je treba upoštevati pri ugotavljanju nepoštenosti.<sup>82</sup> V delu, ki se nanaša na nepošteno pogoje v potrošniških pogodbah, CESL vsebuje seznam pogodbenih

<sup>74</sup> Glej 1. člen Direktive 2011/7/EU o boju proti zamudam pri plačilih v trgovinskih poslih.

<sup>75</sup> Glej uvodni izjavi 6 in 7.

<sup>76</sup> Predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o skupnem evropskem prodajnem pravu [COM(2011)0635 final] je bil 26. 2. 2014 potrjen v Evropskem parlamentu, prestatu pa mora še odločitev Sveta. Za vsebinski pregled glej Beale, str. 20.

<sup>77</sup> Prvi odstavek obrazložitvenega memoranduma k Predlogu Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o skupnem evropskem prodajnem pravu [COM(2011)0635 final].

<sup>78</sup> Trговец je v 2. členu Predloga opredeljen kot *»vsaka fizična ali pravna oseba, ki ravna za namene v zvezi s svojo trgovsko, poslovno, obrtno ali poklicno dejavnostjo«*.

<sup>79</sup> Člen 7 Predloga Uredbe. Za kritično mnenje o razširitvi varstva na razmerja B2B v čezmejnih transakcijah glej Djinović in drugi, str. 26.

<sup>80</sup> Člen 86 CESL.

<sup>81</sup> Člen 83 CESL.

<sup>82</sup> Prim. drugi odstavek 83. člena in drugi odstavek 86. člena CESL.

pogojev, ki so vedno nepošteni, in takih, pri katerih se nepoštenost domneva,<sup>83</sup> medtem ko takšnih seznamov pri razmerjih B2B ni.

Iz tega sledi, da je priznana potreba MSP po varstvu v pogodbenih razmerjih z drugimi podjetji, vendar pa se obseg in merila varstva, ki ga potrebujejo, razlikujejo od obsega in meril varstva, ki gre potrošnikom. Če je res tako, je vprašanje, ali je širjenje uporabe pravil potrošniškega prava, kot je praksa v posameznih državah članicah (glej točko 3.2.), res ustrezen način varstva MSP in ali ne bi bilo primernejše za varstvo MSP uvesti posebnega režima.

## 5. Možnosti razširitve potrošniškega varstva na MSP v Sloveniji

Potrošniško varstvo v evropskem pravu (vsaj za zdaj) še ni razširjeno na MSP, zato je jasno, da Slovenija kot država članica tega ni dolžna storiti. Preveriti pa je treba, ali lahko, podobno kot nekatere druge države članice, nekatere vidike varstva kljub temu uporablja tudi za majhna podjetja oziroma ali v obstoječi zakonodaji obstajajo pravni nastavki za takšno uporabo.

Po ZVPot je potrošnik fizična oseba, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve za namen izven njegove poklicne ali pridobitne dejavnosti.<sup>84</sup> Definicija zaradi izrecnega sklica na fizične osebe ne ponuja manevrskega prostora, da bi sodišče lahko njeno uporabo razširilo tudi na podjetnike ali pravne osebe. Sodne prakse, ki bi nakazovala to smer, (za zdaj) še ni. Pač pa ZVPot na več mestih določa, da varstvo pripada tudi osebam, ki ne ustrezajo definiciji potrošnika. To velja za pravice iz drugega poglavja ZVPot, ki ureja odgovornost za izdelek,<sup>85</sup> za določila tretjega poglavja, ki ureja oglaševanje blaga in storitev,<sup>86</sup> in za pravice iz četrtega poglavja, ki se nanaša na pravila o garanciji.<sup>87</sup> Za ta področja je torej zakonodajalec presodil, da so poleg potrošnikov tudi druge osebe postavljene v položaj, ki utemeljuje njihovo varstvo.

Ker se slovenski zakonodajalec, sodišča, pa tudi akademiki po pravne rešitve pogosto zatekajo k nemškemu pravu zaradi sorodnosti obeh pravnih sistemov in podobne ureditve, velja preveriti, ali lahko kakšne nemške izkušnje glede varstva MSP uporabimo tudi v Sloveniji.

<sup>83</sup> Člen 84 in 85 CESL.

<sup>84</sup> Člen 1 ZVPot.

<sup>85</sup> Člen 11a ZVPot.

<sup>86</sup> Člen 12č ZVPot.

<sup>87</sup> Člen 21č ZVPot.

Podobno kot 1. člen ZVPot tudi § 13 BGB (glej točko 3.2.1.) v krog potrošnikov šteje le fizične osebe. Poleg tega, da varuje potrošnike, nemško pravo tudi podjetjem nudi varstvo pred nepoštenimi pogodbenimi pogoji, vendar ne s pomočjo razširitve definicije (ki tega zaradi besedne zveze *fizična oseba* niti ne dopušča), temveč z izrecno določbo, da se generalna klavzula za presojo nepoštenosti pogodbenih pogojev lahko uporablja tudi v razmerjih B2B.<sup>88</sup> Ob odsotnosti podobne določbe v ZVPot torej ne moremo slediti nemški praksi varovanja podjetij v okviru potrošniškega prava, vsaj kar zadeva varstvo pred nepoštenimi pogodbenimi pogoji

Do podobnega sklepa pridemo ob primerjavi slovenskega prava z drugimi pravnimi sistemi. Francoski *Code de la consommation* uporablja pojem neprofesionalne osebe, kar omogoča razširitev na podjetja, enako velja za angleški *Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA)*, ki varstvo pripisuje osebam, ki delujejo kot potrošnik. Kot v Nemčiji tudi na Nizozemskem zagotavljajo varstvo pred nepoštenimi pogodbenimi pogoji podjetjem (a le majhnim podjetjem) na podlagi izrecne določbe zakona.

V slovenskem potrošniškem pravu velja za MSP in ostale nepotrošnike varstvo na podlagi zakona, in sicer na področjih odgovornosti za izdelek, garancije in oglaševanja. Za varstvo na drugih področjih, ki jih ureja ZVPot, ni ustrezne podlage, saj ni določeno, da se lahko tudi pravila na drugih področjih potrošniškega prava uporabljajo v razmerjih B2B, definicija potrošnika pa tako široke interpretacije, da bi vključevala MSP, ne dopušča. Zanimivo je, da MSP ne uživajo varstva na področju nepoštenih pogodbenih pogojev, saj primerjalnopravni pregled kaže, da se prav na tem področju MSP najpogosteje znajdejo v enakem položaju kot potrošnik in potrebujejo varstvo. Do naslednje spremembe ZVPot bi torej morda veljalo razmisliti o vprašanju, ali in koliko želimo zaščititi MSP tudi na področju nepoštenih pogojev, ter raziskati možnosti, ki so na voljo. Nadaljnja razširitev potrošniškega varstva na MSP ne bi bila v neskladju z zakonodajo EU, saj ta celo v okviru Direktive 2011/83/EU, ki sicer predpisuje maksimalno usklajevanje, dopušča, da države članice varstvo razširijo na osebe, ki niso potrošniki v smislu Direktive (glej točko 3).

## 6. Sklep

Na podlagi izhodišča, po katerem se MSP podobno kot potrošniki pogosto znajdejo v položaju šibkejše stranke pogodbenega razmerja in so prizadeta zaradi asimetrije informacij na trgu, je ena od možnosti za izboljšanje njihovega položaja zaščita MSP v okviru potrošniškega prava. Že načelo, da je podobne

<sup>88</sup> § 310 BGB.

primere treba obravnavati podobno, narekuje, da bi morala biti v razmerjih s podjetji tudi MSP varovana, kadar delujejo zunaj svoje glavne dejavnosti. Čeprav je zakonodajalec EU že večkrat priznal poseben položaj MSP, jih (še) ne varuje kot potrošnike. Nasprotno pa v številnih državah članicah nacionalno pravo vsaj glede določenih pravil potrošniškega prava in pod določenimi pogoji varstvo namenja tudi podjetjem. To velja v vseh obravnavanih sistemih vsaj za varstvo pred nepoštenimi pogodbenimi pogoji. Znotraj potrošniškega prava je več metod varstva MSP, bodisi s širjenjem definicije potrošnika bodisi z izrecnim zakonskim določilom, da se določena pravila uporabljajo tudi za MSP. Z vidika pravne varnosti je druga možnost gotovo bolj ugodna, saj je lahko v primerih, ko je definicija prepuščena sodiščem, ta predmet pogostih in občutnih sprememb stališč sodne prakse.

Nadaljnja možnost pa je poseben režim pravil, ki bi se uporabljal samo za MSP, zunaj potrošniškega prava. Tak primer je ureditev varstva pred nepoštenimi pogodbenimi pogoji v predlogu CESL. Čeprav gre za varstvo znotraj istega akta, ki ureja potrošniško varstvo, gre v resnici za ločen režim, saj CESL merila za nepoštenost pogojev v razmerjih B2B določa drugače kot v razmerjih B2C. Takšno varstvo, posebej prirejeno položaju MSP, bi omogočalo upoštevanje okoliščin, ki so lastne MSP in se lahko razlikujejo od okoliščin pri sklepanju potrošniških pogodb.

Verjetno ni priporočljivo, da se uporaba celotnega potrošniškega prava razširi tudi na MSP. Takšno širjenje polja uporabe potrošniškega prava na druge kategorije bi utegnilo privedi do nižanja standardov obstoječega varstva za potrošnike. Zato je treba identificirati tista področja, na katerih je položaj MSP še posebej podoben položaju potrošnikov (glede na prakso v drugih državah članicah in ureditev v predlogu CESL je to morda varstvo pred nepoštenimi pogoji), in iskati način, da bodo na tem področju interesi MSP ustrezno varovani in njihov položaj izboljšán.



## Literatura in viri

- BASSENGE, Peter, BRUDERMÜLLER, Gerd, DIEDRICHSEN, Uwe, EDENHOFER, Wolfgang, GRÜNEBERG, Christian, HELDRICH, Andreas, HEINRICHS, Helmut, SPRAU, Hartwig, PUTZO, Hans, WEIDENKAFF, Walter, *Beck'sche Kurz-Kommentare*, Band 7, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl. München: C. H. Beck, 2006.
- BEALE, Hugh, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, RUTGERS, Jacobien, TALLON, Denis, VOGENAUER, Stefan, *Cases, Materials and Text on Contract Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010.
- BEALE, Hugh, The CESL Proposal: An Overview. *Juridica International*, 2013, XX, str. 20–31.
- BRULEZ, Pieter, Creating a Consumer Law for Professionals: Radical Innovation or Consolidation of National Practices?. V: Loos, M. B. M., in Samoy, I. (ur.), *The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law*. Cambridge – Antwerp: Intersentia, 2013, str. 41–68.
- CEPEC, Jaka, Asimetrija informacij v pogodbenem pravu. *LeXonomica*, 01/2009, str. 59.
- DJINOVIĆ, Marko, FRIEDL, Andrej, Skupno evropsko prodajno pravo – mar v B2B že ne obstaja? *Pravna praksa*, 2013, št. 7-8, str. 26.
- FLETCHER, Amelia, KARATZAS, Antony, KREUTZMAN-GALLASCH, Antje, *Small Businesses as Consumers: Are They Sufficiently Well Protected? A Report for The Federation of Small Businesses*, 2014, dostopno na: [http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8264594/fsb+project\\_small\\_businesses\\_as-consumers.pdf/f1ed4da5-14cf-4b80-a1d8-f76a0781def](http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8264594/fsb+project_small_businesses_as-consumers.pdf/f1ed4da5-14cf-4b80-a1d8-f76a0781def) (5. 8. 2015).
- HESSELINK, Martijn, *SMEs in European Contract Law: Background Note for the European Parliament on the Position of Small and Medium-Sized Enterprises (SMEs) in a Future Common Frame of Reference (CFR) and in the Review of the Consumer Law Acquis*, 2007, dostopno na: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1030301](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1030301) (5. 8. 2015).
- HONDIUS, Ewoud, The Notion of Consumer: European Union versus Member States. *Sydney Law Review*, 2006, Vol 28/1, str. 89–98.
- ILEŠIČ, Mirko, Enakopravnost, pravičnost in pogodbeni razmerja. *Podjetje in delo*, 1995, št. 7, str. 925.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (redaktorja), *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem* (1. knjiga). Ljubljana: GV Založba, 2003.
- MICKLITZ, Hans W., STUYCK, Jules, TERRY, Evelyne, *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010.
- MICKLITZ, Hans W., REICH, Norbert, The Commission Proposal for a »Regulation on a Common European Sales Law (CESL)« – Too Broad or Not Broad Enough? *EUI Working Paper LAW 2012/04*, ERPL-03, dostopno na: <http://cadmus.eui.eu/>



bitstream/handle/1814/20485/LAW\_2012\_04\_ERPL\_03.pdf?sequence=3 (5. 8. 2015).

PONGELLI, Giacomo, The Proposal For A Regulation on A Common European Sales Law (CESL) and Its Gradual Evolution. *Comparative Law Review*, 2013, Vol. 4.

SCHULTE-NÖLKE, Hans, TWIGG-FLESNER, Christian, EBERS, Martin (ur.), *EC Consumer Law Compendium, The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*. München: Sellier. European Law Publishers, 2007.

STUYCK, Jules, Do We Need 'Consumer Protection' for Small Businesses at the EU level? V: Purnhagen, K., Rott, P. (ur.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer, 2014, str. 359–371.

VON BAR, Christian, CLIVE, Eric, SCHULTE-NÖLKE, Hans, BEALE, Hugh, HERRE, Johnny, HUET, Jérôme, STORME, Matthias, SWANN, Stephen, VARUL, Paul, VENEZIANO, Anna, ZOLL, Fryderyk, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, dostopno na: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf) (5. 8. 2015).



## II.

# Pravnoekonomska funkcija varstva potrošnikov

Ekonomska smiselnost predpisov na področju varstva potrošnikov  
*Katarina Zajc, Luka Markelj*

Zavajajoče označevanje živil, behavioristična ekonomija in varovanje  
potrošnikov  
*Mitja Kovač, Simona Kotnik*

Korist potrošnika kot skupni cilj in enovit standard presoje v pravu varstva  
potrošnikov in konkurenčnem pravu?  
*Klemen Podobnik*



# Ekonomska smiselnost predpisov na področju varstva potrošnikov

Katarina Zajc, Luka Markelj

## 1. Uvod

Pravo varstva potrošnikov sega v šestdeseta oziroma sedemdeseta leta prejšnjega stoletja, pred tem je bila politika varstva potrošnikov del politike varstva konkurence. Pravo varstva potrošnikov se je razvilo na podlagi ugotovitve, da so lahko potrošniki tudi v primeru čiste konkurence v pogodbenih odnosih v slabšem položaju kot veliki ponudniki.<sup>1</sup> Posledica tega naj bi bile »slabše« odločitve potrošnikov in tako znižanje njihove blaginje. Z drugimi besedami, ponudniki naj bi potrošnike izkoriščali, saj naj bi bili v boljšem pogajalskem položaju. Potrošniki kot šibkejši udeleženci na trgu običajno nimajo potrebnega znanja in informacij ter jim primanjkuje časa za sprejem nakupne odločitve, ki je zunaj njihove poslovne dejavnosti. Zakonodajca varstva potrošnikov navadno od ponudnikov zahteva razkritje informacij potrošnikom glede dobrin (storitev in proizvodov), ki jih ponujajo na trgu, v določenih primerih pa posega tudi v vsebino pogodbenega razmerja med ponudniki in potrošniki (npr. s standardi varnosti, pravico do odstopa od pogodbe, obvezno vsebino pogodbenih razmerij).<sup>2, 3, 4</sup> Prispevek obravnava informiranje potrošnikov, preden ti sklenejo transakcijo. Predhodno informiranje potrošnikov je namreč splošno uveljavljeno

<sup>1</sup> Poudariti je treba, da se je pravo varstva potrošnikov pojavilo že v rimskih časih, in sicer v obliki odgovornosti za skrite napake, pozneje pa tudi v obliki predpisov o tehtanju, nevarnih zdravilih, poživilih in podobno (Hadfield, Howse in Trebilcock, str. 131). Res pa je, da so se pravila na tem področju začela zelo intenzivno pojavljati v šestdesetih in sedemdesetih letih prejšnjega stoletja.

<sup>2</sup> Schwartz in Wilde, str. 630.

<sup>3</sup> Potrošniki niso »varovani« samo s t. i. potrošniškimi zakoni, saj ima tudi objektivna odgovornost na področju neposlovne odškodninske odgovornosti svoj ratio v tem, da je treba potrošniku ponuditi informacije, do katerih sicer sam zelo težko pride, oziroma da je odškodninsko odgovoren tisti, ki ima več informacij (glej Calabressi).

<sup>4</sup> Ilešič, Pernek in Igljčar so že leta 1980 v knjigi *Pravno varstvo potrošnikov* (str. 16) zapisali: »Nadvse očitno je namreč, da potrošnik v marsikaterem primeru še zdaleč ne odloča po svoji volji, dasi mu je to pravno zagotovljeno. Predvsem so blago in storitve, ki so predmet njegovih potreb, danes mnogokrat tako zapleteni, da potrošnik (povprečni) ni več sposoben preizkusiti njihovih lastnosti oziroma jih pravilno oceniti. Stalni pritisk s pomočjo reklame in drugih podobnih oblik ponujanja blaga in storitev, ki sloni pretežno že na znanstveni podlagi, često omejuje potrošnikovo možnost, da se res odloča v skladu s svojimi interesi. Njegova svoboda je tako prizadeta zaradi pomanjkanja informiranosti na eni strani,

v vseh potrošniških pogodbenih razmerjih, zakonodajalčevo vsebinsko poseganje v pogodbeno razmerja pa je omejeno na posamezna področja, na katerih so potrošniki izpostavljeni večjim tveganjem (npr. varna hrana, potrošniški krediti, pogodbe sklenjena na daljavo in izven poslovnih prostorov). Cilj zakonodaje je zagotoviti potrošnikom dovolj informacij, da bi se lahko učinkovito odločili (sprejeli ekonomsko učinkovito nakupno odločitev), torej maksimirali svoje zadovoljstvo oziroma blaginjo. Glavni »krivec« za neoptimalne potrošniške odločitve naj bi torej bilo pomanjkanje informacij na strani potrošnikov in naloga zakonodaje je, da naloži ponudnikom razkritje čim več informacij. Novejši razvoj behavioristične ekonomike na podlagi empiričnih raziskav dodatno kaže, da potrošnik, ki ima na voljo vse objektivno relevantne informacije za nakupno odločitev, pogosto zaradi pomanjkanja znanja in časa kljub temu ne more sprejeti racionalne nakupne odločitve. Z gospodarskim napredkom se preglednost trga še zmanjšuje, zato bodo imele ugotovitve behavioristične ekonomike pomembno vlogo v razvoju prava varstva potrošnikov.

Kmalu po uvedbi t. i. potrošniške zakonodaje v šestdesetih in sedemdesetih letih prejšnjega stoletja pa so se pojavile tudi kritike, da predpisi, ki varujejo potrošnike, niso dovolj učinkoviti oziroma da so celo nepotrebni.<sup>5</sup> Seveda bo določena stopnja potrošniške zaščite vedno dobrodošla in potrebna. Zastavijo pa se vprašanja, zakaj potrošniki potrebujejo zaščito, kdaj naj jih država zaščiti in na kakšen način naj to stori.<sup>6</sup> Namen članka je na ta vprašanja odgovoriti na podlagi ekonomske analize prava. Po uvodu so v drugem poglavju razloženi ekonomski razlogi za nastanek in vzpostavitev prava varstva potrošnikov z opisom neoklasičnega ekonomskega modela, njegovih modifikacij in razvoja. V tretjem poglavju je analiza posameznih primerov urejanja varstva potrošnikov, četrto poglavje je namenjeno osnovnemu pregledu slovenskega prava varstva potrošnikov z analizo ekonomske učinkovitosti pravne ureditve. Sledi sklep.

## 2. Ekonomski razlog za nastanek in obstoj prava varstva potrošnikov

Pri analiziranju prava varstva potrošnikov ekonomska analizira prava preučuje, ali potrošnik optimizira svoje odločitve, torej ali maksimira svoje zadovoljstvo oziroma blaginjo. Pri tem se analizira, kakšne možnosti so na voljo potrošniku na trgu, kako se pokrivajo preference potrošnikov in dejanske tržne transakcije

---

*na drugi strani pa zaradi dejstva, da je v številnih primerih potrošnik prisiljen (dejansko, ne pravno), da kupi določeno blago ali storitev.«*

<sup>5</sup> Reich, str. 1.

<sup>6</sup> Povzeto po Reich, str. 3.

in ali potrošnik, glede na svoje preference, ki jih ima glede dobrin, določeno dobrotno tudi kupi po najnižji možni ceni. Ekonomska analiza torej raziskuje, ali so potrošniki za dobrotno plačali ceno, ki je višja, kot so ponudnikovi povprečni stroški, ali so kupili dobrine, ki imajo napake, za katere niso vedeli in v katere niso privolili, ali potrošniki kupujejo dobrine na podlagi informacij, ki jim sploh omogočajo, da se racionalno odločijo. Na podlagi tega se nato definira, kakšne transakcije so za potrošnika slabe (neoptimalne, saj mu ne maksimirajo blaginje oziroma zadovoljstva) in kako bi te slabosti odpravili.<sup>7</sup> Ekonomska teorija je torej postavila mejo med pravili oziroma zakonodajo, utemeljeno na ekonomski analizi, katere rezultat je pokazal, da je zakonodaja upravičena in povečuje blaginjo potrošnikov, ter na drugi strani paternalistično zakonodajo, ki je upoštevala med drugim situacije, ki naj bi korigirale tudi »zavestno« neznanje in »lenobo« potrošnikov.<sup>8</sup>

Kot model analize se je v preteklosti uporabljal neoklasični model konkurenčnega trga. V zadnjih dvajsetih letih pa se je to korenito spremenilo, kot bo razloženo v nadaljevanju, kar je tudi vplivalo na drugačen pogled na implementiranje prava varstva potrošnikov, čeprav se kot osnovni model preučevanja potrebe po reguliranju potrošniških transakcij še vedno uporablja neoklasični model, seveda z določenimi modifikacijami, osrednja problema pa sta ostala pomanjkanje informacij in nekonkurenčnost trgov.

## 2.1. Neoklasična teorija

Neoklasična teorija uči, da čista konkurenca na trgu avtomatično vodi v najnižje možne cene za potrošnike in hkrati maksimira blaginjo družbe kot celote.<sup>9</sup> Obstajata dve situaciji, ki na podlagi neoklasične teorije upravičujeta intervencijo države v smislu varstva potrošnikov, in sicer pomanjkanje informacij<sup>10</sup> in napake

<sup>7</sup> Povzeto po Hadfield, Howse in Trebilcock, str. 132.

<sup>8</sup> »The problem lies not with 'bad' products or irrational consumers, but in a certain market conditions which do not provide sellers with sufficient incentive to prevent rational consumers from making costly mistakes.« (Reich, str. 20)

<sup>9</sup> Čista konkurenca je definirana kot tržno stanje, ko je ponudnikov in povpraševalcev toliko, da nobeden individualno ne more vplivati na ceno, ko imajo ponudniki in povpraševalci neoviran pristop na trg in izstop z njega, ko se ponujajo popolnoma homogene dobrine, ko so ponudniki in povpraševalci popolnoma gibljivi ter ko imajo ponudniki in povpraševalci popolne informacije. V razmerah čiste konkurence pride do Paretovega ravnotežja, kar pomeni, da nobenemu izmed ponudnikov oziroma povpraševalcev ne moremo izboljšati položaja, ne da bi nekomu drugemu hkrati poslabšali položaj (Bajt in Štiblar, str. 209 in nasl. ter 361 in nasl.).

<sup>10</sup> Stigler je leta 1961 v članku lepo prikazal, da pomanjkanje informacij na trgu rabljenih avtomobilov potrošnikom škodi. Njegova hipoteza je bila, da ker večina potrošnikov ne more ločiti med »dobrimi« in »slabimi« starimi avtomobili, se lastnikom »dobrih« avtomobilov ne splača pripeljati svojih avtomobilov na trg. Tako se prodajajo samo »limone«.

trga, ki obe ovirata obstoj čiste konkurence.<sup>11</sup> Med napake trga spadajo eksternalije, javne dobrine, monopol in druge vrste omejene konkurence.<sup>12</sup>

Neoklasična teorija temelji na predpostavki racionalnega potrošnika, kar pomeni, da se potrošnik zna vedno optimalno odločiti, saj naj bi bile njegove preference (glede odločitve med dobrinami) popolne in tranzitivne. Popolnost preferenc pomeni, da se potrošnik vedno lahko odloči in rangira dobrine med tistimi, ki jih ima najraje, in tistimi, ki jih nima. Njegove preference so tudi tranzitivne, kar pomeni, da če ima raje dobrino Y kot dobrino X ter raje Z kot Y, potem ima raje tudi Z kot X.<sup>13</sup> Odločanje na podlagi teh predpostavk je za potrošnika optimalno, saj maksimira njegovo blaginjo. Višina potrošnikove blaginje pa je odvisna tudi od tržnega stanja in dostopnosti informacij. V čisti konkurenci se ponudniki srečujejo s tržno ceno, ki je za vse ponudnike enaka in nanjo ne morejo vplivati. Zato konkurenca med njimi povzroči, da vsi ponujajo po ceni, ki je enaka mejnim in povprečnim stroškom, in dobički ponudnika so na dolgi rok enaki 0. Z drugimi besedami, v čisti konkurenci potrošniki kupujejo dobrino po najnižji možni ceni in imajo na voljo vse informacije. Če informacije niso na voljo oziroma na trgu ni čiste konkurence, blaginja potrošnikov ne bo nujno optimirana.

V razmerah čiste konkurence (graf 1) imajo potrošniki na voljo vse informacije in kupujejo dobrine po ceni, ki je enaka mejnim in povprečnim stroškom, kar pomeni, da dobrine na trgu ni mogoče dobiti po nižji ceni in je tako blaginja potrošnikov maksimirana.

V omejeni konkurenci (graf 2) potrošnikova blaginja ni tako visoka kot v čisti konkurenci, saj monopolist navadno – ne pa nujno (tak primer je, če je vstop na monopolni trg prost) – postavi cene, ki so višje od mejnih stroškov. To pomeni, da potrošniki ne kupujejo po najnižji možni ceni (ki je enaka mejnim stroškom), ampak po višji (A), kar povzroča neučinkovitosti, saj plačujejo višjo ceno, kot bi jo v čisti konkurenci (razlika med C in A). Zaradi pojasnjene se del potrošniškega dobička, ki bi v okolju čiste konkurence pripadel potrošniku in povečeval njegovo blaginjo, spremeni v monopolni dobiček (ABCD) in pripade ponudniku. Hkrati stanje omejene konkurence vodi v situacijo, da ponudniki na trgu ponudijo precej manj dobrin kot v čisti konkurenci (razlika med F in M), zaradi česar se pojavi tudi mrtva izguba, in sicer tako za potrošnike kot za ponudnike in s tem družbo kot celoto (BDE). Simultano se pojavi tudi iskanje rent, ko ponudniki, ki hočejo

<sup>11</sup> Pomanjkanje informacij včasih povzroči tudi situacije, ki so naštetje kot napake trga.

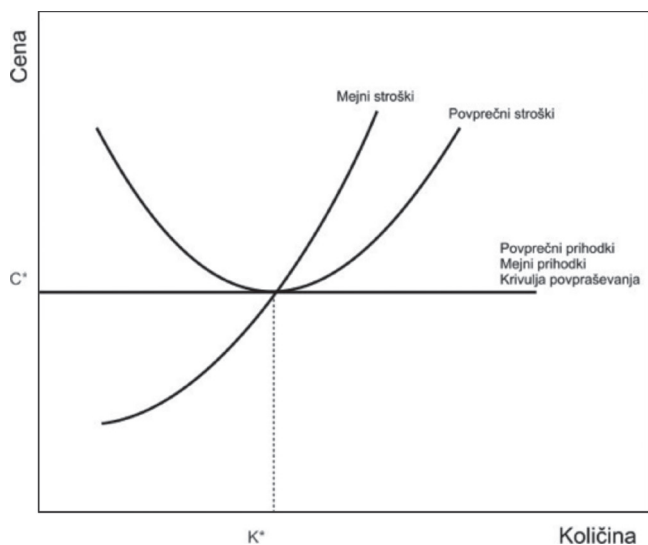
<sup>12</sup> Tu mislimo na dobrine v ekonomskem, ne v pravnem smislu. Eksternalije so dejanja enega akterja na trgu, ki vplivajo na drugega akterja na trgu; brez intervencije države oziroma dogovora med njima ne pride do kompenzacije med njima. Klasični primer negativnih eksternalij so imisije.

<sup>13</sup> Bajt in Štiblar, str. 182.



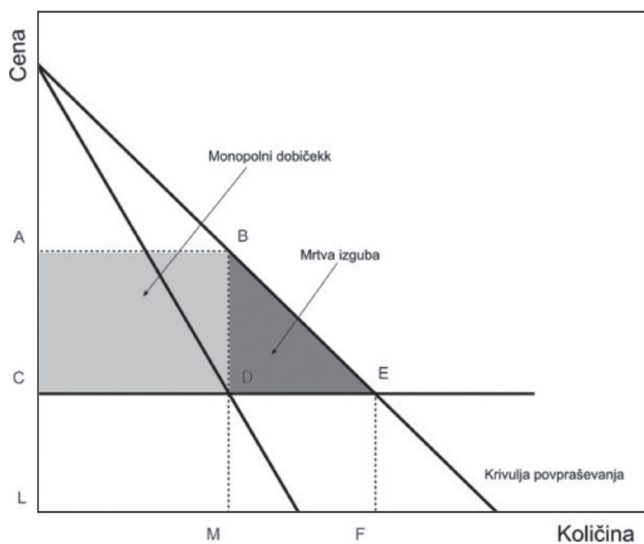
postati monopolisti, ves svoj dobiček (ABCD) lahko potrošijo za neproduktivne dejavnosti, kot je lobiranje za pridobitev monopolnega položaja.

**Graf 1: Čista konkurenca**



Vir: Economics Online, 2015.

**Graf 2: Omejena konkurenca**



Vir: Europe Economics, 2007, str. 125.

Pravo varstva potrošnikov se je tako v šestdesetih in sedemdesetih letih prejšnjega stoletja skoncentriralo predvsem na vprašanje, ali imajo ponudniki tržno moč (napake trga) in so tako v boljšem pogajalskem položaju kot potrošniki oziroma ali so potrošniki v slabšem položaju, ker nimajo dovolj informacij za odločitev, saj jih ponudniki na trgu ne ponudijo ali ne v dovoljšni količini, oziroma potrošniki niso dovolj sofisticirani oziroma izobraženi.<sup>14, 15, 16</sup> Obveljalo je mnenje, da je pravna regulacija trga upravičena zgolj takrat, ko na trgu ni čiste konkurence, in ne tudi takrat, ko je veliko število potrošnikov neinformiranih, čeprav konkurenčni trgi informacije ponujajo v zadostni meri za informirano nakupno odločitev ter ima potrošnik na voljo dovolj informacij, da na njihovi podlagi maksimira svoje zadovoljstvo.<sup>17</sup> Samo dejstvo, da nekateri potrošniki kupujejo dobrine, ki so povezane z velikimi tveganji oziroma z velikimi stroški iskanja informacij o njih samih, še ne pomeni neučinkovitega delovanja trgov, ampak nakazuje, da lahko določeni potrošniki na takšen način maksimirajo svoje zadovoljstvo. Pravo vprašanje, ki se je zastavilo, je bilo torej, ali so trgi učinkoviti in ali je na trgu dovolj tistih potrošnikov, ki aktivno iščejo informacijo o dobrinah in tako ponudnike v tekmi za potrošnike »prisilijo«, da na trgu ponudijo optimalno količino informacij oziroma ponudijo dobrine po najnižji možni ceni (ceni, ki je enaka mejnim stroškom) oziroma ali je na trgu dovolj ponudnikov, ki jim je mar za svoj ugled, in bodo na trg postavili zadostno količino informacij.<sup>18</sup> Če je takšnih potrošnikov oziroma ponudnikov dovolj, potem pravila niso potrebna, saj ponudniki prostovoljno razkrijejo dovolj informacij. Cilj reguliranja v prid potrošnikov je tako čim bolj zmanjšati verjetnost, da bi potrošniki pri svojih odločitvah naleteli na skrite stroške oziroma da ne bi dovolj dobro ocenili tveganj, povezanih z nakupom dobrine, s tem pa breme razkritja naložiti ponudnikom, saj imajo ti navadno več informacij kot potrošniki oziroma jih lahko razkrijejo z manjšimi stroški kot potrošniki.

Začetni modeli ekonomske teorije, ki so vsebovali predvsem elastičnost ponudbe in povpraševanja ter tržne strukture, koncentrirali pa so se na učinkovitost delovanja trga kot celote, so se v razvoju ekonomske teorije, zlasti teorije o industrijski organizaciji, izpopolnjevali z vključevanjem teorije informacij, prepričan potrošnikov, transakcijskih stroškov ter dolgoročnih strategij. Zaradi tega so postali precej bolj zapleteni in kompleksni, s tem pa tudi priporočila, kdaj naj država potrošnike zaščiti in na kakšen način naj to naredi. Modeli in empirični

<sup>14</sup> Povzeto po Trebilcock.

<sup>15</sup> Hadfield, Howse in Trebilcock.

<sup>16</sup> Glej tudi Vickers.

<sup>17</sup> Schwartz in Wilde, str. 631 in nasl.

<sup>18</sup> Reich.

podatki so npr. pokazali, da lahko pride do cen, ki so precej višje od povprečnih (in torej mejnih) stroškov, na trgih, na katerih deluje veliko ponudnikov. Po drugi strani lahko pride do konkurenčnih cen (ko je cena enaka mejnim stroškom in torej povprečnim stroškom) na trgu, na katerem je razmeroma majhno število ponudnikov in na katerem bi po konvencionalni teoriji veljalo, da so cene višje kot mejni stroški in tako potrošniki ne maksimirajo svojega zadovoljstva. Predvsem pa je bilo pomembno spoznanje, da je pomanjkanje informacij imanentno tržnemu gospodarstvu in da so informacije redka dobrina, ki jo je mogoče obravnavati kot druge redke dobrine. Modeli so pokazali, da imajo potrošniki z iskanjem informacij stroške in tako ne zberejo vseh informacij, ki so objektivno na voljo, ter da na podlagi zbranih informacij sprejmejo odločitev, ki pa ni nujno enaka tisti, ki bi jo sprejeli, če bi imeli na voljo popolnoma vse informacije. Tudi ponudniki tehtajo stroške posredovanja informacij potrošnikom in se glede na to odločijo, koliko bodo razkrili.<sup>19</sup>

## 2.2. Nasledniki neoklasične teorije

V nadaljevanju bodo predstavljene situacije, ki so spodbudile razvoj ekonomske teorije in odstopanja od klasične ekonomske teorije in posledično vodile do priporočil o drugačnem urejanju prava varstva potrošnikov.<sup>20</sup>

### 2.2.1. Struktura trga

Struktura trga (čista konkurenca, monopol, duopol itd.) je zelo pomemben (vendar ne edini) indikator, ali in koliko bodo potrošniki dobili informacije, ki so potrebne za njihovo odločitev. Dolgo časa je veljalo, da konkurenčni trgi avtomatično prinašajo blaginjo potrošnikom. Vendar so empirične analize lastnosti posameznih trgov razkrile, da lahko monopolist, zlasti na trgu, kjer ni vstopnih stroškov, postavi ceno, ki je enaka tisti, ki bi veljala v razmerah čiste konkurence. Cena je torej enaka mejnim stroškom in potrošniki plačujejo najnižjo možno ceno. Podobno je z monopolistom, ki ponuja trajne dobrine, saj dobrine, ki jih ponuja na trgu, konkurirajo same sebi. Tudi vertikalna združitev dveh monopolistov se je z vidika potrošniške blaginje dolgo časa štela za neučinkovito, potem pa se je ugotovilo, da je združitev dveh vertikalno povezanih monopolistov dejansko v korist potrošnikov, saj se odpravi dvojna situacija, ko so cene višje kot mejni stroški, kar povečuje blaginjo potrošnikov. Po drugi strani pa obstajajo trgi, na

<sup>19</sup> Glej npr. tehtanje stroškov in koristi, ki ga je opravila družba Ford v zadevi *PINTO* – sodba Court of Appeals of California v zadevi *Grimshaw v. Ford Motor Company* (119 Cal.App.3d 757) z dne 29. 5. 1981.

<sup>20</sup> Povzeto po Hadfield, Howse in Trebilcock, str. 135 in nasl.

katerih je razmeroma veliko ponudnikov, kar bi nakazovalo na približek čiste konkurence, vendar kljub temu pride do cen, ki niso enako mejnim stroškom. Sama tržna struktura, brez nadaljnje analize, ne daje odgovora na vprašanje, ali naj pride do zaščite potrošnikov.

### 2.2.2. Pogajalska moč

Industrijska organizacija se je od dotedanje analize trgov začela usmerjati na posamezne transakcije, saj je bilo ugotovljeno, da je pogajalska moč pomemben dejavnik pri interakciji gospodarskih družb na trgu. Analize so pokazale, da je zelo težko ugotoviti, katere so točno tiste spremenljivke, ki naj bi določenemu udeležencu na trgu dajale močnega pogajalski položaj. Če zakonodajalcu ni znano, katera je tista stranka, ki ima močnejši pogajalski položaj, lahko pravna regulacija privede do tega, da po pomoti še poveča pogajalsko moč posameznim udeležencem na trgu.

### 2.2.3. Informacije

Informacije so imele že v šestdesetih in sedemdesetih letih prejšnjega stoletja pomembno vlogo, pozneje pa se je še okrepila. Prejšnji modeli so njihovo vlogo razumeli zelo črno-belo in že dejstvo, da naj bi potrošnikom predpisi omogočili priti do informacij, naj bi zadostovalo, da se spet vzpostavi pogajalsko ravnotežje. Modernejše analize pa so predstavile modele, v katerih informacije na zelo subtilen in kompleksen način vplivajo na pogajalski položaj, kar pomeni, da ni optimalna »črno-bela« zakonodaja, ki motivira ponudnike, da razkrijejo informacije oziroma v pogodbe s potrošniki vključijo določene klavzule. Hkrati so ti modeli potrdili, da so stroški informiranja tržnim transakcijam imanentni, in pokazali paradoks, ki nastane ob uporabi zelo dragih informacijskih postopkov, kakršne zahtevajo predpisi, da bi odpravili problem informiranja potrošnikov, saj so stroški, ki jih takšni predpisi povzročijo ponudnikom, večinoma višji kot pa stroški (zmanjšanje potrošniške blaginje), ki nastanejo ob odločitvi potrošnikov na podlagi pomanjkljivih informacij.

## 2.3. Behavioristična ekonomika

Izhodišče behavioristične ekonomike ni več idealizirani potrošnik kot ekonomsko racionalno bitje, ampak na podlagi empiričnih raziskav upošteva, da ljudje ne maksimirajo vedno svojega zadovoljstva, saj npr. nimajo dovolj samokontrole, njihovo odločanje temelji na napačni oceni koristi in stroškov določenih dejanj ali pa niso zmožni odločanja, če imajo na voljo (pre)veliki obseg informacij. Dognanja behavioristične ekonomike so pomagala oblikovati pravo

varstva potrošnikov v situacijah, v katerih neoklasična teorija ni videla ekonomske podlage za pravno intervencijo, npr. v primerih velike količine informacij, negotovosti in časovne oddaljenosti transakcije.

### 2.3.1. Izbira in kompleksnost

Potrošniki se včasih odločajo o zelo kompleksnih proizvodih oziroma imajo na voljo zelo veliko informacij. Empirične študije kažejo, da v takšnih situacijah pri odločanju nekatere možnosti izbire ignorirajo, včasih pa se za transakcije preprosto ne odločijo. Treba je poudariti, da potrošniki velikokrat pri odločanju določene možnosti sploh ne upoštevajo, kar je pogosto celo optimalno, ker so stroški previsoki. Po drugi strani pa jih lahko to vodi tudi do zelo neoptimalnih odločitev. Benartzi in Thaler<sup>21</sup> sta npr. preiskovala potrošniške investicijske odločitve na področju varčevanja in ugotovila, da potrošniki investiranje enakomerno razporedijo med vse možnosti, ko jim investicijski sklad delodajalca da na voljo več različnih možnosti za investiranje, čeprav to ni vedno optimalno oziroma večinoma ni optimalno. Prav tako so empirični podatki pokazali, da se potrošniki ob velikem obsegu informacij o dobrinah osredotočijo predvsem na ceno, kar pomeni, da pri kompleksnih dobrinah ignorirajo celo vrsto lastnosti dobrin. Pri tiskalnikih so tako pozorni na ceno tiskalnika in prezrejo ceno kartuš, kar ob prvem nakupu kartuš lahko povzroči neljubo presenečenje. Pri kompleksnejših dobrinah si tako ponudniki konkurirajo pri tistem delu cene, ki ga potrošnik opazi, omejena konkurenca pa je na področju lastnosti oziroma cen, ki jih večina potrošnikov ne opazi.

### 2.3.2. Izbira in negotovost

Neoklasična teorija uči, da bodo potrošniki v negotovosti preučili vse možnosti in njihovo korist ter jih pomnožili z verjetnostjo, da se določena situacija zgodi, ter ob upoštevanju tako pridobljene vrednosti pričakovane koristi opravili izbiro, tako da bodo maksimirali svojo korist. Behavioristični ekonomisti pa so ugotovili, da se dejansko ne odločajo tako, ampak si izberejo preferenčno točko, po kateri se ravna in ocenjujejo alternative. Vsaka izguba, ki je odmaknjena od te točke, je za potrošnike bolj boleča, kot je vredna enako velika pozitivna korist. Pripravljeni so tvegati, da bi se izognili velikim stroškom, kar pa ne velja za situacije, v katerih bi lahko veliko pridobili.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Benartzi in Thaler.

<sup>22</sup> Kahneman in Tversky.

### 2.3.3. Izbira in časovna komponenta

Kljub drugačni predpostavki neoklasične teorije so ekonomisti ugotovili, da potrošniki sedanost cenijo nad pričakovanji oziroma bolj, kot bi bilo to ekonomsko upravičeno in racionalno. Potrošniki mnogo bolj cenijo 100 evrov danes kot pa 150 evrov čez eno leto, kljub temu da časovna vrednost denarja ne daje opore za takšno odločitev (npr. 100 evrov, prejetih danes, bo čez 1 leto vrednih 105 evrov, ne 150 evrov). Enako kot koristim tudi stroškom v prihodnosti potrošniki pripisujejo objektivno gledano premajhen pomen. Zaradi takšnega razumevanja časovne komponente lahko v sedanosti sprejemajo odločitve, ki jih bodo v prihodnosti obžalovali.

### 2.3.4. Implikacije behavioristične teorije za pravno regulacijo

Behavioristična teorija ne spreminja temeljne analize neoklasične ekonomije, ampak daje usmeritve za politiko varstva potrošnikov na posameznih področjih, zlasti glede obsega informacij, ki naj se zagotavljajo potrošniku, in določanja t. i. referenčne točke. Behavioristična ekonomika ugotavlja, da postopek potrošnikovega odločanja ni nujno optimalen, ko je potrošnik seznanjen s (pre)velikim obsegom informacij, zato je treba pri pripravi pravne regulacije skrbno preučiti, koliko in katere informacije naj potrošnik sploh dobi.<sup>23</sup> Prav tako ima na postopek odločanja potrošnika zelo močan vpliv t. i. referenčna točka. Beshears in drugi<sup>24</sup> so ob preučevanju ponudb avtomobilskega zavarovanja v New Jerseyju in Pensilvaniji npr. ugotovili, da se potrošniki večinoma odločijo za tisto verzijo zavarovanja, ki je določena kot osnovna (referenčna torej), ne glede na ceno. V Pensilvaniji je bila kot osnovna ponudba označena zavarovalna ponudba z višjo ceno in jo je kljub temu izbralo približno 70 odstotkov zavarovancev, medtem ko se je v New Jerseyju, kjer je bila ista zavarovalna ponudba označena kot opsijska, zanjo odločilo samo 21 odstotkov zavarovancev. Ob predpostavki o potrošniku kot ekonomsko racionalnem bitju bi seveda pričakovali, da bo ta, *ceteris paribus*, vedno izbral storitev z nižjo ceno, vendar empirični podatki kažejo, da ni vedno tako.

## 3. Analiza posameznih primerov urejanja varstva potrošnikov

Kljub razvoju na področju ekonomske analize in industrijske organizacije si je stroka edina, da so informacije in dostop do njih še vedno ključni mehanizem

<sup>23</sup> V ZDA so zmanjšali število informacij, ki morajo biti na etiketi za prehranske izdelke. Zdaj so zahtevane samo tiste, ki naj bi bile za potrošnika najbolj pomembne.

<sup>24</sup> Beshears in drugi.

prava varstva potrošnikov, vpliv tržne strukture na blaginjo potrošnikov pa je treba preučiti posamično za vsako konkretno situacijo.

Asimetrija informacij med potrošniki in ponudniki pred zakonodajalca postavlja celo vrsto problemov. Odločiti se mora, katere situacije sploh zahtevajo pravno ureditev, kateri instrument uporabiti (npr. klavzule v pogodbi, licenciranje, minimalni standardi in podobno) in ali je pravna regulacija utemeljena na podlagi analize stroškov in koristi (*cost-benefit analysis*). Ali torej uvedba pravne regulacije pozitivno ali negativno vpliva na družbeno blaginjo kot seštevek blaginj potrošnikov in ponudnikov oziroma ali implementacija določenega instrumenta (npr. zahteve po predhodnem informiranju potrošnikov) povzroči več stroškov na strani ponudnikov kot koristi na strani potrošnikov. Lahko se zgodi, da so stroški sprejemanja in implementacije določenih pravil za varstvo potrošnikov tako visoki, da presegajo koristi, ki bi jih imeli potrošniki, zato je regulacija ekonomsko neupravičena, saj zmanjšuje blaginjo družbe kot celote.

V nadaljevanju sta predstavljeni situaciji, v katerih se zadeve lahko zelo zapletejo, in sicer obvezno razkritje informacij ter prepoved diskriminacije med potrošniki. Sledi predstavitev primera analize Direktive o trženju finančnih storitev potrošnikom na daljavo, sprejete septembra 2002 (v nadaljevanju: Direktiva) in njene uspešnosti na področju varstva potrošnikov.

### 3.1. Obvezna razkritja

Ben-Sharif in Schneider<sup>25</sup> v svojem članku ugotavljata, da obvezna razkritja v ZDA niso tako učinkovita, da bi jih zakonodajalec uporabljal v tolikšni meri, kot pa jih uporablja zdaj. Njun očitek temelji na dejstvu, da ponudniki ne razkrijejo vseh informacij in da potrošniki ne dobijo vseh informacij, ki bi jih potrebovali za racionalno odločitev. Potrošniki ne preberejo vseh informacij, če pa jih, jih večino ne razumejo oziroma jih ne uporabijo, četudi jih razumejo. Zaradi tega obvezna razkritja ne izboljšajo njihovih odločitev. Navedeno avtorja prikažeta na empiričnih študijah o učinkih razkritja informacij na finančnem področju (*Truth-in Lending Acts*) v ZDA, predvsem glede razkritja letne obrestne mere na kredite. Ugotovili so, da so potrošniki s kreditno obrestno mero sicer seznanjeni, vendar kljub temu ne vedo, kako naj si izračunajo, kako »drag« je njihov kredit oziroma kaj naj s podatkom sploh počnejo.<sup>26</sup> Prav tako ne preberejo vseh razkritij v dokumentih, povezanih s kreditnimi pogodbami, oziroma jih niti ne razumejo, kar vodi do tega, da obvezna razkritja koristijo predvsem najbolj

<sup>25</sup> Ben-Sharif in Schneider.

<sup>26</sup> Ben-Sharif in Schneider, str. 666 in nasl.

izobraženim potrošnikom, ki bi po vsej verjetnosti do enakih informacij prišli tudi brez obveznih razkritij. Tudi pri kreditnih karticah so ugotovili, da obvezna razkritja niso dosegla namena, in sicer povečanja konkurence med ponudniki kreditnih kartic. Avtorja sta raziskala tudi stanje na področju zdravstva, kjer se pacienti odločijo za vrsto zdravljenja na podlagi prejetih informacij.<sup>27</sup> Ugotavljata, da zdravniki pacientom ne dajejo relevantnih informacij, na podlagi katerih bi se ti lahko racionalno odločili. Pri tem niso v pomoč niti brošure in podatki, ker bolniki ne razumejo »zdravniškega« jezika. Tudi če zdravniki razkrijejo vse relevantne informacije, ki bi bile potrebne za racionalno določitev, jih pacienti ne razumejo oziroma si jih ne zapomnijo. Študija ugotavlja, da manj kot polovica pacientk razume preživetveno dobo pri raku na dojki in da jih manj kot dvajsetina razume, kdaj in v kakšnih okoliščinah se rak na dojki lahko ponovi.<sup>28</sup> Enaki problemi se pojavljajo tudi pri označevanju sestavin prehranskih izdelkov. Sicer je označevanje ljudi spodbudilo, da preverijo sestavine in temu prilagodijo svoje nakupne odločitve, npr. glede »slabih« maščob. Vendar druge študije kažejo, da večina ljudi sploh ne bere oznak na prehranskih izdelkih, tisti, ki jih, pa jih ali ne razumejo ali si z njimi ne znajo pomagati.

Avtorja sta zaključila, da imajo zakonodajalci ter ponudniki in potrošniki pri razkrivanju podatkov zelo težko nalogo. Zakonodajalci morajo najprej določiti situacije, ki jih je treba in upravičeno pravno regulirati, ter nato uporabiti najoptimalnejšo zakonodajno tehniko, ugotoviti optimalni prag razkritja informacij in standarde opisati tako, da so jasno razumljivi. Pri ponudnikih se pojavi problem razumevanja standarda razkritja in seveda stroškov razkritja, med potrošniki pa nastaneta problem pomnjenja ter problem iracionalnosti, kakor ga imenuje behavioristična ekonomska analiza. Obvezna razkritja so torej problematična, saj temeljijo na predpostavki »popolnega« obnašanja in razumevanja problemov tako pri zakonodajalcu na eni strani kot pri ponudnikih in potrošnikih na drugi strani, zaradi česar lahko povzročijo več stroškov kot koristi.

### 3.2. »Diskriminacija« med potrošniki

Tržna moč oziroma omejena konkurenca (s še posameznimi pogoji glede elastičnosti povpraševanja in komunikacije na trgu) omogoča diskriminacijo med potrošniki. To bi na prvi pogled lahko kazalo, da so potrošniki na trgu v podrejenem položaju, kar upravičuje pravno intervencijo. Banke npr. ponujajo potrošnikom različne obrestne mere za enake kredite. Seveda tisti, ki plačujejo

<sup>27</sup> Tako imenovani *informed consent*.

<sup>28</sup> Ben-Sharif in Schneider, str. 669.



višje obrestne mere, niso zadovoljni, saj hočejo plačevati nižje obresti. Zastavi se vprašanje, ali je ekonomsko smiselno v takšni situaciji zaščititi potrošnike na tak način, da morajo banke ponujati kredite pod enakimi pogoji vsem potrošnikom oziroma da predpisi določijo razpon, v katerega se potem razvrstijo potrošniki. Takšna zakonodaja je sicer zelo všečna, vendar ne upošteva, da banke ponujajo visoke obrestne mere in druge neugodne pogoje predvsem tistim potrošnikom, ki jih ocenjujejo za visoko tvegane stranke in pri katerih obstaja večja verjetnost nevračila posojila. Ravnanje bank je torej v teh primerih različnega obravnavanja potrošnikov glede na stopnjo tveganja ekonomsko učinkovito in upravičeno ter ne pomeni izkoriščanja potrošnikov. Če v takšnem primeru zakon prepove »diskriminacijo« med strankami, potem nekaterim strankam onemogoči, da bi jim banke odobrile kredit, saj visoko rizičnim potrošnikom sploh ne bodo dajale kreditov.<sup>29</sup> Regulacija se v tem primeru izkaže za ekonomsko neučinkovito in je za potrošnike celo škodljiva, saj nekateri od njih na pravno reguliranem trgu potrošniških kreditov ne dobijo kredita.<sup>30</sup>

### 3.3. Analiza Direktive o trženju finančnih storitev potrošnikom na daljavo<sup>31</sup>

Europe Economics (2007) je za potrebe Evropske komisije pripravila poročilo o analiziranju situacij, v katerih bi bila zakonodajalčeva aktivnost na področju varstva potrošnikov ekonomsko smiselna. Situacije, v katerih bi bilo smiselno ukrepati, so razvrstili na strukturne in osebne, torej tiste, v katerih se blaginja potrošnikov niža oziroma bi lahko bila višja z določenimi korekcijami. Strukturne situacije se delijo na napake trga in napake države oziroma predpisov. Strukturne situacije so tržna moč, problem z informiranjem, eksternalije, napake države in neracionalno obnašanje potrošnikov. Za identifikacijo strukturnih in osebnih situacij, ki naj bi zmanjševale blaginjo potrošnikov, Europe Economics predlaga naslednje metodologije: potrošniške ankete, empirične podatke o tržni moči,

<sup>29</sup> Hadfield, Howse in Trebilcock, 1998, str. 147.

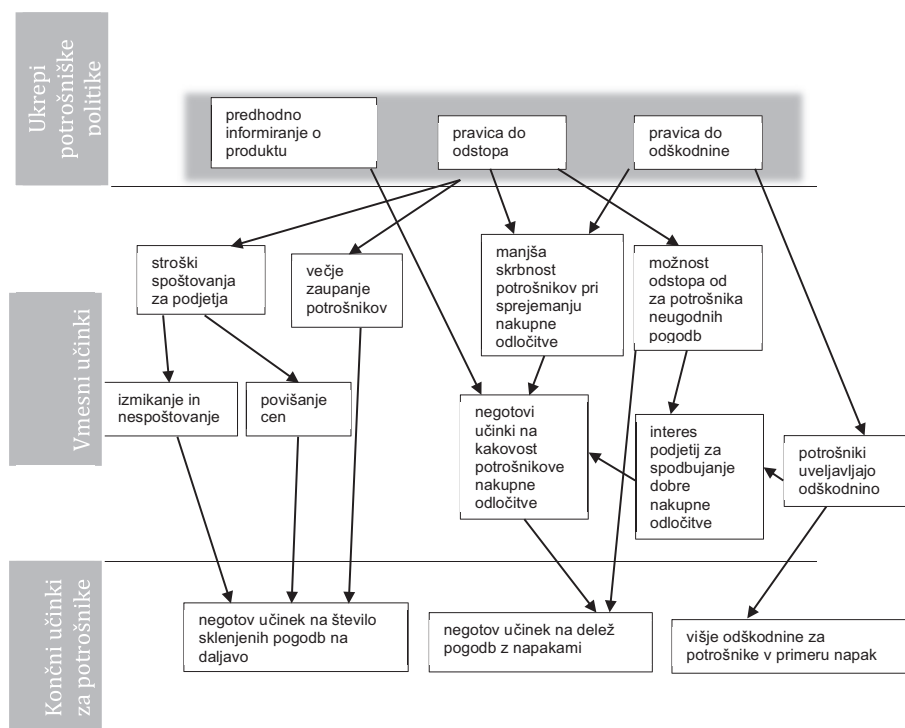
<sup>30</sup> S podobno problematiko se je srečala tudi Slovenija na področju potrošniških posojil. Z zakonom je bila za potrošniške kredite navzgor omejena najvišja dopustna efektivna obrestna mera. Vendar je ta »zaščita potrošnikov« pripomogla k razvoju sivega in črnega trga potrošniških posojil. Kreditno nesposobni potrošniki, ki so jim banke zavrnilo odobritev potrošniškega kredita, a so imeli neko obliko zavarovanja (npr. nepremičnine), so bili tako prisiljeni potrošniški kredit poiskati na sivem in črnem trgu, kjer niso bili deležni zaščite in so posojila sklepali pod zelo neugodnimi pogoji (npr. v kreditnih pogodbah so bili navedeni zneski prejetega posojila, ki so presejali dejansko prejeti znesek posojila, načrtno verženje posojilnih pogodb s čedalje slabšimi posojilnimi pogoji, sklepanje pogodb *sale and lease back* ...). Določba, ki je bila sprejeta z namenom zaščite potrošnikov, vsekakor ni učinkovito zaščitila ravno najšibkeje skupine potrošnikov, ampak jih je izpostavila še večjim tveganjem in prisilila v najemanje dražjih kreditov na sivem in črnem trgu.

<sup>31</sup> Povzeto delno po Europe Economics, 2007.

teoretične modele, ki obravnavajo tržno moč in informacije, pravne precedense, primerjave (*benchmarking*) ter posamezna mnenja.

Kot primer analize na podlagi priporočil Evrope Economics je v poročilu izvedena analiza Direktive o trženju finančnih storitev potrošnikom na daljavo. Glavni cilj Direktive naj bi bil vzpostavitev pravil za trženje finančnih instrumentov na daljavo, kot so pokojnine, hipoteke in drugi finančni instrumenti. Direktiva je vzpostavila pravila o informacijah, ki so jih posredniki dolžni ponuditi potrošnikom, še preden jih odločitev zavezuje.

Graf 3: Učinkovanje Direktive



Vir: Europe Economics, 2007, str. 386.

Iz grafa sledi, da ima uvedba Direktive naslednje posledice:

- potrošniki bodo imeli na voljo več informacij za nakupe na daljavo,
- potrošniki bodo bolj zaupali nakupom na daljavo,
- ponudniki bodo utrpeli stroške delovanja v skladu z Direktivo,

- potrošniki bodo morda malo manj pazljivi pri nakupih na daljavo, ker imajo na voljo pravne institute, ki jih varujejo (moralni hazard),
- ponudniki imajo večjo motivacijo, da na trgu ponudijo primerne storitve,
- več potrošnikov bo uporabilo pravna sredstva, ki so jim na voljo po Direktivi.

Glede na to, da posledice uvedbe Direktive kažejo v nasprotni smeri, bi bilo treba dobiti empirične podatke, da bi se lahko odločili, ali je Direktiva korak v pravo smer pri regulaciji varstva potrošnikov.

V poročilu Europe Economics je tudi analizirano, ali so na trgu obstajale napake in ali je država s pravno regulacijo lahko uspešna.

**Tabela 1: Relevantne napake trga in vpliv pravne regulacije**

Učinek pravne regulacije		Obrazložitev
Tržna moč	DA	Možnost večje čezmejne konkurence.
Pomanjkanje informacij	DA	Podjetja morajo informirati potrošnike.
Inovacije	DA	Možnost prodaje dobrin (proizvodov in storitev) v drugih državah članicah EU lahko spodbudi razvoj nižnih produktov.
Različni produkti	DA	Večja možnost izbire potrošnikov med prodajalci v drugih državah članicah EU.
Druge eksternalije		
Pravna regulacija proizvodov/storitev	DA	Direktiva zaradi kognitivnosti in prepovedi omejuje svobodo podjetij pri oblikovanju produktov.
Omejitve cene/količine		
Omejitev trgovanja		
Stroški pravne regulacije za podjetja	DA	Zaradi spoštovanja Direktive bodo podjetja imela stroške.
Omejitve proizvodnje		
Druge napake pravne regulacije		

Vir: Europe Economics, 2007, str. 393.

Europe Economics ugotavlja, da naj bi Direktiva odpravila napake trga (tržno moč, informacijski problem, inovacijo, raznolikost produktov), povečala stroške ponudnikom, ki navedene produkte ponujajo, in zmanjšala količino produktov, ki jih ponudniki ponudijo na trgu. Pred dokončno oceno ekonomske upravičenosti pravne regulacije je treba znova pridobiti in uporabiti empirične podatke, predvsem glede spremembe cene produktov, spremembe kakovosti storitev ter spremembe ponudbe storitev in povpraševanja po storitvah.

Kakor izhaja iz poročila, uspešnost pravnega reguliranja ni enoznačna, čeprav lahko trdimo, da imajo ponudniki finančnih instrumentov in njihovi oglaševalci deloma monopolni položaj na trgu oziroma delujejo na trgu omejene konkurence. Hkrati gre za prodajo na daljavo in prodajo finančnih produktov (storitev), ki so precej sofisticirani in jih potrošniki ne poznajo ter jih včasih tudi ne zmorejo analizirati sami, brez pomoči strokovnjakov oziroma brez dodatnih informacij. V skladu z neoklasično teorijo in behavioristično ekonomiko bi torej lahko takoj zaključili, da je regulacija potrebna, saj imamo ponudnika, ki deluje na omejenem trgu in ponuja sofisticirane finančne instrumente na daljavo, brez fizičnega stika s potrošniki, ter na drugi strani povprečnega potrošnika, ki se na takšne finančne instrumente ne spozna. Kakor pa vidimo iz analize, ni tako preprosto, saj se zaradi pravne regulacije ( uvedbe možnosti odstopa od pogodbe) na strani potrošnikov lahko pojavi moralni hazard, ki ponudnikom povzroča visoke stroške. Dodatno ponudnikom oziroma oglaševalcem nastanejo zelo visoki stroški tudi z razkrivanjem relevantnih informacij. Iz navedenih razlogov je brez sofisticiranih empiričnih podatkov zelo težko oceniti vpliv Direktive na družbeno blaginjo kot seštevek blaginj ponudnikov in potrošnikov.

#### 4. Aplikacija teorije na slovenske predpise

Pravo varstva potrošnikov tudi v Sloveniji sega na raznovrstna področja, in sicer stanovanjsko področje, področje varstva okolja, področje energetike, zagotavljanja varnosti proizvodov in storitev na trgu, če omenimo le nekatera, vendar prispevek iz sicer širokega spektra varstva potrošnikov obravnava samo segment informiranosti potrošnikov glede dobrin (proizvodov in storitev) pred sprejetjem zavezujoče nakupne odločitve ter proces sprejemanja nakupne odločitve pri potrošnikih. Ob analizi slovenske politike varstva potrošnikov avtorja ugotavlja, da ta primarno temelji na predhodni informiranosti potrošnikov oziroma obveznih razkritjih, na posameznih področjih pa so upoštevani tudi nauki behavioristične ekonomike.

Na ravni Evropske unije je Evropska komisija leta 2012 sprejela Evropsko agendo za potrošnike (*European Consumer Agenda*), ki je nadomestila Strategijo potrošniške politike EU 2007–2013 (*EU Consumer Policy strategy 2007–2013*). Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU)<sup>32</sup> v 12. členu predvideva spoštovanje zahtev varstva potrošnikov pri izvajanju dejavnosti in politik Unije. Nadalje določba 169. člena PDEU poudarja visoko stopnjo varstva potrošnikov, s ciljem prispevati k varovanju zdravja, varnosti in varstvu ekonomskih interesov potrošnikov ter krepiti pravico potrošnikov do obveščeniosti, izobraževanja in samo-

<sup>32</sup> Uradni list EU C 326, 26. 10. 2012, str. 0001–0390.

organiziranja za zaščito svojih interesov. Ker je potrošnja bistvena za trajnostni razvoj gospodarstva EU in enoten notranji trg EU, saj ima 56-odstotni delež BDP v EU,<sup>33</sup> je bila na podlagi PDEU sprejeta množica evropskih pravnih aktov za varstvo potrošnikov. Temeljna predpisa na področju varstva potrošnikov v Republiki Sloveniji sta Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot)<sup>34</sup> in Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (ZVPNPP),<sup>35</sup> področje potrošniškega kreditiranja pa ureja Zakon o potrošniških kreditih (ZPotK-1).<sup>36</sup>

#### 4.1. Splošna ureditev varstva potrošnikov

Namen zakonodajalca na področju varstva potrošnikov je tudi v Sloveniji zagotoviti svobodo potrošnje, to je potrošniku omogočiti sprejetje svobodne in racionalne nakupne odločitve na podlagi relevantnih informacij, ki naj mu bodo na voljo, preden ga nakupna odločitev zavezuje. ZVPot potrošnikom zagotavlja pravico do seznanitve z relevantnimi informacijami, določbe ZVPNPP pa varujejo proces odločanja (proces nakupne odločitve) pred zavajajočimi in agresivnimi vplivi ponudnikov. Osnovna določba, ki potrošnikom zagotavlja pravico do seznanitve z ustreznimi relevantnimi informacijami pred zavezujočo odločitvijo, je določba prvega odstavka 25.b člena ZVPot. Citirana določba ponudniku nalaga, da potrošniku pred sklenitvijo pogodbe oziroma preden ga ponudba zavezuje, na jasn in razumljiv način zagotovi relevantne informacije, ki med drugim obsegajo informacije o glavnih značilnostih dobrin (proizvoda ali storitve), končno ceno, ki vsebuje davke in morebitne dodatne transportne stroške, plačilne pogoje in rok izpolnitve. Ni dvoma, da obveznost predhodnega informiranja potrošnikov ponudnikom povzroča določene stroške. Zato je ekonomsko racionalna zakonodajalčeva odločitev, da je s tretjim odstavkom 25.b člena ZVPot izključena obveznost zagotavljanja informacij za pogodbe, ki vključujejo vsakodnevne transakcije in se izpolnijo nemudoma ob sklenitvi. V teh primerih gre praviloma za manjše vrednosti transakcij, ki ne vplivajo bistveno na potrošnikov položaj, ponudnikom pa bi predhodno zagotavljanje informacij pri vsakodnevnikih transakcijah (npr. nakup avtobusne vozovnice, revije v trafiki, sladoleda v slaščičarni) povzročilo nesorazmerne stroške. Iz navedenih razlogov bi obveznost predhodnega informiranja v teh razmerah nedvomno zmanjševala družbeno blaginjo kot seštevek blaginj potrošnikov in ponudnikov (t. i. analiza stroškov in koristi, *cost-benefit analysis*). Obveznost predhodnega informiranja iz prvega odstavka 25.b člena ZVPot velja za vse potrošniške pogodbe. Za pogodbe, sklenjene na daljavo in

<sup>33</sup> Evropska komisija, 2012, str. 2.

<sup>34</sup> Uradni list RS, št. 20/1998 s spremembami in dopolnitvami.

<sup>35</sup> Uradni list RS, št. 53/2007.

<sup>36</sup> Uradni list RS, št. 59/2010 s spremembami in dopolnitvami.

zunaj poslovnih prostorov, je primerljiva določba prvega odstavka 43.b člena ZVPot, ki ponudnika zavezuje, da poleg informacij iz 25.b člena potrošniku predhodno posreduje tudi informacije, ki so povezane z načinom sklepanja pogodb. Poleg navedenih vsebuje ZVPot tudi druge določbe, ki zavezujejo ponudnike k predhodnemu informiranju potrošnikov, npr. prvi odstavek 26. člena zavezuje ponudnika, da vidno označi ceno, ki vključuje davek na dodano vrednost, določba 28. člena ureja označevanje izdelkov na razprodajah, določba 30. člena zahteva, da je blago z napako fizično ločeno od redne prodaje blaga brez napake, določba 32. člena zavezuje ponudnika, da potrošnika seznaní z lastnostmi ponujenega blaga, po katerem povprašuje. Pri prodaji na obroke določba prvega odstavka 50. člena ZVPot potrošnikom daje celo pravico do odstopa od pogodbe, če pogodbená listina poleg blaga in cene pri prodaji za gotovino ne vsebuje tudi skupnega zneska vseh obročnih odplačil, zneska posameznih obrokov ter njihovega števila in rokov.

Ureditev ZVPot jasno stremi k odpravljanju asimetrije informacij, ko ponudnikom nalaga obvezna razkritja, in tako potrošnikom omogoča, da na podlagi relevantnih informacij sprejmejo racionalne nakupne odločitve. Poleg obveznih razkritij ZVPot vključuje tudi druge institute prava varstva potrošnikov in deloma posega tudi že v vsebino pogodbenih razmerij med ponudniki in potrošniki, zlasti s pravico do odstopa od pogodbe (*cooling-off period*).

V procesu potrošnikove nakupne odločitve je predhodna seznanitev z relevantnimi informacijami predpogoj za racionalno odločitev; zagotoviti je treba tudi resničnost in popolnost informacij ter svobodo odločanja. Svobodo odločanja na podlagi relevantnih informacij, ki jih potrošniku zagotavlja ZVPot, varuje Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami. ZVPNPP prepoveduje nepoštené poslovne prakse ponudnikov v razmerju do potrošnikov, pred in med sklenitvijo posla in po njej. Nepošteno poslovno prakso zakon definira kot poslovno prakso, ki nasprotuje zahtevam poklicne skrbnosti in v zvezi z izdelkom bistveno izkrivlja ali bi lahko izkrivljala ekonomsko potrošnikovo obnašanje (drugi odstavek 4. člena ZVPNPP). Zakon torej prepoveduje vplivanje na potrošnika z namenom bistveno omejiti potrošnikovo sposobnost sprejeti odločitev ob poznavanju vseh pomembnih dejstev in tako povzročiti, da sprejme nakupno odločitev, ki je sicer ne bi sprejel (peta alineja prvega odstavka 3. člena ZVPNPP). Med nepoštené poslovne ZVPNPP uvršča zavajajoče in agresivne poslovne prakse. Poslovna praksa je zavajajoča, če vsebuje napačne informacije ali če zavaja ali bi utegnila zavajati povprečnega potrošnika, ter tudi, če ponudnik izpusti bistvene informacije, ki jih glede na dejanske okoliščine povprečen potrošnik potrebuje za sprejem odločitve, in sicer v vseh primerih tako, da to povzroči ali utegne povzročiti, da povprečen potrošnik sprejme odločitev o poslu, ki je sicer ne bi sprejel (5. in 6. člen ZVPNPP). Prepovedane so tudi agresivne

poslovne prakse, torej poslovna praksa, ki v določenem primeru ob upoštevanju vseh značilnosti in okoliščin z nadlegovanjem, prisilo, vključno z uporabo sile ali nedopustnim vplivanjem, bistveno zmanjša ali bi utegnila bistveno zmanjšati svobodo izbire ali ravnanja povprečnega potrošnika v zvezi s produktom ter s tem povzroči ali bi utegnila povzročiti, da potrošnik sprejme odločitev o poslu, ki je sicer ne bi sprejel (8. člen ZVPNPP).

## 4.2. Potrošniški krediti

Razmeroma zahteven produkt so kreditne pogodbe, zato so potrošniške kreditne pogodbe v Sloveniji od leta 2000<sup>37</sup> urejene v posebnem zakonu. ZPotK-1 varuje potrošnika kot šibkejšo stranko z različnimi mehanizmi, npr. z zahtevano pisno obliko kreditne pogodbe, institutom učinkovite obrestne mere, določitvijo najvišje dopustne učinkovite obrestne mere, prepovedjo zavarovanja kreditov z biano finančnimi instrumenti, zahtevo po predhodni oceni potrošnikove kreditne sposobnosti, pravico do odstopa od pogodbe, kogentno naravo določb zakona ... Z vidika tega prispevka sta relevantni predvsem določbi 5. in 6. člena ZVPotK-1, ki urejata oglaševanje in predhodno informiranje potrošnikov. Določba 5. člena ZVPotK-1 skladno z ZVPNPP prepoveduje zavajajoče oglaševanje in določa standardne informacije, ki jih mora kreditodajalec (ponudnik) objaviti ob vsakem oglaševanju v zvezi s kreditnimi pogodbami, ki vsebuje obrestno mero ali druge podatke v zvezi s stroški kredita. Kreditodajalec mora jasno, razumljivo in poudarjeno ter (v primeru pisnega oglaševanja) z enako velikostjo pisave in v osrednjem delu oglaševalskega sporočila navesti relevantne podatke, ki jih potrošnik potrebuje za racionalno nakupno odločitev, in sicer kreditno obrestno mero, skupni znesek kredita, učinkovito obrestno mero, obdobje kredita, skupni znesek, ki ga mora plačati potrošnik, in višino posameznih plačil, če je to mogoče, ter tudi podatek o eventualni sklenitvi pomožne pogodbe. Poleg tega morajo biti te informacije v oglasnem sporočilu prikazane z reprezentativnim primerom. Pravna regulacija oglaševanja potrošniških kreditov zagotavlja, da se potrošnik že v zgodnji fazi seznanja z relevantnimi informacijami, potrebnimi za racionalno nakupno odločitev. Zahtevi informiranja potrošnika sledi tudi določba 6. člena ZVPotK-1, ki od dajalca kredita zahteva, da pred sklenitvijo kreditne pogodbe potrošniku zagotovi predhodne informacije o kreditu, na podlagi katerih potrošnik lahko primerja različne ponudbe in presodi ustreznost kredita glede na svoje potrebe in finančni položaj. Predhodne informacije morajo biti podane na papirju ali drugem trajnem nosilcu podatkov na eno-

<sup>37</sup> Zakon o potrošniških kreditih (ZPotK, Uradni list RS, št. 70/2000), ki je veljal od 23. 8. 2000.

tnem evropskem obrazcu o potrošniškem kreditu<sup>38</sup> in morajo poleg informacij o dajalcu kredita vključevati tudi podatke o lastnostih in pogojih kredita ter o pravicah in dolžnostih obeh strank in pravni pouk. Obliko in vsebino enotnega evropskega obrazca o potrošniškem kreditu natančneje ureja Pravilnik o vsebini predhodnih informacij in obrazcih za predhodne informacije o potrošniških kreditih,<sup>39</sup> ki zahteva predhodno informiranje potrošnika o vseh relevantnih okoliščinah kreditne pogodbe, kot so vrsta potrošniškega kredita, skupni znesek kredita, obdobje trajanja kreditne pogodbe, kreditna obrestna mera, efektivna obrestna mera z navedbo vseh predpostavk za njen izračun, skupni znesek potrošnikovih plačil na podlagi reprezentativnega primera, skupni znesek plačil ter število in pogostnost plačil, notarske stroške, zahtevana zavarovanja. Pri obsegu predhodnega informiranja potrošnikov po 5. in 6. členu ZPotK-1 je bistveno, da zakon kreditodajalcu nalaga dolžnost seznanitve potrošnika z efektivno obrestno mero<sup>40</sup> kot skupnim imenovalcem za primerjavo različnih ponudb potrošniških kreditov z enako višino in ročnostjo. Zakon tudi sicer nalaga kreditodajalcu razlagalno dolžnost, tako da lahko potrošnik razumno oceni (sprejme racionalno nakupno odločitev), katera kreditna pogodba najbolje ustreza njegovim potrebam in finančnemu položaju. Obrazložitev predloga zakona<sup>41</sup> poudarja, da je treba razlagalno dolžnost razumeti široko in da ne gre zgolj za običajno bančno svetovanje, njen obseg pa je odvisen od zapletenosti konkretnega kreditnega posla in zmožnosti razumevanja konkretnega potrošnika. V primeru potrošnikovih težav z razumevanjem ali v primeru neobičajnih pogodbenih pogojev je torej razlagalna dolžnost kreditojemalca večja.

#### 4.3. Ekonomska analiza učinkovitosti pravne ureditve

Splošna predpisa ZVPot in ZVPNPP, ki urejata vse potrošniške pogodbe, sledita osnovnemu načelu naslednikov neoklasične teorije ter potrošnikom zagotavljata predhodno seznanitev z relevantnimi informacijami in varujeta nedotakljivost postopka sprejemanja nakupne odločitve. V ZVPot in ZVPNPP ni zaslediti močnejšega vpliva behavioristične ekonomike, po ugotovitvah katere potrošniki niso ekonomsko racionalna bitja, ampak pri sprejemanju nakupnih odločitev

<sup>38</sup> Pravilnik o vsebini predhodnih informacij in obrazcih za predhodne informacije o potrošniških kreditih (Uradni list RS, št. 104/2010) določa dva obrazca, in sicer Standardne predhodne informacije za potrošniški kredit ter Predhodne informacije za potrošnike pri prekoračitvah stanja na plačilnem računu ter pri reprogramiranju dolga.

<sup>39</sup> Uradni list RS, št. 59/2010 s spremembami in dopolnitvami.

<sup>40</sup> Z vidika varstva potrošnikov sta bistvena tudi natančna opredelitev in z matematično formulo nedvoumno določen izračun efektivne obrestne mere (22. in 23. člen ZVPotK-1).

<sup>41</sup> Predlog zakona o potrošniških kreditih (ZPotK-1) – prva obravnava – EPA 1062-V z dne 20. 5. 2010.



zaradi pomanjkanja časa in strokovnega znanja ne upoštevajo množice informacij, ki so jim sicer na voljo. Vendar glede na splošno naravo obeh predpisov in posledično število situacij, ki jih urejata, tudi ni mogoče zagotoviti upoštevanja dognanj behavioristične teorije že na tako splošni ravni. Navedeno bi privedlo tudi do hiperinflacije pravnega urejanja, kar vsekakor ni zaželeno ali ekonomsko učinkovito ne na strani potrošnikov in ne na strani ponudnikov. Dognanja behavioristične teorije je smiselno uporabiti na ožjih (specialnejših) področjih prava varstva potrošnikov, kjer to upravičujejo narava dobrine (proizvoda ali storitve) in tveganja, ki jim je izpostavljen potrošnik. Eno od teh področij je nedvomno področje potrošniških kreditov, saj gre za razmeroma zahtevne finančne storitve, ki jih potrošniki, ki običajno ne razpolagajo s potrebnim finančnim znanjem, le težko razumejo. Obveznosti potrošnikov iz kreditnih pogodb so časovno oddaljene, kar pri nekaterih potrošnikih lahko povzroči, da jim v času sprejemanja nakupne odločitve pripisujejo premajhno težo. Nakupna odločitev ima lahko za potrošnika velike in dolgotrajne posledice. ZPotK-1 zato poleg splošne zahteve po predhodnem informiranju potrošnika skladno z nauki behavioristične ekonomike uvaja institut učinkovite obrestne mere in zahtevo po oglaševanju z reprezentativnim primerom. Efektivna obrestna mera je z zakonom natančno določena in potrošnika na pregleden in razumljiv način informira o »ceni« kredita. Natančno definirana efektivna obrestna mera je skupni imenovalec, na podlagi katerega potrošnik enostavno primerja različne potrošniške kredite ob predpostavki enake višine in ročnosti kredita. Povprečen potrošnik namreč lahko pozna kreditno obrestno mero in druge stroške, ki so osnova za izračun učinkovite obrestne mere, vendar nima niti strokovnega znanja niti dovolj časa, da bi vse te parametre upošteval in izračunal učinkovito obrestno mero, na podlagi katere bi šele lahko primerjal kreditne ponudbe oziroma sprejel racionalno nakupno odločitev. Zato ima uvedba učinkovite obrestne mere nedvomno močan pozitiven učinek na nakupne odločitve potrošnikov in s tem potrošniško blaginjo. Podoben ukrep je označevanje energetske učinkovitosti nekaterih tehničnih izdelkov (npr. sesalnikov,<sup>42</sup> električnih sijalk,<sup>43</sup> televizijskih sprejemnikov,<sup>44</sup> klimatskih naprav<sup>45</sup>)

<sup>42</sup> Deleagirana uredba Komisije (EU) št. 665/2013 z dne 3. maja 2013 o dopolnitvi Direktive 2010/30/EU Evropskega parlamenta in Sveta v zvezi z označevanjem sesalnikov z energijskimi nalepkami.

<sup>43</sup> Deleagirana uredba Komisije (EU) št. 874/2012 z dne 12. julija 2012 o dopolnitvi Direktive 2010/30/EU Evropskega parlamenta in Sveta v zvezi z označevanjem električnih sijalk in svetilk z energijskimi nalepkami.

<sup>44</sup> Deleagirana uredba Komisije (EU) št. 1062/2010 z dne 28. septembra 2010 o dopolnitvi Direktive 2010/30/EU Evropskega parlamenta in Sveta glede zahtev za energijsko označevanje televizijskih sprejemnikov.

<sup>45</sup> Deleagirana uredba Komisije (EU) št. 626/2011 z dne 4. maja 2011 o dopolnitvi Direktive 2010/30/EU Evropskega parlamenta in Sveta v zvezi z energijskim označevanjem klimatskih naprav.

in označevanje pnevmatik<sup>46</sup> glede na izkoristek goriva in druge bistvene parametre. Nalepke o energetske učinkovitosti, ki so urejene in harmonizirane na ravni EU, potrošnikom enako kot učinkovita obrestna mera omogočajo optimalno nakupno odločitev in hkrati pozitivno vplivajo na uresničevanje okoljske in energetske politike EU. Stroški energije v življenjski dobi tehničnih izdelkov, zlasti pri trajnejših tehničnih izdelkih, lahko pomenijo velik del »cene« posameznega tehničnega izdelka. Ta bi potrošniku brez te informacije ostala neznana, kar bi vodilo v neoptimalne nakupne odločitve, ki bi temeljile zgolj na ceni samega tehničnega izdelka.

Vpliv splošne obveznosti predhodnega informiranja na raven družbene blaginje oziroma na odgovor, ali je uvedba predhodnega informiranja ekonomsko upravičena, je odvisen na eni strani od višine stroškov, ki ponudnikom nastanejo s predhodnim obveščanjem potrošnikov, in na drugi strani od višine dosežene dodatne potrošniške koristi kot posledice optimalnejših nakupnih odločitev zaradi predhodnega informiranja. Avtorja ocenjujeva, da so stroški predhodnega informiranja v pretežnem delu fiksne narave, kar pomeni, da vrednost dobrine (proizvoda ali storitve) ne vpliva veliko na stroške predhodnega informiranja. Nasprotno je višina dosežene dodatne potrošniške koristi zaradi optimalnejše nakupne odločitve premosorazmerna s ceno dobrine. Na tej predpostavki je mogoče zaključiti, da je z vidika družbene blaginje ekonomska upravičenost instituta predhodne informiranosti potrošnika odvisna predvsem od cene dobrine, ki je predmet transakcije. Slovenski zakonodajalec je mejo predhodne informiranosti določil s standardom pogodb o vsakodnevnikih transakcijah, ki se izpolnijo nemudoma ob sklenitvi. Navedeni pravni standard je *prima facie* ekonomsko učinkovit, vendar ob izostanku konkretnih empiričnih analiz ni mogoče številčno oziroma zneskovno določiti spodnje meje ekonomske upravičenosti predhodnega informiranja. Določitev spodnje meje s pravnim standardom je ustrezna tudi zato, ker je fleksibilna ter upravnim in sodnim organom omogoča, da pravni standard vsebinsko definirajo v vsakem konkretnem primeru, tudi upoštevaje nauke ekonomske analize prava.

Na področju potrošniških kreditov zakon ponudnikom nalaga, da v okviru predhodnega informiranja potrošnike seznanijo tudi z učinkovito obrestno mero. Institut učinkovite obrestne mere ima *prima facie* očiten pozitiven učinek na družbeno blaginjo kot seštevke blaginj ponudnikov in potrošnikov. Učinkovita obrestna

<sup>46</sup> Uredba (ES) št. 1222/2009 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009 o označevanju pnevmatik glede na izkoristek goriva in druge bistvene parametre, spremenjena z: Uredbo Komisije (EU) št. 228/2011 z dne 7. marca 2011 v zvezi z metodo za preskušanje oprijema pnevmatik razreda C1 na mokri podlagi in Uredbo Komisije (EU) št. 1235/2011 z dne 29. novembra 2011 v zvezi z razvrščanjem pnevmatik glede na oprijem na mokri podlagi, merjenjem kotalnega upora in postopkom preverjanja.

mera nedvomno močno pozitivno vpliva na sprejemanje nakupnih odločitev in posledično na doseganje potrošniškega dobička. Avtorja ne dvomiva, da uvedba učinkovite obrestne mere nima pretiranih posledic na strani ponudnikov, torej finančnih institucij, ki se poklicno ukvarjajo s finančnimi posli in nedvomno imajo vse podatke in znanje, potrebne za matematični izračun učinkovite obrestne mere, skladno z določbami ZPotK-1. Tako ali tako so jo ponudniki najverjetneje vedno izračunali, tudi pred predpisi, ki zdaj to zahtevajo. Izračun učinkovite obrestne mere za ponudnike ne povzroči večjih stroškov kot vnos posameznih parametrov v računalniško aplikacijo, ki nato izračuna učinkovito obrestno mero v konkretnem primeru.<sup>47</sup> Dodatni stroški ponudnikov v zvezi s predhodnim informiranjem o učinkoviti obrestni meri so razmeroma nizki. Nasprotno je za povprečnega potrošnika šele podatek o učinkoviti obrestni meri tista informacija, ki mu omogoča primerjavo med različnimi kreditnimi ponudbami z enako ročnostjo in višino kredita, pri čemer je nakupna odločitev za potrošnika kredit z vidika potrošnika zelo pomembna in ima velik učinek na potrošnikovo blaginjo. Zato je vrednost učinkovite obrestne mere za potrošnika razmeroma velika. Tako ima uvedba učinkovite obrestne mere nedvomno pozitiven učinek na družbeno blaginjo kot seštevek blaginj ponudnikov in potrošnikov.

## 5. Sklep

Politika varstva potrošnikov je zelo široka in sega skoraj na vsa področja pravnega urejanja, od stanovanjskega področja do okoljske in energetske politike. Potrošnja je zaradi širine vpliva na raznovrstna področja družbenega življenja in močnega učinka na stabilno gospodarsko rast posameznih držav močno pravno regulirana. Pojavi se vprašanje, ali je obstoječa pravna ureditev varstva potrošnikov ekonomsko upravičena oziroma ali pozitivno vpliva na družbeno blaginjo. Ker ni razpoložljivih empiričnih podatkov, lahko ob danih predpostavkah zaključiva, da je uvedba zahteve po predhodnem informiranju potrošnikov ekonomsko upravičena, zlasti ker že zakon izključuje to obveznost pri vsakodnevnih pogodbah. Enako se za ekonomsko upravičeno izkaže na področju potrošniških kreditov uvedeni institut učinkovite obrestne mere, ki skladno z nauki behavioristične ekonomike pomeni relevantno informacijo, ki je za potrošnika ključna za sprejem racionalne nakupne odločitve. Za celovito analizo ekonomske upravičenosti prava varstva potrošnikov bi bilo treba analizirati, kakšen vpliv imajo na družbeno blaginjo ukrepi potrošniške politike, ki posegajo v vsebino pogodbenih razmerij

<sup>47</sup> Ob tem avtorja zanemarljivo stroške za nadgradnjo informacijskega sistema ponudnikov potrošniških kreditov, tako da so omogočali tudi izračun učinkovite obrestne mere, saj so ponudniki te stroške zelo verjetno prenesli na potrošnike v obliki višje kreditne obrestne mere.

med ponudniki in potrošniki, kamor spadata zlasti pravica do odstopa in najvišja dopustna obrestna mera, kar pa že presega obseg tega prispevka.

## Literatura in viri

- AKERLOF, George A., The Market for »Lemons«: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, letn. 84, št. 3, str. 488–500.
- BAJT, Aleksander, ŠTIBLAR, Franjo, Ekonomija. *Ekonomska analiza in politika*. Ljubljana: GV Založba, 2002.
- BEALES, Howard, CRASWELL, Richard, SALP, Steven C., The Efficient Regulation of Consumer Information. *Journal of Law and Economics*, 1981, letn. 24, št. 3, str. 491–539.
- BENARTZI, Shlomo, THALER, Richard, R., Naive Diversification Strategies in Defined Contribution Saving Plans. *The American Economic Review*, 2001, letn. 91, št. 1, str. 79–98.
- BEN-SHARIF, Omri, SCHNEIDER, Carl E., The Failure of mandated Disclosure. *University of Pennsylvania Law Review*, 2011, letn. 159, str. 647–749.
- BESHEARS, John, CHOI, James J., LAIBSON, David, MADRIAN, Brigitte C., Simplification and Saving, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2013, letn. 95, št. C, str. 130–145.
- CALABRESSI, Guido, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- Economics Online, Perfect competition. [http://www.economicsonline.co.uk/Business\\_economics/Perfect\\_competition.html](http://www.economicsonline.co.uk/Business_economics/Perfect_competition.html) (25. 7. 2015).
- Europe Economics, An analysis of the issue of consumer detriment and the most appropriate methodologies to estimate it. London, Chancery House, 2007. [http://ec.europa.eu/consumers/archive/strategy/docs/study\\_consumer\\_detriment.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/strategy/docs/study_consumer_detriment.pdf) (15. 5. 2015).
- Evropska komisija, Consumers. <http://ec.europa.eu/consumers/> (25. 7. 2015).
- Evropska komisija, A European Consumer Agenda – Boosting confidence and growth. Bruselj, 2012. [http://ec.europa.eu/consumers/eu\\_consumer\\_policy/our-strategy/documents/consumer\\_agenda\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/eu_consumer_policy/our-strategy/documents/consumer_agenda_2012_en.pdf) (25. 7. 2015).
- Evropska komisija, Evropska agenda za potrošnike – za krepitev zaupanja in rasti. Bruselj, 2012. [http://ec.europa.eu/consumers/archive/strategy/docs/consumer\\_agenda\\_2012\\_sl.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/strategy/docs/consumer_agenda_2012_sl.pdf) (25. 7. 2015).
- GRETHER, David M., SCHWARTZ, Alan, WILDE, Louis L., The Irrelevance of Information Overload: An Analysis of Search and Disclosure. *Southern California Law Review*, 1986, letn. 59, str. 277–303.

- HADFIELD, Gilina K., HOWSE, Robert, TREBILCOCK, Michael J., Information-based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy. *Journal of Consumer Policy*, 1998, št. 21, str. 131–169.
- ILEŠIČ, Marko, PERNEK, Franc, IGLIČAR, Albin, *Pravno varstvo potrošnikov*. Ljubljana: Skupnost občin, 1980.
- KAHNEMAN, Daniel, TVERSKY, Amos, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under the Risk. *Econometrica*, 1979, letn. 47, št. 2, str. 263–292.
- Ministrstvo za infrastrukturo, Portal Energetika, <http://www.energetika-portal.si/predpisi/energetika/evropska-unija/veljavni-pravni-akti/energetska-ucinkovitost/energetske-nalepke/> (25. 7. 2015).
- REICH, Robert B., Toward a New Consumer Protection. *University of Pennsylvania Law Review*, 1979–1980, letn. 128, št. 1, str. 1–40.
- Resolucija o Nacionalnem programu varstva potrošnikov 2012–2017, ReNPVP12-17, Uradni list RS, št. 47/2012.
- SCHWARTZ, Alan, WILDE, Louis L., Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 1978–1979, letn. 127, str. 630–682.
- TREBILCOCK, Michael J., Consumer protection in the Affluent Society. *McGill Law Journal*, 1970, letn. 16, str. 263–296.
- VICKERS, John, *Economics for consumer policy*. Proceedings of the British Academy, 2003 Lectures, 2005, letn. 125.
- Vlada RS, Predlog zakona o potrošniških kreditih (ZPotK-1) – prva obravnava – EPA 1062V. Ljubljana 2010.
- Vlada RS, Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu potrošnikov – skrajšani postopek – predlog za obravnavo. Ljubljana 2014.
- WENDLANDT, Bettina, EC directives for self-employed commercial agents and on time-sharing: apples, oranges and the core of the information overload problem. V: Howells, Geraint G., Janssen, André, Schulze, Reiner, *Information rights and obligations: a challenge for party autonomy and transactional fairness*. Burlington: Aldershot, 2005.



# Zavajajoče označevanje živil, behavioristična ekonomija in varovanje potrošnikov

Mitja Kovač, Simona Kotnik

## 1. Uvod

Očitni primeri zavajajočega označevanja živil, s katerimi se kot potrošniki vsak dan srečujemo, razprave o popolni nepotrebnosti uvedbe obveznega označevanja alergenov v živilih in povsem nepotrebnih stroških, ki jih je takšna zahteva povzročila, nujnost regulatornega urejanja področja označevanja živil in varovanja potrošnikov so le nekatere izmed najpogostejših tem, ki so v zadnjem času vzbudile pozornost akademske in tudi širše javnosti. Tem za učinkovito delovanje sistema ekonomskih izmenjav izjemno pomembnim problemom in razpravam, ki v svojem bistvu posegajo v sama načela svobodnega sklepanja pogodbenih razmerij, se je v zadnjih dvajsetih letih s svojimi vpogledi pridružila tudi pravna ekonomija in povsem nova veja ekonomije – *behavioristična ekonomija*.

V vsakdanjem življenju smo namreč ne glede na ekonomsko definicijo prav vsi kognitivno omejena bitja, potrošniki, svoje zadovoljstvo pa pri tem (na zavedni ali nezavedni ravni) maksimiramo tako, da izenačimo mejne koristi posameznih dobrin, ki jih kupujemo, na enoto cene. Pri teh odločitvah za optimalno zadovoljstvo seveda potrebujemo tudi popolne *ex ante* informacije o lastnostih, sestavinah in učinkih takšnih živilskih izdelkov. Z drugimi besedami, pri teh *ex ante* odločitvah potrošnikov trčimo ob problem asimetričnih, nepopolnih informacij, ki povzročajo neustrezno alokacijo dobrin, napake v delovanju trga ter tudi napačne, včasih celo škodljive in zdravju nevarne potrošnikove odločitve o nakupu določenih živilskih dobrin in izdelkov. Zato se postavi vprašanje, ali bi moral zakonodajalec bolje, paternalistično zaščititi potrošnika in proizvajalca zavezati k označevanju in razkrivanju vseh potrebnih informacij o sestavinah in lastnostih določenega živilskega izdelka. Ali bi takšna dolžnost razkrivanja informacij potem sama po sebi pomenila zadostno zaščito potrošnika ali pa so najnovejša spoznanja behavioristične ekonomije in identificirani problem *podpisati in ne razumeti* morda dodaten argument za poglobljeno in podrobnejšo regulatorno zaščito potrošnikov?

Analiza s pomočjo behavioristične ekonomije, opravljene empirične raziskave in spoznanj tradicionalne pravnoekonomske znanosti podaja natančne predloge in smernice za prepotrebne izboljšave in nadgradnjo trenutne ureditve označevanja živil in varovanja potrošnikov. Najpomembnejši izsledki so: (1) Načelno mora informacije o vsebini, sestavinah in učinkih živil proizvesti in posredovati proizvajalec kot tisti, ki lahko to naredi z najnižjimi stroški. (2) Izjema od dolžnosti razkritja informacij velja za načrtno pridobljene produktivne informacije. (3) Dolžnost poštenega ravnanja pri izražanju golih mnenj in pri dajanju drugih nepreverljivih izjav o vsebini in sestavinah živilskih izdelkov je nepotrebna. (4) Razlika med laganjem in prikrivanjem informacij pri označevanju živil je irelevantna. (5) Razlika med načrtnim in malomarnim napačnim označevanjem živil je, razen v primerih določanja kazenskih sankcij in pravnih sredstev, nepomembna. (6) Razkrivanje in označevanje škodljivih snovi, alergenov in drugih sestavin je učinkovito in zaželeno. (7) Zaradi identificiranih problemov *podpisati in ne prebrati* in *podpisati in ne razumeti* ter vedenjskih vzorcev bo imela sama dolžnost razkrivanja informacij zelo omejene učinke in jo je treba dopolniti z uvedbo črnih in sivih seznamov prepovedanih praks zavajajočega označevanja živil. (8) Potrošniki bodo bolje informirani takrat, ko bodo nepomembne informacije predhodno prečiščene in odstranjene. (9) Identificirane in empirično preverjene kognitivne omejenosti, sidra in hevrizmi zahtevajo izboljšave v izvajanju in frekvenci regulatornega nadzora ter uvedbo črnih seznamov kršiteljev. (10) Spoznanja behavioristične ekonomije so dodaten argument za paternalistično ureditev varovanja potrošnikov in za posebno regulatorno ureditev področja zavajajočega označevanja živil.

Ekonomska analiza prava oziroma *pravna ekonomija* (*law and economics*, *Rechtseconomie*) je v zadnjih petdesetih letih postala ena najuspešnejših pravnih in raziskovalnih disciplin,<sup>1</sup> katere glavni cilj je na podlagi analize spodbud, tveganj in transakcijskih stroškov najti kolikor mogoče »dobra« pravna pravila. Seveda je očitno, da ima lahko kriterij »dobrega« vsaj dve dimenziji: glede na formulacijo oziroma dikcijo in glede na samo vsebino pravnega pravila. Brez pretiravanja lahko rečemo, da se večina pravnoekonomske znanosti ukvarja prav s to drugo in pri tem želi, ne glede na samo tehnično formulacijo, ugotoviti, katera pravila imajo najbolj želene družbene učinke. Vendar pa ekonomska analiza prava ne glede na to vsebinsko osredotočanje zagotavlja tudi čisto konkretna priporočila za neposredno izboljšavo dikcije pravnih norm.<sup>2</sup> Zmožnost podajanja

<sup>1</sup> V Združenih državah in tudi drugod po svetu je recimo sprejeta kot ena daleč najbolj interdisciplinarnih in najvplivnejših med vsemi jurisprudencijskimi šolami oziroma doktrinami; podrobneje glej Posner (2001).

<sup>2</sup> De Geest (2001).



konkretnih priporočil izhaja iz mnogokrat prezrtega dejstva, da zakonodajalec takrat, kadar ima na voljo alternativne rešitve (norme), ponavadi tehta med prednostmi in slabostmi predlaganih alternativnih rešitev (norm). Čeprav je takšno tehtanje pogosto izraženo z retoriko »pravičnosti« in »enakosti«, si ekonomska analiza prava prizadeva definirati te prednosti in slabosti bolj artikulirano. Z uporabo nekaterih izsledkov ekonomske teorije lahko poda dodatne argumente, razlage in predloge izboljšav dejanskih zakonodajalčevih rešitev in posledično tudi same zakonske norme.

Na tem mestu velja opozoriti na temeljni premisi prispevka. Prva je povezana z relevantnostjo znanstvenih izsledkov, druga pa s številom analiziranih tem. Ozko gledano ekonomska analiza prava namreč ni samostojna pravna doktrina, ampak predvsem *metoda*, katere cilj so oplemenitenje in izboljšanje dosedanje pravne znanosti ter spodbujanje nadaljnje poglobljene znanstvene razprave. Zato prispevek ob nekaterih novih spoznanjih predvsem povzema in sistematizira njene najpomembnejše dosedanje izsledke.<sup>3</sup> Ti izsledki pa zajemajo tako tiste, o katerih je bilo doseženo soglasje, kakor tudi tiste, ki še danes razvnamajo znanstveni diskurz. Zaradi dejstva, da so v sodobni svetovni literaturi objavljeni predvsem novi izsledki in dognanja, ne pa komentarji dosedanjih, velja poudariti, da ugotavljanje soglasja še zdaleč ni enostavno in enoznačno. Zato sistematizacija in povzemanje izsledkov v tem članku ustrezata predvsem najinemu osebnemu pogledu na to, kakšni bi morali biti ti izsledki in dognanja. Druga pomembna premisa se nanaša na sam obseg tega prispevka, saj zaradi preobsežne materije ni mogoče zajeti celotne problematike zavajanja potrošnikov. Prispevek se zato posveča samo slovenski ureditvi označevanja živil in s tem povezanemu morebitnemu zavajanju potrošnikov.

Analiza je sestavljena iz petih sklopov. Najprej so na kratko predstavljeni ekonomski pomen izmenjav in več kot štiridesetletni izsledki pravnoekonomske znanosti s področja razkrivanja informacij (odsek 2), sledi identifikacija problemov *podpisati in ne prebrati* ter *podpisati in ne razumeti* kot enih izmed najpomembnejših razlogov za dodatno pravno varstvo potrošnikov, vzpostavitev tako imenovanih črnih seznamov škodljivih sestavin in paternalističnih posegov v ureditev označevanja živil (odsek 3), predstavljena so najnovejša spoznanja behavioristične ekonomije s področja varovanja potrošnikov in tudi najpogostejše oblike zavajajočega označevanja živil (odsek 4), na kratko so opisani rezultati priložnostne empirične raziskave (odsek 5), na podlagi teh izsledkov pa

<sup>3</sup> Za odličen pregled literature s področja pogodbenih informacijskih problemov glej Bouckaert in De Geest. Za odlično strnitev izsledkov glej Schäfer in Claus; De Geest (1994); Kovač.

je analizirana slovenska ureditev varovanja potrošnika v primeru nepravilnega označevanja živil (odsek 6).<sup>4</sup>

## 2. Sistematizacija in povzetek zaključkov tradicionalne pravnoekonomske znanosti s področja problemov informacijskih asimetrij

V nadaljevanju je opisanih in sistematiziranih sedem načel klasične pravnoekonomske znanosti, ki so osnova za začetno primerjavo in analizo slovenske ureditve označevanja živil in varovanja potrošnikov. Ta načela tudi dajejo dodatne argumente za regulatorno ureditev področja označevanja živil. Tržne sile namreč same od sebe potrošnikom žal nikoli ne bodo zagotavljale popolnih informacij, to pa tudi pomeni, da popolnoma racionalno potrošniško odločanje pri izbiri in nakupu živil ne bo mogoče, s tem pa se posredno odprejo vrata Pandorine skrinjice možnih zlorab in zavajanj. Če namreč predpostavimo, da imata obe strani – tako proizvajalec kot potrošnik – popoln nabor informacij o določenem živilskem izdelku, o vseh njegovih sestavinah in njihovih učinkih, se vprašanje razkritja informacij sploh ne pojavi. Obe strani bi v takšnem primeru poznali pomembne (in tudi manj pomembne) dragocene materialne informacije, ki jih potrebujeta za sklenitev pogodbenega odnosa (nakup živilskega izdelka). Proizvajalci in prodajalci potem sploh ne bi mogli zavajati in napačno označevati živila ali prikrivati pomembne informacije.<sup>5</sup> Seveda pa v realnem svetu potrošniki takšnih popolnih informacij nimajo, napake v delovanju trga, problem asimetričnih informacij ter problem *podpisati in ne prebrati* pa so med ključnimi razlogi za regulatorno intervencijo na področju označevanja živil in preprečevanja mogočega zavajanja potrošnikov.

### 2.1. Informacije o sestavinah, vsebini in učinkih živil mora načeloma proizvesti in posredovati tisti, ki lahko to naredi z najnižjimi stroški

Gospodarstvo in družba kot celota želje in potrebe zadovoljujeta v pogodbenih odnosih, z izmenjavo med fizičnimi in pravnimi osebami. Analitično gledano gre pri nakupih vseh živilskih izdelkov (tudi najmanjših in najcenejših) za nenehno prostovoljno sklepanje pogodb, za nenehno delovanje sistema ekonomskih izmenjav, za nenehno alokacijo dobrin. Vsaka stranka pri takšnih izmenjavah si prizadeva maksimirati svoje zadovoljstvo, seveda pod pogojem, da je druga stranka pri takšni izmenjavi prav tako zadovoljna. Ker imajo tako pravne

<sup>4</sup> Členi 481 do 487 Obligacijskega zakonika.

<sup>5</sup> Kovač, str. 24.

kot fizične osebe različne okuse in ker je delo precej specializirano, lahko predpostavimo, da se bo vsaka oseba prek pogodbenih odnosov in izmenjav lahko precej približala maksimalnemu zadovoljstvu. Potrošniki zadovoljstvo maksimirajo tako, da izenačijo mejne koristi posameznih dobrin, ki jih kupijo, na enoto cene. Za te svoje odločitve, ki jim omogočijo optimalno zadovoljstvo, potrebujejo popolne *ex ante* informacije o lastnostih, sestavinah in učinkih takšnih živilskih izdelkov. Z drugimi besedami, pri odločitvah potrošnikov trčimo ob problem asimetričnih, nepopolnih informacij, ki povzročajo neustrezno alokacijo dobrin, napake v delovanju trga ter tudi napačne, včasih celo škodljive in zdravju nevarne potrošnikove odločitve o nakupu določenih živilskih dobrin in izdelkov. Postavi se vprašanje, ali bi moral zakonodajalec bolje zaščiti potrošnika in proizvajalca zavezati k označevanju in razkrivanju vseh potrebnih informacij o sestavinah in lastnostih določenega živilskega izdelka.

Profesor Kronman je v poznih sedemdesetih letih prejšnjega stoletja pri iskanju odgovorov na vprašanja o razkrivanju informacij v pogodbenih odnosih vpeljal koncept osebe, ki lahko z najnižjimi stroški zagotovi in razkrije potrebne informacije (*least cost information gatherer*).<sup>6</sup> Ta koncept, ki je bil sprva vzpostavljen za vsa pogodbeno razmerja, se lahko bralcu, ki se prvič srečuje z ekonomsko analizo prava, zazdi pomanjkljiv, zato ga je smiselno najprej na kratko opisati.

Ekonomisti se strinjamo, da so informacije bistveni element našega življenja in da je skoraj vse v takšni ali drugačni meri povezano z informacijami.<sup>7</sup> Informacije so tako temeljna sestavina odločanja in odločanje med omejenimi dobrinami (*scarce resources*) je tudi osrednje vprašanje ekonomije.<sup>8</sup> Pomanjkanje informacij nam namreč onemogoča sprejemanje v ekonomiji predvidenih popolnih, racionalnih odločitev, zato te sprejemamo v razmerah negotovosti. Ta negotovost povzroči drugačne odločitve od tistih, ki bi bile sprejete v svetu popolnih informacij.<sup>9</sup> Negotovost tako postane neposredni vir nezadovoljstva (*disutility*), napačnih in včasih tudi izjemno škodljivih izbir (alergeni v hrani), edino učinkovito sredstvo za odpravo takšnega nezadovoljstva pa so informacije. Zato lahko trdimo, da so skoraj vsi pravni problemi v takšnem ali drugačnem smislu neposredna posledica nepopolnih informacij. Posledici takšne nepopolnosti sta tudi zavajanje potrošnikov o vsebini izdelkov in napačno ali pomanjkljivo označevanje, ki ekonomsko gledano pomenita predvsem nepotrebne stroške, tako posredne

<sup>6</sup> Kronman.

<sup>7</sup> Za odličen pregled izsledkov o ekonomiji informacij glej Hirschleifer in Riley.

<sup>8</sup> Glej Mackaay str. 107.

<sup>9</sup> Takšne odločitve, ki bi se jim v svetu popolnih informacij lahko izognili, pa lahko nato pomenijo neposredno izgubo ali pa nezmožnost pridobitve različnih koristi. Glej Mackaay, op. 8 na str. 108.

kot neposredne.<sup>10</sup> Posner in Rosenfield za zmanjšanje teh nepotrebnih stroškov kot alternativni predlagata preprečevanje ali pa zavarovanje.<sup>11</sup> Ob dejstvu, da je večino takšnih za potrošnika napačnih odločitev in iz njih izhajajočih negativnih eksternalij s sprejemljivimi stroški mogoče preprečiti, postane dolžnost razkrievanja informacij o vsebini, sestavinah in učinkih določenega izdelka stroškovno najučinkovitejše sredstvo za preprečevanje takšnih negativnih posledic. Vendar pa mora biti proizvajalec, kot je opozoril Nobelov nagrajenec Stigler, ne glede na to, da samo pridobivanje informacij ni brezplačno, zmožen te informacije pridobiti in posredovati ceneje oziroma z manj stroški kot potrošnik.<sup>12</sup> Če se proizvajalec/prodajalec npr. ne zaveda (ali se ni mogel zavedati), da ima lahko določeno živilo oziroma določena sestavina za potrošnika škodljive posledice, potem seveda takšnih informacij ni zavezan razkriti, saj jih *ex ante* tudi ne more razkriti. Če k temu dodamo klasično domnevo racionalnega obnašanja ljudi, potem stranke s tem, ko preložijo iz živilskih izdelkov izhajajoča tveganja na tisto stranko, ki lahko zagotovi te informacije bolje (ceneje), minimizirajo skupne stroške potencialnih tveganj in napačnih odločitev.<sup>13</sup> Kronmanov koncept, razvit na podlagi Posnerjevega in Rosenfieldovega »iskanja« najcenejšega generatorja informacij (*least cost information gatherer*),<sup>14</sup> nam tako v primerih, ko tveganje ni že vnaprej pogodbeno ali kakor drugače določeno, pokaže na tisto stranko, ki bi v skladu z ekonomskimi kriteriji to tveganje morala nositi. Ekonomska učinkovitost torej zahteva, da se to tveganje naloži tisti osebi, ki lahko zagotovi potrebne informacije najceneje.<sup>15</sup> V skladu s tem konceptom mora informacije tako proizvesti in posredovati tisti, ki lahko to naredi z najnižjimi stroški. V primeru označevanja živilskih izdelkov je oseba, ki lahko razkrije informacije o sestavinah, alergenih, mogočih škodljivih posledicah in učinkih snovi, prav proizvajalec. Zato jih mora v skladu s kriterijem ekonomske učinkovitosti tudi nedvoumno razkriti in jasno označiti na vseh svojih izdelkih.

<sup>10</sup> Pri tej analizi je ključno razumevanje, da zmeta o sestavinah določenih živil pomeni stroške, in sicer tako za stranko, ki kupi »napačno« živilo, kot za družbo v celoti, saj dejanski pojav takšnih napačnih odločitev vedno zviša vsoto potrebnih sredstev, ki morajo biti porabljeni pri procesu alokacije dobrin tistim, ki jih cenijo najvišje. Takšna zmeta tako povzroči družbeno neučinkovito uporabo sredstev, dobrin, hkrati pa tudi prisili stranko, ki je v zmeti, k dodatnemu čezmernemu investiranju sredstev za preprečitev oziroma zmanjšanje verjetnosti nastanka takšnih zmot oziroma prevar v prihodnje.

<sup>11</sup> Posner in Rosenfield.

<sup>12</sup> Stigler, str. 213.

<sup>13</sup> Glej op. 6.

<sup>14</sup> Glej op. 11.

<sup>15</sup> Na takšen način sodišče ali zakonodajalec tudi zmanjšata neposredne transakcijske stroške sklepanja pogodb in tako pripomoreta k povečanju družbene blaginje.

Če nasprotna stranka te informacije že ima, ta dolžnost odpade. Zagotavljanje informacij, ki jih druga stran že ima ali ki jih lahko zagotovi ceneje, bi bilo neučinkovito (dvojno in zato nepotrebno) in bi spet pomenilo neposredno zmanjševanje družbene blaginje.<sup>16</sup>

Velja opozoriti, da je zahteva o zagotavljanju in posredovanju informacij nesmiselna v primerih, kadar bi stroški samega posredovanja presegli vrednost teh informacij. Za primer vzemimo dejstvo, da večine kupcev prav nič ne zanima ime gozda, v katerem so zrasle borovnice, ki so sestavina jogurta. Zato moramo v našo »enačbo« iskanja najcenejšega zagotavljanja informacij vpeljati tudi stroške posredovanja. Predlagava preprosto pravilo: informacije morajo biti proizvedene in posredovane samo takrat, kadar je vsota teh stroškov nižja od same vrednosti informacij za potrošnika.<sup>17</sup> Ta vrednost se med različnimi potrošniki seveda spreminja, saj npr. nekatere potrošnike starost jagod zanima, drugih pač ne.<sup>18</sup>

## 2.2. Izjema od dolžnosti razkritja informacij velja za načrtno pridobljene produktivne informacije

Pridobivanje nekaterih informacij je včasih povezano s precejšnjimi stroški in investicijami.<sup>19</sup> Povedano drugače: ker so takšna odkritja (informacije) družbeno zaželeno (povečujejo družbeno blaginjo), se v takšnih in podobnih primerih zastavi tako imenovano vprašanje dinamičnega učinka, katerega cilj je zagotavljanje spodbud za proizvodnjo, zagotavljanje in uporabo prav takšnih, družbeno koristnih informacij. To vprašanje je privedlo Kronmana do temeljnega razlikovanja med informacijami, ki so bile pridobljene namerno, in tistimi, ki so plod golega naključja.<sup>20</sup> Po Kronmanovem mnenju je treba načrtno pridobivanje informacij z

<sup>16</sup> Strošek je tudi podajanje informacij. Zato zakonodajalec prodajalcu ne nalaga obveznosti eksplicitnega omenjanja tistega, kar je vidno. Če je npr. na prvi pogled vidno, da so vhodna vrata hiše, ki se prodaja, razbita, bo kupec to takoj opazil in nalaganje takšne obveznosti bi pomenilo samo nepotrebno zapravljjanje časa. Bilo bi nepotrebno, duplikativno in bi v ekonomskem smislu pomenilo nepotrebno trošenje dobrin.

<sup>17</sup> Stranka mora tako biti dolžna razkriti informacije, vse dokler stroški produkcije in posredovanja ne presežejo vrednosti informacije za nasprotno stranko,  $S^p + S^k < V^i$ . Glej tudi Jovanovic.

<sup>18</sup> Za odličen primer glej angleško zadevo *Smith v. Hughes* 1871 LR 6 QB 596.

<sup>19</sup> Takšne so npr. ekspertize na področju umetniških del, kjer lahko samo pridobivanje teh ekspertiz zahteva investiranje daljših časovnih obdobj, šolanj in precejšnjih finančnih sredstev ali pa pridobivanje novih patentov, novih proizvodov, iskanja novih naravnih virov itd.

<sup>20</sup> Vendar pa, kot je poudaril tudi Kronman, je že profesor Keeton v svojem znamenitem članku opazil, da se sodišča pri določanju dolžnosti razkrivanja informacij ozirajo na to, kako so bile te informacije pridobljene. Pri tem pravi: »... *the way in which the buyer acquires the information which he conceals from the vendor should be a material circumstance. The information might have been acquired as a result of his bringing to bear a superior knowledge, intelligence, skill or technical*

vzpostavitev izjeme od dolžnosti razkrivanja spodbujati, saj je takšna izjema od dolžnosti razkrivanja edini možni vir spodbud za proizvodnjo in uporabo takšnih informacij. Za naključno pridobljene informacije pa taka izjema ni potrebna, saj bi bile proizvedene v vsakem primeru in tako posebno zagotavljanje spodbud za njihovo proizvodnjo ni potrebno.<sup>21</sup>

Informacija je produktivna in ima družbeno vrednost takrat, kadar lahko poveča vrednost dobrine, ki jo stranka poseduje, ali kadar omogoči boljše medsebojno ujemanje prodajalcev in kupcev.<sup>22</sup> Učinki takšnih produktivnih informacij so npr. izboljšave produkcijskih funkcij, proizvodnja novih dobrin ali izdelkov, odkritja novih naravnih virov itd. Ekonomska učinkovitost takšnih informacij, ki povečujejo družbeno blaginjo, tako od zakonodajalca in sodišč zahteva zagotavljanje trdnih in stalnih spodbud za njihovo odkrivanje. De Geest zanje uporablja tudi izraz podjetniške informacije (*entrepreneurial information*).<sup>23</sup> Podjetniške informacije so tako tiste, proizvodnja katerih je tako draga, da jih z uporabo pravic intelektualne lastnine ni mogoče ustrezno zaščititi, ki imajo za preostale igralce na trgu določeno vrednost in pri katerih bi problem zastonjkarja (*free rider problem*), v odsotnosti pravice obdržati takšne informacije tajne, odvrnil oziroma onemogočil proizvodnjo tovrstnih informacij.<sup>24</sup> V takšnem primeru je pravica lagati in prikriti takšno informacijo edini možni način zagotavljanja spodbud za proizvajanje takšnih podjetniških informacij. Zaradi tega mora za načrtno pridobljene produktivne informacije veljati izjema od dolžnosti razkritja informacij.

### 2.3. Dolžnost poštenega ravnanja pri izražanju golih mnenj in pri dajanju drugih nepreverljivih izjav je nepotrebna

V primeru nepreverljivih izjav, osebnih mnenj in vrednostnih sodb bi stranke morale imeti pravico do laganja in prikrievanja informacij.<sup>25</sup> Primeri takšnih nepreverljivih izjav ali osebnih mnenj so npr. »Oda ima boljši okus kot Zala«, »naši sladoledi so fantastični«, »tale jogurt je super«. Takšne in podobne izjave zaradi svoje subjektivne narave (nekaj je boljšega okusa) ali pa zaradi odsotnosti neke splošno sprejete definicije (kdaj je neki jogurt fantastičen, kdaj je neki sla-

---

*judgement; it might have been acquired by mere chance; or it might have been acquired by means of some tortious action on his part.*« Glej Keeton, str. 25.

<sup>21</sup> Poleg tega pa dolžnost razkrivanja v takšnem primeru tudi preprečuje in zmanjšuje iz zmot in prevar izhajajoče stroške.

<sup>22</sup> In s tem zmanjševanje transakcijskih stroškov alokacije dobrin za več, kot bi znašali informacijski stroški.

<sup>23</sup> De Geest (1994).

<sup>24</sup> Glej tudi Goldberg (1989); Kötz; Gordley.

<sup>25</sup> De Geest, Jaspers, Siegers in Vandenberghe, str. 38.

doled super) z neposrednim opazovanjem empirične realnosti *ex post* (npr. na sodišču) niso preverljive. Seveda je jasno, da ljudje v takšnih primerih pogosto ne govorijo resnice (prodajalci z namenom, da bi prodali več izdelkov, potrošnikom pogosto rečejo, da so prepričani, da je ta vrsta jogurta fantastična, pa čeprav pri sebi mislijo drugače), vendar pa bi v primeru, da bi hoteli takšne neresnične izjave dokazati na sodišču, imeli izjemne težave. Priznanje stranke, ki je takšno izjavo dala, se tako v številnih primerih pokaže kot edini možni dokaz napačnega podajanja mnenj ali izjav. Kaznovanje stranke, ki je imela preblisk poštenosti in je priznala dajanje takšnih izjav, pa na koncu ne bi pomenilo sankcioniranja laganja, ampak bi, paradoksalno, pomenilo neposredno sankcioniranje poštenosti.<sup>26</sup> Še več, prodajalci s poštenim in kritičnim odnosom do stvari, ki jih prodajajo, bi bili tako kaznovani pogosteje kot prodajalci z nekritičnim odnosom in bi izgubili vso primerjalno prednost, kar bi nazadnje vodilo do tega, da bi s trga izginili prav pošteni, kritični prodajalci.<sup>27</sup>

Iz vsega povedanega sledi, da je dolžnost poštenega ravnanja pri izražanju golih mnenj in pri dajanju drugih nepreverljivih izjav popolnoma nepotrebna oziroma včasih celo neproduktivna in škodljiva.

## 2.4. Razlika med laganjem in prikrievanjem informacij je irelevantna

Dejstvo, da s tem, ko ne rečemo ničesar, pravzaprav vedno nekaj povemo, je morda eno najpomembnejših spoznanj ekonomske znanosti.<sup>28</sup> Kaj je tisto nekaj, pa je seveda vedno odvisno od trga. Na nekaterih trgih bodo tako potrošniki v primeru, ko ne bodo dobili nobenih informacij o kakovosti izdelkov, predvideli, da so ti povprečne kakovosti, na drugih trgih pa bodo predvideli, da so izdelki najnižje kakovosti.<sup>29</sup> Vendar pa je sama razlika med izrecnim laganjem in golim prikrievanjem informacij (molkom) manj pomembna, kot misli večina pravnikov, in to ne glede na to, katero izmed teh dveh predvidevanj vzamemo za izhodišče. Molk in izrecna laž povzročata popolnoma nepotrebne stroške in sta enako škodljiva (lažnivec z besedami/laganjem investira v zavajanje,<sup>30</sup> medtem ko tisti, ki molči, investira v prikrievanje<sup>31</sup>), na koncu pa vodita v neučinkovito in družbeno škodljivo alokacijo dobrin. Še več, kakor poudarja Shavell, imamo poleg neposrednih stroškov tudi posredne družbene stroške tega laganja in molka, kar so tako imenovani obrambni izdatki druge, poštene stranke (potrošniko-

<sup>26</sup> De Geest (1994), op. 5 na str. 179.

<sup>27</sup> De Geest, Jaspers, Siegers in Vandenberghe, op. 32 na str. 39.

<sup>28</sup> Glej npr. Baird, Gertner in Picker.

<sup>29</sup> Kot npr. v primeru t. i. Akerlofovega »trga limon«. Glej Akerlof (1970).

<sup>30</sup> Posner (2003), str. 122.

<sup>31</sup> Glej Shavell (2004), str. 329. Glej tudi Levmore; Barnett.

vo investiranje v detekcijo laži, interpretacijo molka, obrambo pred prevarami itd.).<sup>32</sup> Takšno »uspešno« laganje oziroma prikrivanje (molč) lahko povzroči tudi neučinkovito uporabo dobrin in neuspešno medsebojno iskanje pogodbenega konsenza, poslovnega interesa. Za odpravo teh neučinkovitosti so potrebna še dodatna sredstva, poraba katerih potem še zmanjšuje družbeno blaginjo. Zato je odvracanje tako od laganja kot od prikrivanja z vidika družbe kot celote zaželeno in potrebno. Velja tudi opozoriti, da je mogoče vsako prikrivanje spremeniti v neposredno laganje (laž) s tem, ko stranka pozove drugo, naj ta izjavi, da prav ničesar ne prikriva.<sup>33</sup>

## 2.5. Razlika med naklepnim in malomarnim zavajajočim označevanjem živil je, razen v primerih določanja kazenskih sankcij in pravnih sredstev, irelevantna

Razlika med naklepnim in malomarnim zavajajočim označevanjem živil je pomembna samo v primerih, v katerih so za preprečevanje naklepnega zavajajočega označevanja potrebne posebne izravnalne odškodnine, ali pa v primerih določanja kazenskih sankcij in pravnih sredstev. Ta izsledek lahko povzamemo na podlagi analogije z izsledki ekonomske analize odškodninskega prava (prava neposlovnih odškodninskih obveznosti), kjer se pravila za naklepno in malomarno povzročanje škode ne razlikujejo, razen v primerih, ko se od kazenskega prava zahteva odvracanje od namernih povzročitev škod (ali drugih posebnih oblik restitutornih sankcij).<sup>34</sup>

## 2.6. Potrebna je enotna doktrina dolžnosti razkritja informacij

Čeprav je pravnoekonomska znanost do danes le redko spregovorila o optimalni formulaciji pravnih pravil,<sup>35</sup> pa je ponudila dolžnost razkrivanja informacij<sup>36</sup> kot eno izmed možnih rešitev za vse informacijske asimetrije. Ob tej dolžnosti razkrivanja informacij je za primere simetričnega pomanjkanja informacij potrebna samo še doktrina razporejanja tveganj.

Pa poglejmo, zakaj. V primeru, ko je npr. stranka A v nekem pravnem poslu s stranko B nepopolno ali napačno informirana, so tako v resnici na voljo tri

<sup>32</sup> Shavell (2004), glej op. 38.

<sup>33</sup> De Geest (1994), glej op. 5 na str. 182.

<sup>34</sup> Za povzetek ekonomske literature s področja odškodninskega prava glej Schäfer; Shavell (2004), op. 38 na str. 175–289; Cooter in Ulen, op. 24 na str. 287–373.

<sup>35</sup> O tem glej De Geest (1994), op. 5.

<sup>36</sup> Za katero lahko rečemo, da je dodelana doktrina prevare.



možnosti.<sup>37</sup> (1) Če je bila stranka A tista oseba, ki bi lahko informacije proizvedla in posredovala z najnižjimi stroški (*least cost information gatherer*), potem bi morala biti v primeru opustitve teh dejanj za to sankcionirana. Nevmešavanje v takšno pogodbo (uveljavitev) bi v tem primeru bila najenostavnejša in osnovna sankcija. V takšnem primeru torej ni potrebna, seveda poleg dolžnosti razkrivanja informacij, nobena druga doktrina. (2) Če je bila nasprotna stranka B tista, ki bi lahko te informacije proizvedla in jih posredovala najceneje, lahko ta problem preprosto razrešimo z dolžnostjo razkrivanja informacij (doktrina dolžnosti razkrivanja informacij) in stranka B, ki ima dolžnost razkrivanja informacij, je v takšnem primeru za to prikrievanje sankcionirana. Spet je potrebna samo doktrina razkrivanja informacij. (3) Če nobena izmed strank ni mogla proizvesti in posredovati informacij s še sprejemljivimi stroški, se pravi, da ni bilo očitno, katera izmed njiju bi jih lahko proizvedla in prenesla z najnižjimi stroški, pa imamo, analitično gledano, jasen problem razdelitve tveganj. Katera izmed strank je potem v najboljšem položaju, da nosi to tveganje (*superior risk bearer*), pa je vprašanje, na katero lahko odgovorimo z aplikacijo doktrin o višji sili, spremenjenih okoliščinah, grožnji, njegova analiza pa presega okvire tega prispevka.<sup>38</sup>

Iz vsega povedanega izhaja, da je pri problematiki nepopolnega ali zavajajočega označevanja živil potrebna samo enotna doktrina dolžnosti razkritja informacij. Ta doktrina nam daje enoten odgovor na vprašanje, v kakšnih okoliščinah je individualni proizvajalec dolžan dragocene informacije, ki jih poseduje ali ki bi jih moral posedovati, razkriti osebi, s katero sklepa pravni posel in ki ji te informacije niso znane.

## 2.7. Na splošno je v ekonomski teoriji pogosto obravnavano vprašanje, do katere mere prodajalci spontano razkrivajo informacije, za zakonodajalca irelevantno

Več ekonomistov je v svojih raziskavah pokazalo, da pod določenimi pogoji lahko problem asimetričnih informacij reši kar delovanje trga samega.<sup>39</sup> V Grosmanovem modelu bodo tako npr. vsi proizvajalci z nadpovprečno kakovostnimi proizvodi spodbujeni, da svoje informacije o vsebini, sestavinah in

<sup>37</sup> O tem glej De Geest (1994), op. 5.

<sup>38</sup> Pravnoekonomska znanost predlaga, naj v takih primerih to tveganje nosi tista oseba, ki je v najboljšem položaju za prevzem tveganj (*superior risk bearer* – superiorni prevzemnik tveganj). Posner in Rosenfield identificirata takšno osebo kot tisto, ki je proti takšnim tveganjem zavarovana ali ki se proti njim lažje zavaruje (*superior insurer*). Glej Posner in Rosenfield, op. 11. V primeru, ko identifikacija superiornega prevzemnika tveganj ni mogoča, pa je delitev tveganj (*risk sharing*) najučinkovitejšo pravno sredstvo. Glej Kovač, op. 5. Za pregled in sistematizacijo literature glej Cooter in Ulen, op. 24, in Posner (2003), op. 37.

<sup>39</sup> Glej npr. Grossman in Hart; Milgrom; Matthews in Postlewaite; Farrell; Fishman in Hagerty; Rubin.

kakovosti svojim potrošnikom razkrijejo prostovoljno (npr. z dajanjem garancij).<sup>40</sup> Zato se povprečna kakovost izdelkov drugih proizvajalcev počasi znižuje tako, da vse več proizvajalcev razkriva informacije o svojem izdelku, in to vse dotlej, dokler niso vsi proizvajalci primorani razkriti vseh informacij o svojih izdelkih.

Vendar pa je vprašanje, do katere mere trg sam reši probleme informacijskih asimetrij, za zakonodajalca precej manj relevantno kakor pa za same ekonomiste, saj je treba napake, povzročene v primerih nedelovanja tržnih mehanizmov, v vsakem primeru nekako odpraviti, sanirati in jih regulirati. Tako lahko države z dobro delujočimi tržnimi mehanizmi z uporabo pravnih norm, ki takšne mehanizme še izboljšujejo, pridobijo ogromno, in to prav tako kakor npr. države, v katerih je izjemno malo poštnih ropov, še vedno potrebujejo sankcije (norme) za primere prav takšnih ropov.

## 2.8. Povzetek in sistematizacija. Optimalni doktrini dolžnosti razkrivanja informacij naproti

Na podlagi ekonomskih principov razvito pravilo, ki vzpostavlja načelo najcenejšega proizvajalca in posredovalca informacij, bo (1) z najmanjšimi možnimi transakcijskimi stroški pospešilo premik aktive k njeni najbolj produktivni rabi; (2) preprečilo oportunistično; (3) ohranilo nemotene spodbude za proizvodnjo in uporabo produktivnih in hkrati odvrčalo od proizvodnje prerazdelitvenih informacij; (4) dodelilo iz zavajajočih označb na živilih izhajajoča tveganja tisti osebi, ki lahko ta tveganja prepreči z najnižjimi stroški. Ekonomsko ozaveščen zakonodajalec bo s takšnim pravnim pravilom tako neposredno prispeval k zmanjševanju in preprečevanju iz informacijskih asimetrij izhajajočih stroškov, hkrati pa tudi izboljševal delovanje tržnih mehanizmov, spodbujal razvoj, inovacije, podjetništvo in investicije v pridobivanje produktivnih informacij ter s tem neposredno pozitivno vplival na povečevanje družbenega proizvoda in splošne blaginje. Vse predhodne točke lahko povzamemo in sistematiziramo v predlog:

1. Načelno mora informacije proizvesti in posredovati tisti, ki lahko to naredi z najnižjimi stroški. Tisti, ki lahko to naredi z najnižjimi stroški, mora razkriti informacije, če so izpolnjeni naslednji pogoji:
  - a) vsota stroškov proizvodnje in posredovanja informacij je nižja od vrednosti informacij za drugo stranko,
  - b) informacija ni sestavljena iz nepreverljivih izjav ali osebnih mnenj,
  - c) informacija je bistvena in

<sup>40</sup> Grossman. Glej tudi Okuno-Fujiwara, Postlewaite in Sozumura (ki analizirajo pogoje, pod katerimi bo prostovoljno razkrivanje vodilo do popolnega razkrivanja informacij).

- d) ne gre za načrtno pridobljene produktivne informacije.
- 2. V kupo-prodajnih razmerjih mora proizvajalec razkriti informacije potrošniku, tudi če ni on tisti, ki bi jih lahko proizvedel in jih posredoval z najnižjimi stroški, če so izpolnjeni naslednji pogoji:
  - a) informacije so bistvene,
  - b) vsota stroškov proizvodnje in posredovanja informacij je nižja od vrednosti informacij za potrošnika in
  - c) informacija ni sestavljena iz nepreverljivih izjav ali osebnih mnenj.

### 3. Problema *podpisati in ne prebrati* ter *podpisati in ne razumeti*

V prejšnjem poglavju sva vzpostavila splošne principe dolžnosti razkrivanja informacij o sestavinah in učinkih živil kot temeljni regulatorni ukrep za preprečevanje zlorab in zavajanj potrošnika. Z drugimi besedami, potrebna je striktna zakonodaja, ki bo spodbudila proizvajalce k razkrivanju vseh informacij, na podlagi katerih se bo potem potrošnik lahko enostavno racionalno odločil o nakupu določenega živilskega izdelka in maksimiral svojo blaginjo. Popolno razkritje informacij bi tako pomenilo ultimativno rešitev in preprečilo vse možne nepravilnosti in zavajanja potrošnikov. V takšnem idealnem svetu bi potrošniki pred podpisom tudi prebrali vse pogodbe in vsak potrošnik bi pri vsakem živilu vedno prebral (in tudi razumel) vse označbe, priložena navodila in specifikacije o lastnostih, učinkih in sestavinah določenega živilskega izdelka. Vendar pa je žal realni svet daleč od takšnega stanja in v resnici le nekaj ljudi tudi dejansko prebere, pregleda vsa priložena navodila in vse (na embalaži) navedene specifikacije, označbe, lastnosti in sestavine izdelka, ki ga kupujejo. Še več, tudi tisti, ki se trudijo takšne specifikacije in navedene lastnosti prebrati, jih po navadi zaradi kognitivnih omejitev ne razumejo v celoti. De Geest je v svojem vplivnem članku omenjeni pojav, ko potrošniki pogodb (označb na živilih, priloženih navodil, specifikacij itd.) ne preberejo oziroma ne razumejo v celoti, definiral kot problema *podpisati in ne prebrati* ter *podpisati in ne razumeti*.<sup>41</sup> Oba problema sta v svojem bistvu problema asimetričnih informacij in kot taka tudi temeljna vira ekonomskih neučinkovitosti. Še več, prav zaradi opisanih pojavov bo predstavljeno klasično ekonomsko priporočilo o enostavni uvedbi proizvajalčeve/prodajalčeve dolžnosti razkrivanja informacij omejeno učinkovito in včasih tudi popolnoma neučinkovito.

<sup>41</sup> De Geest (2002).

Pri tem velja poudariti, da v zgodnjih delih pravnoekonomske znanosti omenjena problema zaradi klasičnih, ozko definiranih predpostavk stroge racionalnosti nista pritegnila pozornosti in nista pomenila razloga za regulatorno intervencijo. Tradicionalna pravnoekonomska znanost namreč predpostavlja, da so ljudje racionalna bitja, ki maksimizirajo svoje koristi; na podlagi tega bi morale biti tudi pogodbe in izmenjave, ki jih sklenejo oziroma ki »preživijo« njihova medsebojna usklajevanja, po Pareto učinkovite.<sup>42</sup> V skladu s tem gledanjem so potem odločitve potrošnikov o nakupu določenega živilskega izdelka pod pogojem, da so bile npr. v priloženih navodilih razkrite vse informacije, popolnoma racionalne (pa naj bodo za potrošnika še tako škodljive) in ne bi smele vzbujati nikakršnih pomislekov. Šele poznejši avtorji so opozorili na morebitne pomanjkljivosti takšnega pristopa.<sup>43</sup> Katz je tako s pomočjo teorije iger prepričljivo pokazal, da ravnotežje (*equilibrium*), v katerem bi vsi potrošniki prebrali in razumeli vsa priložena navodila, vse navedene specifikacije in sestavine, ni nikoli doseženo.<sup>44</sup> Še več, Gazal npr. pokaže, da bodo proizvajalci sami od sebe ponujali učinkovita določila in sestavine samo pod pogojem, da bi kar 100 odstotkov potrošnikov vedno prebralo in tudi popolnoma razumelo vse navedene specifikacije, označbe, učinke in sestavine.<sup>45</sup>

### 3.1. Nabor rešitev problemov *podpisati in ne prebrati in podpisati in ne razumeti*

Na prvi pogled je omenjena problema zelo preprosto rešiti. Potrošnike moramo prisiliti, da bodo specifikacije in opise sestavin pred nakupom obvezno v celoti prebrali, in nato sankcionirati tiste, ki tega ne bodo storili. Sankcija bi lahko pri tem bila recimo takšna, da bi v primeru spora veljala domneva, da so prebrali vse specifikacije določenega izdelka in jih prostovoljno sprejeli, se z njimi strinjali. Če bi potem vsi potrošniki natančno prebrali specifikacije (ob hkratni proizvajalčevi oziroma prodajalčevi dolžnosti razkrivanja informacij) vsakega izdelka, bi s tem proizvajalce prisilili k opustitvi vseh zavajajočih praks in s tem nemudoma odpravili celoten problem zavajanja potrošnikov.

Vendar pa je resnični svet žal dosti bolj zapleten kot pa takšna na prvi pogled preprosta rešitev. Branje vseh priloženih dokumentov, označb in navedb na živilih namreč povzroča stroške in zahteva čas – ta čas ekonomsko gledano pomeni oportunitetne stroške.<sup>46</sup> Če bi nas tako npr. kdo prisilil v branje ali če bi sami od

<sup>42</sup> Kronman in Posner.

<sup>43</sup> Goldberg (1974). Glej tudi Schwartz in Wilde.

<sup>44</sup> Katz.

<sup>45</sup> Gazal.

<sup>46</sup> Čas je v resnici denar.

sebe prebrali prav vse pogodbe, prav vsa splošna določila poslovanja, prav vse navedbe o sestavinah, učinkih in vsebini prav vseh izdelkov, ki jih kupimo, nam bi v življenju ostalo prav malo časa za kakršnokoli drugo aktivnost. Preprost nakup določenih živilskih izdelkov bi tako lahko trajal ure in ure, v tem času pa bi morali opustiti številne druge produktivne dejavnosti, ki povečujejo našo in skupno blaginjo. Upoštevajoč predpostavko, da smo ljudje racionalna bitja,<sup>47</sup> ki podzavestno tehtajo stroške in koristi branja takšnih dokumentov, označb in navodil, je potem racionalno in ekonomsko učinkovito, da takšnih označb nikoli ne preberemo oziroma razumemo v celoti. Rešitev, ki bi tako silila potrošnika k branju vseh označb in deklaracij, bi bila tako popolnoma nesmiselna, neučinkovita in skrajno uničujoča. Prav tako uničujoča, nepotrebna in nesmiselna bi bila tudi uvedba prepovedi standardnih pogodbenih določil ali adhezivskih pogodb in poslov, nakupov (»vzemi ali pusti«).

Pravnoekonomska teorija tako kot najučinkovitejšo rešitev za omenjena problema najprej predlaga regulatorno prepoved vseh zavajajočih označb, pogodbenih določil, oglaševalskih praks ali sestavin v živilih, ki so vedno neučinkovite ali škodljive (v vseh okoliščinah) in ki jih racionalne stranke, če bi vedele zanje in za njihove posledice, ne bi nikoli zavestno sprejele. Z drugimi besedami, sestaviti bi bilo treba črni seznam zavajajočih označb na živilih in sestavin, ki so vedno škodljive, zavajajoče in neučinkovite in ki bi zato morale biti vedno prepovedane.<sup>48</sup>

Priporoča se tudi uvedba sivega seznama sumljivih praks, okoliščin, pogodbenih določil, označb in sestavin, ki so nedovoljeni, razen če je eksplicitno dokazana potrošnikova privolitev (informiranost). Poleg tega mora biti zakonodaja sestavljena iz učinkovitih dispozitivnih in kogentnih norm, ki bodo zmanjševale transakcijske stroške, preprečevale moralni hazard in oportunitizem, zagotavljale spodbude za produktivno vedenje, nalagale tveganja na najučinkovitejšega nosilca tveganj (*superior risk bearer*) in tako povečevale družbeno blaginjo.

Navsezadnje, ekonomisti prav dobro vemo, da je manj včasih več in da so stranke bolje informirane takrat, ko so nepomembne informacije predhodno prečiščene in odstranjene. Vse od Simona,<sup>49</sup> Tverskega in Kahnemana<sup>50</sup> razvijajoča se ekonomska behavioristična literatura, ki je v nadaljevanju podrobneje predstavljena, namreč poskuša z integriranjem izsledkov psihologije v okvir svo-

<sup>47</sup> Pa čeprav kognitivno omejena.

<sup>48</sup> Na tak črni seznam bi lahko uvrstili npr. pogodbeno določila, ki prodajalcem oziroma proizvajalcem omogočajo oprostitev odškodninske odgovornosti za namerno škodo, vsa zavajanja potrošnikov z namernim oglaševanjem napačnih sestavin in učinkovin ali z nenavajanjem določenih sestavin, alergenov itd.

<sup>49</sup> Simon (1959).

<sup>50</sup> Tverski in Kahneman. Za primer nedavne literature glej Bar-Gill.

jih modelov zajeti tudi omejeno racionalnost ljudi. Eden poglobitnih izsledkov te literature je ideja o informacijski preobremenitvi naših možganov. Zato več informacij ni vedno in povsod boljše, saj bi morale biti v idealnih okoliščinah informacije predhodno prečiščene in šele nato prenesene oziroma predstavljene. Treba pa je opozoriti, da to velja tudi za problema *podpisati in ne prebrati* ter *podpisati in ne razumeti*,<sup>51</sup> saj bi bila prav skrb, da bi bilo v označbah in priloženih navodilih manj branja, najenostavnejša tehnika za spodbujanje kupcev k branju takšnih označb in navodil.

## 4. Behavioristična ekonomika in oblike zavajajočega označevanja živil

V tem delu so na kratko predstavljena poglobitna spoznanja behavioristične ekonomije s področja potrošniškega obnašanja in orisane najpogostejše oblike zavajanja potrošnikov z označbami na živilih in najpogostejše škodljive posledice, neposredni stroški in eksternalije, ki jih lahko takšno označevanje povzroči.

### 4.1. Behavioristična ekonomika in zavajanje potrošnikov

Družboslovci in pravnoekonomski raziskovalci smo v zadnjih dveh desetletjih prišli do številnih novih spoznanj, kako ljudje v resnici sprejemajo odločitve. Na tem področju je še posebej pomembna behavioristična ekonomija, ki se je zaradi presenetljivih spoznanj o razlikah med znanstveno predvidenim in dejansko opazovanim obnašanjem racionalnih ljudi razvila kot popolnoma nova veja ekonomije. Behavioristična ekonomija je v zadnjem obdobju postala prava uspešnica in je s pomočjo spoznanj psihologije in sociologije povzročila pravo revolucijo glede na tradicionalni pogled ekonomistov (in tudi pravnikov) na dejanska dogajanja v svetu okoli nas.<sup>52</sup> V zadnjem desetletju je tako postala prava »mainstream« ekonomija<sup>53</sup> in je tudi povzročila nastanek popolnoma nove veje ekonomske analize prava, in sicer behavioristične pravne ekonomije.<sup>54</sup> Še več, spoznanja behavioristične ekonomije in behavioristične pravne ekonomije o resničnem obnašanju potrošnikov in drugih igralcev na trgu vse pogosteje dejansko uporabljajo in implementirajo tudi številni zakonodajalci, regulatorna telesa in oblikovalci najrazličnejših politik varstva potrošnikov.

<sup>51</sup> Problem *podpisati in ne prebrati*, ki ga je kot posebno vrsto informacijske asimetrije identificiral prav De Geest, pomeni, da ima tisti, ki spiše pogodbo, na voljo več informacij kot stranka (kupec), ki pogodbo preprosto podpiše. Glej De Geest (2002).

<sup>52</sup> Diamond in Vartiainen.

<sup>53</sup> Lovallo in Sibony.

<sup>54</sup> Glej Akerlof (2002).

Rezultati empiričnih analiz<sup>55</sup> in spoznanja behavioristične ekonomije<sup>56</sup> npr. sugerirajo, da potrošniki zaradi kognitivnih omejenosti,<sup>57</sup> sider,<sup>58</sup> črednega obnašanja in hevrizmov<sup>59</sup> zaznavajo funkcionalnost živil z opazovanjem obnašanja drugih potrošnikov,<sup>60</sup> z neposrednimi primerjavami z osnovnim, prvotnim izdelkom (sidro), s favoriziranjem živil, ki jim je dodan brezplačen izdelek (pojav *free*), in na podlagi posebnih oglasnih sporočil o posebnih lastnostih živila (npr. brez holesterola, brez sladkorja). Te posebne lastnosti živil se največkrat navezujejo na prehranske in zdravstvene trditve, s katerimi želijo prepričati potrošnika za nakup določenega izdelka. Na splošno za živila, ki jih oglašujejo s prehranskimi in zdravstvenimi trditvami, velja posebna zakonodaja, predstavljena v naslednjem poglavju, ki potrošniku daje pravico do obveščeniosti in s tem poskuša zmanjšati stopnjo napačnih odločitev. Seveda se pri tem takoj postavi vprašanje, ali se potrošnik zaradi identificiranih behaviorističnih kognitivnih omejitev (*cognitive biases*), hevrizmov in sider sploh lahko odloči strogo racionalno in ali ni zaradi njegove kognitivne omejenosti ogrožena tudi njegova pravilna, ekonomska racionalna izbira, ki bi maksimirala alokacijsko učinkovitost in koristnost. Spoznanja behavioristične ekonomije so tako zelo močan dodaten argument za paternalističen, a seveda omejen, poseg v svobodo sklepanja pogodbenih razmerij med proizvajalci in potrošniki in tudi zelo močan razlog za posebno regulatorno ureditev področja zavajajočega označevanja živil.

## 4.2. Oblika zavajajočega označevanja živil

Za ilustracijo teh behaviorističnih spoznanj naj navedeva nekaj najpogostejših primerov, ko proizvajalci za potrebe zavajajočega informiranja potrošnikov uporabljajo spoznanja behavioristične ekonomije (s čimer povečujejo stroške informacijskega procesiranja) in zavajajoče označujejo svoja živila. Na primer napis »brez konzervansov« je tak primer, ko se potrošnik verjetno ne zaveda, da so konzervansi le ena iz skupine aditivov, ter da je proizvajalec s tem, ko je poudaril, da živilo ne vsebuje konzervansa, najverjetneje želel prikriti, da pa vsebuje kakšen drug aditiv. Primer takega zavajanja so skoraj vse paštete, na katerih piše, da so brez konzervansov, vendar pa vsebujejo ojačevalce okusa, ki spadajo med aditive.

<sup>55</sup> Simon (1959).

<sup>56</sup> Prav tam.

<sup>57</sup> Simon (1955).

<sup>58</sup> Slovic in Lichtensteln.

<sup>59</sup> Kahneman in Tversky.

<sup>60</sup> Čredno obnašanje, ko sledimo obnašanju drugih ljudi, ki neki izdelek kupujejo ali ga že imajo, in s tem minimiziramo svoje lastne transakcijske stroške iskanja, preverjanja, procesiranja, preizkušanja določenega izdelka – smo prosti jezdec, ki jezdimo na izdatkih, stroških drugih (ekternaliziramo stroške) in uživamo koristi takšnih aktivnosti (internaliziramo koristi).



Nadaljnji primer je označba »brez sladkorja« ali »brez dodanega sladkorja«; proizvajalec označuje ustekleničeno pitno vodo kot vodo brez sladkorja, povprečen potrošnik pa bi moral vedeti, da voda sama po sebi ne vsebuje sladkorja. Hkrati prav tako vemo, da je sladkor po naravi prisoten v skoraj vsakem živilu (sadju, zelenjavi, mesu, mleku itd.), na deklaraciji pa je potem pri takšnem izdelku »brez sladkorja« sladkor naveden pri vsebnosti ogljikovih hidratov. Sladkor je v resnici zelo posplošeno ime za različne kemične spojine kisikovih, vodikov in ogljikovih atomov. Sem spadajo glukoza, saharoza, fruktoza in laktoza, ki so v živilih naravno prisotni. Zato dejansko oznaka »brez sladkorja« pomeni, da v procesu proizvodnje niso dodali sladkorja. Nizkokaloričnim živilom pogosto odstranijo del sladkorjev in jih zamenjajo s sladili, ki so aditivi, kar izboljša okus živil.

Tudi pri označbi »brez glutena« lahko pride do napačnih odločitev, saj veliko ljudi ne pozna pravega pomena te besede. Gluten je namreč beljakovina rastlinskega izvora in je ne vsebuje samo pšenica, temveč tudi oves, rž, ječmen in seveda vsi izdelki, v katerih so ta žita. Nikakor pa glutena ne vsebujejo koruza, riž, ajda, proso, kvinoja, amarant, soja ali sončnična semena in še vrsta drugih živil, za katera se včasih zavajajoče uporablja oznaka »brez glutena«. Proizvajalec dejansko zavaja potrošnike s takim napisom na izdelkih, ki ga že v osnovi ne vsebujejo.<sup>61</sup>

V zadnjem času je zelo atraktivna označba »brez holesterola«.<sup>62</sup> Seveda je holesterol izključno živalskega, in ne rastlinskega izvora. In vendar, to neznanje ljudi s pridom izkoriščajo proizvajalci. Tipičen primer takšnega zavajanja so margarine, ki jih izdelujejo iz rastlinskih maščob, zato holesterola ne morejo vsebovati.

Naslednji primer so označbe o energijski vrednosti živil in včasih zavajajo potrošnike, saj je ponekod napisana energijska vrednost za 100 g, drugod pa za porcijo. Vrednosti pa so lahko zavajajoče, kajti štejejo dejansko zaužita količina živila in temu primerna energijska vrednost ter sestava hranilnih snovi.

Še bolj presenetljiv primer je označevanje ali – bolje rečeno – pomanjkljivo, zavajajoče označevanje vsebnosti transmaščobnih kislin ter drugih kislin in sestavin, ki so izjemno škodljive ne glede na količino v določenem živilu. Takšne sestavine bi morale biti v skladu s pravnoekonomskimi načeli nedvoumno, jasno označene ali pa celo kar prepovedane. Pa vendar na izdelkih zelo težko najdemo jasne in hitro vidne označbe o vsebnosti teh izjemno nevarnih transmaščobnih kislin.

Vsi ti primeri neprimernega označevanja živil lahko pomenijo zavajanje potrošnikov, poleg tega pa lahko v skrajni posledici ogrožajo tudi njihovo zdravje.

<sup>61</sup> Kot primer zavajanja lahko navedemo sojino mleko, na katerem je napis »brez glutena«.

<sup>62</sup> Ta postane še posebej pomembna v trenutku, ko vas zdravnik na obveznem pregledu obvesti, da so v vaši krvi zaznali povišano stopnjo holesterola in da bo treba nemudoma ukrepati.



Analitično gledano je takšno zavajanje pravzaprav prisvajanje neupravičenih rent (*rent-seeking behaviour*),<sup>63</sup> ogrožanje zdravja pa pomeni negativne eksternalije in stroške, ki jih proizvajalec prenese na potrošnika in ki bi morali biti v skladu z načelom ekonomske učinkovitosti internalizirani in minimizirani. Takšne eksternalije in stroški so tako neposreden vir ekonomskih neučinkovitosti, ki neposredno zmanjšujejo in ogrožajo družbeno blaginjo. Pri tem so recimo še posebej občutljiva skupina potrošniki z različnimi alergijami, pri katerih lahko nenančno in zavajajoče označevanje privede celo do usodnih posledic za zdravje. Ekonomsko gledano imajo takšna podjetja višji dobiček, ki je posledica zavajanja potrošnikov in razkrivanja nepopolnih informacij. Vse to zmanjšuje potrošnikov presežek, ki odraža dejanske stroške razkrivanja informacij, ki so pomembne za zdravje. V primerih z znatnimi stroški za zdravje bo potrošnikova intelektualna radovednost večja kot v primerih, ko ni vidnega tveganja za zdravje. Zavajanje potrošnikov z razkrivanjem nepopolnih informacij lahko povzroči precejšnje eksternalije, saj se potrošniki vedejo drugače, kot bi se v primeru pridobitve popolnih informacij glede označb na živilih, in tako nevede ogrožajo svoje zdravje in blaginjo.<sup>64</sup> Ekonomsko gledano gre pri tem za neposredne in posredne stroške takšnega delovanja in prisvajanja neupravičenih rent (*rent-seeking behaviour*).

## 5. Ilustrativna anketna raziskava potrošniškega pogleda na zavajajoče označevanje živil

Za podkrepitev teoretičnih sklepov o nujnosti povečanega regulatornega urejanja področja zavajajočega označevanja živil in kot dodatno ilustracijo opisanih problemov smo na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani opravili tudi krajšo empirično analizo potrošniškega odnosa do označb na živilih.<sup>65</sup> Namen te ilustrativne raziskave je bil preveriti in osvetliti odnos potrošnikov do problema napačnega označevanja živil, identificirati glavne vire zavajajočih označb in opozoriti na pomanjkljivo samoreguliranje trga.

Uporabljena metoda spletnega vprašalnika ima znanstvene omejitve, saj ne daje pravih in zanesljivih ekonometrično-empiričnih dokazov, je rezultatsko omejena, nereprezentativna in – tako kot vsaka anketa – zajema predvsem trenutno družbeno večinsko prepričanje, percepcijo in občutenja o določenem problemu.

<sup>63</sup> To so vsi dobički, ki presegajo dobičke, kakršni bi bili lahko doseženi na trgu s popolno konkurenco (kjer so mejni stroški produkcije določenega proizvoda enaki mejnim stroškom njegove produkcije).

<sup>64</sup> Glaeser in Ujhelyi.

<sup>65</sup> Empirično raziskavo je v sklopu dodiplomskega študija opravila Simona Kotnik, študentka Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani.

Anketa je vsebovala 19 vprašanj zaprtega in polodprtega tipa in je bila popolnoma anonimna. Za sodelovanje v njej se je odločilo 162 anketirancev.<sup>66</sup> Uporabljeno je bilo slučajnostno vzorčenje, ki je enostavna oblika vzorčenja, pri kateri ima vsak element populacije vnaprej znano, neničelno in enako verjetnost, da bo izbran v vzorec. Relevantna populacija so bili posamezni potrošniki. Parametri zanimanja ankete so se nanašali na potrošnikovo starost, izobrazbo, mesečni dohodek, odnos do nakupa živil, vpletenost v nakup, mnenja o obstoječem označevanju živil in vrednotah živilskih podjetij ter na morebitne rešitve problema zavajanja potrošnikov z označbami na živilih. Vzorec je omejen, nereprezentativen, zato ga ne moreva posplošiti na celotno populacijo.<sup>67</sup>

## 5.1. Interpretacija rezultatov ankete

V anketi o zavajanju potrošnikov z označbami na živilih je sodelovalo 162 anketirancev, od katerih jo je ustrezno izpolnil 101 anketirani. Med anketiranimi so prevladovala ženske (kar 63 odstotkov). Večina anketirancev se je razvrstila v starostno skupino od 21 do 30 let (44 odstotkov), sledijo jim anketiranci v starostnih skupinah od 31 do 40 let (22 odstotkov) in od 41 do 50 let (19 odstotkov). Preostali so se po starosti razvrstili pod ali nad navedene starostne meje. Po večini so zaposleni (49 odstotkov), veliko anketiranih je študentov (27 odstotkov), nekaj pa dijakov (7 odstotkov). Med anketiranci je nekaj honorarno zaposlenih (6 odstotkov), nezaposlenih (6 odstotkov), svobodnih poklicev (1 odstotek) in upokojencev (5 odstotkov). Večina anketiranih ima končano srednješolsko stopnjo izobrazbe (48 odstotkov), velik del jih je končalo višje- ali visokošolsko izobrazbo (26 odstotkov), sledijo jim anketiranci z univerzitetno izobrazbo (15 odstotkov), nekaj pa jih ima osnovnošolsko izobrazbo (6 odstotkov) ter magistrsko ali doktorsko izobrazbo (5 odstotkov). Razporeditev glede mesečnega dohodka anketirancev je bila dokaj enakomerna, in sicer ima največ anketiranih od 500 do 1000 evrov mesečnega dohodka (32 odstotkov), zelo blizu je skupina z mesečnim dohodkom od 1000 do 1500 evrov (29 odstotkov), sledijo jim anketiranci z mesečnim dohodkom od 0 do 500 evrov (25 odstotkov), nekaj jih na mesec zasluži nad 1500 evrov (6 odstotkov), nekateri izmed anketiranih pa mesečnega dohodka nimajo (9 odstotkov).

Na vprašanje o pogostosti kupovanja živil so po pričakovanjih v večini odgovorili, da živila nakupujejo od 2- do 3-krat na teden (46 odstotkov) in kar velik delež vprašanih živila kupuje vsak dan (29 odstotkov). Večina vprašanih je v nakup dejansko zelo vpletena (35 odstotkov), kot malo vpletene v proces nakupa

<sup>66</sup> Vendar je anketo ustrezno izpolnil samo 101 anketiranec.

<sup>67</sup> Hewson in drugi. Glej tudi Dimovski, Penger in Škerlavaj.

pa se je opredelilo zgolj 2 odstotka anketiranih. Anketirancem je najpomembnejši dejavnik nakupa kakovost živila (45 odstotkov), sledijo cena živila (28 odstotkov), sestavine, ki jih izdelek vsebuje (13 odstotkov), manj pomemben dejavnik pa jim je videz izdelka oziroma pakiranje in embalaža (9 odstotkov). Anketiranci o sestavinah, ki jih vsebuje živilo, pogosto razmišljajo (42 odstotkov), nekateri vprašani o tem razmišljajo le včasih (29 odstotkov), sledijo jim anketiranci, ki o sestavinah izdelka razmišljajo redko (14 odstotkov), vedno (8 odstotkov) ter nikoli (6 odstotkov). Analizirani vzorec kaže, da je moškim pomembno razmerje med kakovostjo in ceno, medtem ko je ženskam pomembna predvsem kakovost živil. Na kakovost živil najbolj gledajo anketiranci v starosti od 21 do 30 let ter od 41 do 50 let s srednješolsko izobrazbo in mesečnim dohodkom med 500 in 1000 evrov. Anketiranci, ki jim je pri nakupu živil pomembna predvsem kakovost, kupujejo živila od 2- do 3-krat na teden ali celo vsak dan.

Presenetljivo anketiranci trdijo, da so v veliki večini kar dobro seznanjeni z zakonodajo, ki ureja področje označevanja živil, in sicer 56 odstotkov vprašanih meni, da zakonodajo dobro poznajo, medtem ko z njo ni seznanjenih 44 odstotkov vprašanih. Pojem zavajanja potrošnikov z označbami na živilih po mnenju anketiranih pomeni neustrezno in pomanjkljivo označevanje sestavin, ki jih izdelek vsebuje (57 odstotkov), zavajajoče zdravstvene trditve na označbi živila, ki namigujejo na posebne prehranske lastnosti živila oziroma na povezavo med živilom in zdravjem (58 odstotkov), neustrezno označevanje količin sestavin, ki jih izdelek vsebuje (22 odstotkov), nepopolne informacije o vsebnosti morebitnih alergenov oziroma drugih zdravju škodljivih snovi (34 odstotkov) in drugo (2 odstotka).

Glede načina preprečevanja zavajanja potrošnikov je večina mnenja, da bi bila najučinkovitejša sankcija javna objava imena proizvajalca, ki krši pravila označevanja živil (35 odstotkov), preostali so za večji nadzor inšpektorjev nad proizvajalci glede označevanja živil (29 odstotkov), nekateri podpirajo višje denarne kazni za neupoštevanje zakonodaje (26 odstotkov), drugi pa bi želeli ostrejšo zakonodajo (9 odstotkov). Anketiranemu vzorcu je zelo pomembna informiranost potrošnikov o označevanju živil in večina anketirancev meni, da bi morali o pasteh označevanja živil potrošnike izobraževati oziroma informirati Zavod za varstvo potrošnikov (44 odstotkov), mediji (34 odstotkov), šola in druge vzgojno-izobraževalne institucije (19 odstotkov), preostali pa so odgovorili, da bi za to morale biti odgovorno ministrstvo za pravosodje (1 odstotek) oziroma bi morali na domove poslati zloženke o pravilnem označevanju živil, saj bi le tako imeli vsi možnosti biti informirani (1 odstotek). S problemom zavajanja se anketiranci srečujejo včasih (48 odstotkov), redko (28 odstotkov), pogosto (20 odstotkov), nikoli (3 odstotkov) in vedno (1 odstotek).

Na neustrezno označevanje živil je proizvajalca opozorilo le 22 odstotkov anketiranih, medtem ko 78 odstotkov anketiranih ni nikoli opozorilo proizvajalca na tovrstno zavajanje. Tisti, ki so že kdaj opozorili proizvajalca na neustrezno označevanje živil (22 odstotkov), so po opozorilu doživeli iskanje izgovorov in prelaganje odgovornosti na druge pristojne (45 odstotkov), hladno in brezbržno reakcijo (32 odstotkov), mnenje pa so upoštevali in popravili napako le v nekaterih primerih (18 odstotkov). Anketiranci v večini menijo, da proizvajalci niso zadosti družbeno odgovorni (73 odstotkov), na drugi strani nekateri menijo, da proizvajalci vendarle premorejo kanček družbene odgovornosti do potrošnika in sočloveka (12 odstotkov), medtem ko so nekateri ostali glede tematike neodločeni (14 odstotkov). Še več, kar 80 odstotkov vprašanih je na vprašanje, ali vedno skrbno preberejo vsa priložena navodila in označbe o sestavinah določenega živila, odgovorila nikalno.

## 6. Pravnoekonomska analiza ter predlogi sprememb in izboljšav

V tem delu je po kratki pravni opredelitvi pojma potrošnika predstavljena trenutna regulatorna ureditev označevanja živil, na koncu pa so navedeni pravnoekonomski predlogi sprememb in izboljšav za izboljšanje položaja potrošnikov pri zavajajočem označevanju živil.

### 6.1. Opredelitev pojmov potrošnik in zavajanje potrošnikov

Definicija potrošnika potrebuje posebno obravnavo in je predmet prispevka Jake Cepca v enem izmed začetnih poglavij te monografije. Eno izmed definicij najdemo v Zakonu o varstvu potrošnikov (Uradni list RS, št. 20/1998, z nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami; v nadaljevanju ZVPot), in sicer, da je potrošnik fizična oseba, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve za namene izven svoje poklicne ali pridobitne dejavnosti. Zakon o varovanju potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (Uradni list RS, št. 53/2007; v nadaljevanju ZVPNPP) pa v 5. členu definira zavajajoče poslovne prakse prodajalcev kot dejanja, ki bistveno izkrivljajo ekonomsko obnašanje potrošnikov. Pri tem se navezuje na uporabo poslovne prakse v razmerju do potrošnikov z namenom bistveno omejiti potrošnikovo sposobnost sprejeti odločitev ob poznavanju vseh pomembnih dejstev (odločitev na podlagi prejetih informacij) in tako povzročiti, da potrošnik sprejme odločitev o poslu, ki je sicer ne bi sprejel. ZVPNPP v 5. členu šteje za zavajajočo prakso tudi, če kakorkoli, vključno s celotno predstavitvijo, zavaja ali bi utegnila zavajati povprečnega potrošnika, čeprav je informacija točna glede enega ali več naštetih elementov, ter v vsakem primeru povzroči ali

bi utegnila povzročiti, da povprečen potrošnik sprejme odločitev o poslu, ki je sicer ne bi sprejel, in sicer glede obstoja ali narave izdelka ter glede glavnih značilnosti izdelka, npr. njegove razpoložljivosti, prednosti, tveganj, izvedbe, sestave, dodatkov, prodajnih storitev za potrošnike in obravnavanja pritožb, postopka in datuma izdelave ali dobave, dostave, primernosti za namen, uporabe, količine, specifikacije, geografskega ali tržnega porekla ali rezultatov, ki se lahko pričakujejo od njegove uporabe, ali rezultatov in stvarnih značilnosti preizkusov ali pregledov izdelka.<sup>68</sup> ZVPPNPP v 6. členu definira tudi zavajajoče opustitve,<sup>69</sup> v 7. členu pa vzpostavlja črni seznam zavajajočih poslovnih praks, ki v vseh okoliščinah veljajo za nepošteno.

Byrne opisuje pojem potrošnika v povezavi z označevanjem živil na treh ravneh. Na prvi ravni poudarja pomen vrste informacij in uvedenih zahtevanih informacij na označbi živila in pravila, da v potrošnikovo korist tako obvezne kot prostovoljne informacije ne smejo biti zavajajoče.<sup>70</sup> Na drugi ravni se osredotoča na podatke o procesu označevanja živil in posledicah tega za potrošnika.<sup>71</sup> Na tretji ravni pa so pomembne potrošnikove značilnosti, kajti dejstvo je, da vseh potrošnikov označbe na živilih ne zavedejo.<sup>72</sup> Pri tem Byrne tudi predpostavlja, da potrošniki, ki nimajo vzpostavljenih preferenc ali pa so s funkcijo označb na živilih dobro seznanjeni, niso zavedeni v past zavajajočega označevanja živil.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> Nadalje 5. člen ZVPPNPP kot zavajajoče prakse opredeljuje tudi izjave: (a) glede obsega obveznosti podjetja, motivov za uporabo določenih poslovnih praks in narave prodaje, kakršnekoli izjave ali znaka v povezavi s posrednim ali neposrednim sponzorstvom ali odobritvijo podjetja ali izdelka; (b) glede cene ali načina izračunavanja cene ali določene cenovne prednosti; (c) glede potrebe po storitvi, nadomestnem delu, zamenjavi ali popravilu; (d) glede narave, lastnosti in pravic podjetja ali njegovega zastopnika, npr. njegove identitete in premoženja, kvalifikacij, statusa, odobritve, članstva ali povezav ter imetništva pravic intelektualne lastnine ali nagrad in priznanj, ki jih je prejel; (e) glede pravic, ki jih ima potrošnik v skladu z zakonom, ki ureja varstvo potrošnikov, vključno s pravico do zamenjave blaga, vračila kupnine, garancije, stvarnih napak in nepravilno opravljenih storitev ali drugih tveganj, s katerimi se lahko sreča.

<sup>69</sup> V skladu s 6. členom ZVPPNPP se poslovna praksa šteje za zavajajočo, če podjetje v določenem primeru ob upoštevanju vseh značilnosti in okoliščin ter omejitev sredstva komuniciranja izpusti bistvene informacije, ki jih glede na dejanske okoliščine povprečen potrošnik potrebuje za sprejem odločitve ob poznavanju vseh pomembnih dejstev, in tako povzroči ali bi utegnilo povzročiti, da povprečen potrošnik sprejme odločitev o poslu, ki je sicer ne bi sprejel. Za zavajajočo opustitev se šteje tudi, če podjetje ob upoštevanju vidikov, opisanih v prejšnjem odstavku, prikriva ali nejasno, nerazumljivo, dvoumno ali ob neprimernem času navede bistvene informacije.

<sup>70</sup> Prostovoljno označevanje živil le ni tako prostovoljno, kot se zdi na prvi pogled ob dejstvu, da je potrošnikom mar za označevanje in jim tudi mora biti mar za označbe živil; Byrne, str. 34–35.

<sup>71</sup> Prav tam.

<sup>72</sup> Prav tam.

<sup>73</sup> Prav tam.

## 6.2. Obvezne sestavine označb o vsebini in sestavi živilskih izdelkov

Pravilnik o splošnem označevanju predpakiranih živil (Uradni list RS, št. 36/2014; v nadaljevanju Pravilnik) določa, da morajo biti označbe na živilu v slovenskem jeziku, na opaznem delu embalaže, tako da so zlahka vidne, razumljive, nedvoumne, jasno čitljive in neizbrisne ter ne smejo biti skrite, nejasne ali prekinjene z drugimi besedami ali slikovnim gradivom. Ob tem je pomembno tudi označevanje imena živila, neto količine, datuma uporabe ali datuma minimalne trajnosti ter odstotkov alkohola, ki morajo biti označeni v istem vidnem polju (Pravilnik).

Označevanje živil je mogoče razvrstiti v tri sklope: (a) splošno označevanje živil;<sup>74</sup> (b) označevanje hranilne vrednosti, pri čemer mora označba živila vsebovati podatek o energijski vrednosti in količini hranil v živilu;<sup>75</sup> (c) označevanje prehranskih zdravstvenih informacij. V prilogah pa Pravilnik podrobneje ureja številna področja, označbe in načine označevanja.

Leta 2014 je začela veljati zakonodaja Evropske unije na področju označevanja živil. Uredba št. 1169/2011 Evropskega parlamenta in Sveta o zagotavljanju informacij o živilih potrošnikom, (v nadaljevanju Uredba) določa, da morajo biti snovi in proizvodi, ki lahko povzročijo alergije ali preobčutljivost, jasno označeni na seznamu sestavin. Alergena snov mora biti tako v skladu z Uredbo označena z drugim stilom pisave kot preostali seznam snovi, ki jih živilo vsebuje.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Obvezno je razkritje naslednjih informacij: ime oziroma prodajno ime, seznam sestavin in količina sestavin ali kategorije sestavin, neto količina, datum uporabnosti ali datum minimalne trajnosti, serija (lot) živila, posebni pogoji shranjevanja (hranjenja) ali pogoji uporabe, ime in naslov ali firma in sedež proizvajalca ali tistega, ki živilo pakira, ali prodajalca, ki mora imeti naslov ali sedež v Evropski uniji, podatek o kraju porekla, če bi izpustitev tega podatka lahko zavedla končnega potrošnika glede pravega porekla živila, navodilo za uporabo, kadar živila ne bi bilo mogoče ustrezno uporabiti brez teh navodil, pri pijačah, ki vsebujejo več kot 1,2 volumenskega odstotka alkohola, dejansko vsebnost v volumenskih odstotkih, črna koda, in pakiranje v kontrolirani atmosferi.

<sup>75</sup> Če so informacije vezane na živilo po pripravi, morajo biti priložena tudi ustrezna navodila za samo pripravo. Hranilne vrednosti so izražene z mersko enoto 100 g ali 100 ml, v nekaterih primerih so označene hranilne vrednosti na porcijo ali na jedilno enoto, ki je primerno označena na označbi, ob tem mora biti tudi navedeno število porcij, ki jih živilo vsebuje. Obvezne informacije po Pravilniku podajanja hranilnih vrednosti so: energijska vrednost v kJ ali kcal, količina maščob (od tega nasičene maščobe), količina ogljikovih hidratov, količina sladkorjev, količina beljakovin, količina soli (razen če je napisana navedba, da je sol posledica prisotnosti naravnega natrija). Poleg obveznih označb hranilnih vrednosti se lahko označijo tudi: nenasičene maščobe, polioli (sladkorni alkoholi), škrob, prehranske vlaknine ter vitamini in minerali.

<sup>76</sup> Po Uredbi se morajo razkriti in označiti naslednji alergeni: žita, ki vsebujejo beljakovino gluten (pšenica, rž, oves, ječmen, pira, kamut in križane vrste med navedenimi žiti); jajca in proizvodi iz jajc, arašidi in proizvodi iz arašidov, zrnje soje in proizvodi iz nje; mleko in mlečni izdelki, oreščki (lešniki, mandlji, indijski oreščki, ameriški oreh, brazilski oreščki, pistacija, makadamija) ter proizvodi iz njih; ribe, raki in drugi mehkužci in njihovi proizvodi; listna zelena; gorčično in sezamovo

### 6.3. Predlogi sprememb in izboljšav

Asimetrične informacije in prohibitivno visoki transakcijski stroški povzročajo napake v delovanju trga in zato sami tržni mehanizmi ne morejo nikoli v celoti preprečiti ali vsaj omejiti problemov napačnega ali zavajajočega označevanja živil. Po mnenju pravnoekonomske teorije so nujni regulatorni ukrepi za ureditev področja označevanja živil in podobnih tveganih transakcij.<sup>77</sup> Neuravnoteženo delovanje trga lahko privede do posledic, kot so neobstoječ trg za določene izdelke, pri katerih koristi presegajo proizvodne stroške. Uredbe in zakonodaja lahko zato na tem področju bistveno izboljšajo alokacijsko učinkovitost celotnega gospodarstva.<sup>78</sup> Informiranost, ozaveščenost in izobraženost ter hkrati usposobljenost posameznih skupin prebivalcev glede pomena zdrave prehrane so zelo pomembni dejavniki preprečevanja zavajanja potrošnikov. Ob hkratnem povečanju kazni in glob za takšno nepravilno in pomanjkljivo označevanje živil bi morali nemudoma povečati tudi verjetnost odkrivanja takšnih nepravilnosti in s tem tudi pričakovano sankcijo takšnega ravnanja.<sup>79</sup>

Pregled slovenske zakonodaje razkrije podrobno ureditev označevanja in dolžnost, da proizvajalci informirajo potrošnika o sestavinah, sestavi in alergeni prodajanih živil. Poleg tega ZVPPNPP prepoveduje in tudi eksplicitno našteva nepošteno poslovne prakse (med njimi tudi zavajajoče označevanje živil). Vse te dolžnosti so v skladu s prej predstavljenimi pravnoekonomskimi principi razkrivanja informacij in tako tudi ustrezajo pravnoekonomskim predlogom učinkovite regulatorne ureditve.

Vendar pa identificirana problema *podpisati in ne prebrati in podpisati in ne razumeti*, rezultati priložnostne empirične študije in prej navedena in empirično potrjena spoznanja behavioristične ekonomije (kognitivne omejenosti, sidra, čredno obnašanje in hevrizmi) sugerirajo, da veljavna zakonodaja (pa naj bo še tako popolna) in zaveze proizvajalcev o popolnem razkrivanju informacij nikoli ne bodo zares učinkovite in ne bodo dosegle svojega namena. Zaradi pojavov *podpisati in ne prebrati* ter *podpisati in ne razumeti* ter behaviorističnih potrošniških omejitev bi morali oblikovati širši in podrobnejši črni seznam prepovedanih oblik zavajajočega označevanja in oglaševanja živil in črni seznam prepovedanih škodljivih sestavin, ki so zaradi pomembnih negativnih eksternalij, negativnih učinkov, stroškov, nevarnosti za zdravje in življenje ljudi še posebej nevarne. Priporočljiva je tudi uvedba sivega seznama sumljivih praks, okoliščin, pogodbe-

---

seme; volčji bob; žveplov dioksid in sulfiti v koncentraciji nad 10 mk/kg; Uredba št. 1169/2011 Evropskega Parlamenta in Sveta o zagotavljanju informacij o živilih potrošnikom.

<sup>77</sup> Geistfield, str. 351.

<sup>78</sup> Den Hertog.

<sup>79</sup> Več glej Cooter in Ulen.



nih določil, označb in sestavin, ki so nedovoljene, razen če je eksplicitno dokazana potrošnikova privolitev (informiranost). V skladu z behaviorističnimi spoznanji je treba upoštevati tudi informacijsko preobremenitev možganov slovenskih potrošnikov, saj več informacij ni vedno in povsod boljše, zato bi morale biti v idealnih okoliščinah informacije, ki jih morajo proizvajalci navesti, predhodno prečiščene in šele nato prenesene oziroma predstavljene. Treba je opozoriti, da to velja tudi za problema *podpisati in ne prebrati* in *podpisati in ne razumeti*, saj bi prav s skrbjo, da je v označbah in priloženih navodilih manj branja, najlažje spodbudili kupce k branju takšnih označb in navodil.

V skladu z učinkom ugleda bi veljalo razmisliti o uvedbi črnega seznama proizvajalcev, ki ne upoštevajo ali v preteklosti niso upoštevali zakonodaje in dobrih praks pravilnega označevanja živil. Hkrati pa bi morali nenehno skrbeti za informiranje in ozaveščanje potrošnikov in s tem zmanjševati obstoječe asimetrije informacij.

## 7. Sklep

Na podlagi sistematizacije principov, ki jih lahko ponudijo štiri desetletja ekonomske analize prava, izvedene empirične raziskave, spoznanj behavioristične ekonomije in indentificiranih problemov *podpisati in ne prebrati* in *podpisati in ne razumeti*, članek primerja in kritično analizira trenutno ureditev varovanja potrošnikov na področju zavajajočih označevanj živil. Analiza tako po eni strani razkriva implicitno ekonomsko logiko trenutno veljavnih določil, po drugi strani pa tudi opozarja na številne vire ekonomskih neučinkovitosti in možnih nejasnosti, ki so prav tako sestavni del teh določil in ki lahko po nepotrebnem zmanjšujejo družbeno blaginjo. Slovenska ureditev je tako s pravnoekonomskega in primerjalnega stališča pomanjkljiva, zato bi bila morebitna nadgradnja dobrodošla.

### Literatura in viri

- AKERLOF, Arthur George, Behavioral Macroeconomics and Macroeconomic Behaviour. *American Economic Review* 92 (1), 2002, str. 411–433.
- AKERLOF, Arthur George, The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics* 84 (488), 1970.
- BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H., PICKER, Randal C., *Game Theory and the Law*. 6th ed., Harvard University Press, 2006.
- BAR-GILL, Oren, Seduction by Plastic. *Northwestern University Law Review* 98 (1371), 2004.



- BARNETT, Randy, Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose and Fraud. *Harvard Journal of Law and Public Policy* 15 (783), 1992.
- BOUCKAERT, Boudewijn, DE GEEST, Gerrit. (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar, št. 4300, 5510 in 5110, 2011.
- BYRNE, Donna, Cloned Meat, Mandatory Labelling and Organic Oreos. *Pierce Law Review* 8 (1), 2009, str. 34–35.
- COASE, Ronald H., The Problem of Social Cost. *Journal of Economics* 3 (1), 1960.
- COLEMAN, Jules L., in drugi, A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law. *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 12 (639), 1989.
- COOTER, Robert, ULEN, Thomas, *Ekonomska analiza prava*. Ljubljana: Finance, 2005.
- CRASWELL, Richard, Contract Law: General Theories. V: Bouckaert, B., in De Geest, G. (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999.
- CRASWELL, Richard, SCHWARTZ, Alan, Foundations of Contract Law. *Foundation Press*, 1994.
- DE GEEST, Gerrit, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*. Antwerpen: Maklu, 1994.
- DE GEEST, Gerrit, The Signing-Without-Reading Problem: An Analysis of the European Directive on Unfair Contract Terms. V: Schäfer, H., in Lwowski, H. (ur.), *Konsequenzen wirtschaftsrechtlicher Normen*, 2002, str. 213–235.
- DE GEEST, Gerrit, Comparative Law and Economics and the Design of Optimal Doctrines. V: Deffains, B., in Kirat, T. (ur.), *Law and Economics in Civil Law Countries*, JAI Elsevier, 2001, str. 107–124.
- DE GEEST, Gerrit, JASPERS, Teun, SIEGERS, Jacques, VANDENBERGHE, Ann-Sophie, The Right to Lie: New Law and Economics Versus Dutch Labor Law. V: De Geest, G., in Van Den Bergh, R. (ur.), *Law and Economics and the Labour Market, New Horizons in Law and Economics*, Edward Elgar, 1999, str. 38.
- DEN HERTOOG, Jeroen, General Theories of Regulation. *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, str. 228–299.
- DIAMOND, Peter, VARTIAINEN, Hannu, *Behavioral Economics and its Applications*. Princeton University Press, 2007.
- DIMOVSKI, Vlado, PENGGER, Sandra, ŠKERLAVAJ, Miha, *Metode raziskovalnega dela*, 1. del. Ljubljana: Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani, 2002.
- FARRELL, Joseph, Voluntary Disclosure: Robustness of the Unraveling Result, and Comments on Its Importance. V: Grieson, R. (ur.), *Antitrust and Regulation*, Lexington Books, 1986.
- FISHMAN, Michael J., HAGERTY, Kathleen M., The Optimal Amount of Discretion to Allow Disclosure. *Quarterly Journal of Economics* 105( 427), 1990.

- GAZAL, Oren, Economic Analysis of Unfair Terms in Standard Form Contracts, Erasmus Programme in Law and Economics. *Discussion papers on Law and Economics*, 100, Erasmus University Rotterdam, 1999.
- GEISTFIELD, Mark, Products Liability. *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2009, str. 351.
- GLAESER, Edward Ludwig, UJHELYI, Gergely, Regulating misinformation. *NBER working paper series* 12784 (1), 2006, str. 2.
- GOLDBERG, Victor P., Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand. *Journal of Law and Economics* 17 (461), 1974.
- GOLDBERG, Victor P., Note on Price Information and Enforcement of the Expectation Interest. V: Goldberg, P. V. (ur.), *Readings in the Economics of Contract Law and Economics*, Cambridge University Press, 1989.
- GORDLEY, James, Mistake and Contract Formation, 52 *Am. J. Comp. L.* 433, 2004.
- GROSSMAN, Sanford J., The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality. *Journal of Law and Economics*, vol. XXIV, 1981, str. 461–489.
- GROSSMAN, Sanford J., HART, Oliver D., Disclosure Laws and Takeover Bids. *Journal of Finance* 35 (323), 1979.
- HEWSON, Claire, in drugi, *Internet Research Methods*. Athenaeum Press, Gateshead, 2010.
- HIRSCHLEIFER, Jack, The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. *American Economic Review* 61 (561), 1971.
- HIRSCHLEIFER, Jack, RILEY, John G., *The Analytics of Uncertainty and Information*. Cambridge University Press, 3rd reprint, 1995.
- JOVANOVIĆ, Boyan, Truthful Disclosure of Information. *Bell Journal of Economics*, Vol. 13, 1982, str. 36–44.
- KAHNEMAN, Daniel, TVERSKY, Amos, Prospect Theory: An Analysis of Decisions under Risk. *Econometrica* 47 (263), 1979.
- KATZ, Avery, The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. *Michigan Law Review* 89 (215), 1990.
- KEETON, Page W., Fraud-Concealment and Non-Disclosure. *Tex. L. Rev.* 15 (1), 1936, 25.
- KOVAČ, Mitja, *Comparative Contract Law and Economics*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2011.
- KÖTZ, Hein, Pre-contractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective. *European Journal of Law and Economics* 9 (5), 2000.
- KRONMAN, Anthony T., Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts. *Journal of Legal Studies*, Vol. 7, 1978, str. 1–34.

- KRONMAN, Anthony T., POSNER, Richard A., *The Economics of Contract Law*. Boston Little Brown, 1979.
- LANDES, William M., POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1987.
- LEVMORE, Saul, Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts. *Virginia Law Review* 68 (117), 1982.
- LOVALLO, Dan, SIBONY Oliver, *The Case of Behavioral Strategy*. McKinsey Q. 30, 2010.
- MACKAAY, Ejan, *Economics of Information and Law*. Kluwer Nijhoff Publishing, 1982.
- MARSHALL, John M., Private Incentives and Public Information. *American Economic Review* 64 (561), 1974.
- MATTHEWS, Steven, POSTLEWAITE, Andrew, Quality Testing and Disclosure. *The RAND Journal of Economics*, vol. 16, št. 3, 1985, str. 328–340.
- MILGROM, Paul R., Good News and Bad News: Representation Theorems and Applications. *Bell Journal of Economics* 12 (380), 1981.
- OKUNO-FUJIWARA, Masahiro, POSTLEWAITE, Andrew, SUZUMURA, Kotaro, Strategic Information Revelation. *The Review of Economic Studies*, vol. 57, 1990, str. 25–47.
- POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*. Sixth Edition, Aspen Publishers, 2003.
- POSNER, Richard A., *Frontiers of Legal Theory*. Harvard University Press, 2001.
- POSNER, Richard A., ROSENFELD, Andrew M., Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis. *Journal of Legal Studies* 6(83), 1977.
- RUBIN, H. P., Information Regulation: Including Regulation of Advertising. V: Bouckaert, B., in De Geest, G. (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.
- SCHÄFER, Hans-Bernd, Tort Law: General. V: Bouckaert, B., in De Geest, G. (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II. Civil Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.
- SCHÄFER, Hans-Bernd, CLAUS, Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*. Edward Elgar, 2004.
- SCHWARTZ, Alan, WILDE, Louis L., Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis?. *University of Pennsylvania Law Review* 127 (630), 1979.
- SHAVELL, Steven, Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale. *The RAND Journal of Economics*, vol. 25, št. 1, 1994, str. 20–36.
- SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, str. 329.

- SIMON, Herbert A., A Behavioral Model of Rational Choice. *Quarterly Journal of Economics* 69 (1), 1955, str. 99–118.
- SIMON, Herbert A., Theories of Decision-making in Economics and Behavioral Science. *American Economic Review* 49 (253), 1959.
- SLOVIC, Paul, LICHTENSTEIN, Sarah, Comparison of Bayesian and regression approaches to the study of information processing in judgment. *Organizational Behavior and Human Performance* 6 (4), 1971, str. 649–744.
- STIGLER, George J., The Economics of Information. *J. Pol. Econ.* 69 (213), 1961.
- TVERSKY, Amos, KAHNEMAN, Daniel, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica* 47 (263), 1979.

# Korist potrošnika kot skupni cilj in enovit standard presoje v pravu varstva potrošnikov in konkurenčnem pravu?

Klemen Podobnik

## 1. Uvod

Področji prava prepovedi omejevanja konkurence (tako antitrust v ožjem smislu kot celotno področje skupaj s koncentracijami) in prava varstva potrošnikov spadata v širši okvir *tržnega gospodarskega* prava, ki s svojim režimom poskuša urediti položaje, vedenje, pravice in obveznosti ter pravno varstvo subjektov, ki nastopajo na trgu kot ponudniki oziroma potrošniki. Klasična definicija cilje in namene potrošniškega prava usmerja v varovanje ekonomskih koristi potrošnikov,<sup>1</sup> odpravljanje informacijske asimetrije med podjetji in potrošniki<sup>2</sup> ter varstvo potrošnikov pred zavajajočimi poslovnimi praksami.<sup>3</sup> Standardi presoje (proti)konkurenčnosti poslovnega vedenja tržnih subjektov, ki naj bi obenem pomenili tudi temeljne cilje, ki jim sledi konkurenčna politika in jih želi zagotoviti konkurenčno pravo, še zdaleč niso tako enoznačno opredeljeni. Zadnje desetletje je tako mogoče v programskih in zakonodajnih dokumentih Komisije, ki naj bi med drugim posredovali tudi, kaj je trenutna uradna konkurenčnoppravna doktrina Evropske unije, najti pisano pahljačo terminov, ki tako ali drugače določajo temelje in cilje konkurenčnega prava. Gre za področje, za katero je torej značilno »varstvo konkurence, in ne konkurentov«, katerega osnovni cilj je »korist potrošnikov«, ki prepoveduje ravnanja, ki povzročajo »škodo potrošnikom«, a tudi na način, da »zmanjšuje število konkurentov na trgu«, kljub temu pa uvaja predvsem prepovedi, ki so »utemeljene na učinkih«, ter zato kaznuje poslovno vedenje, ki

<sup>1</sup> »Consumer and marketing legislation is aimed at protecting the economic interests of consumers.«, [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_rights/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/index_en.htm). Prim. tudi npr. Wright.

<sup>2</sup> »European consumer and marketing law is based on the notion that the asymmetry of information, where the seller knows more about the product or service than the consumer, is open to abuse.«, [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_rights/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/index_en.htm).

<sup>3</sup> Prim. npr. A European Consumer Agenda – Boosting confidence and growth, COM(2012) 225 final, str. 2: »Empowered consumers who can rely on a robust framework ensuring their safety, information, education, rights, means of redress and enforcement, can actively participate in the market and make it work for them by exercising their power of choice and by having their rights properly enforced.«

je »protikonkurenčno«, »izključevalno« itd. Poplava terminov in njihovo notranje medsebojno neskladje žal nista naključje. Cilji in s tem tudi standardi presoje v konkurenčnem pravu ostajajo nejasni tudi po šestdesetih letih uradnega obstoja režima v ustanovitvenih dokumentih Evropske unije. Položaj je nekoliko drugačen na drugi strani Atlantika, predvsem glede dejstva, da o vprašanih zgodovinskih temeljev, trenutnih ciljev in standardov presoje v antitrustu teče nepretrgana, ostra, mestoma tudi žolčna akademska razprava ekonomistov in pravnikov. Tudi v Združenih državah Amerike pa še vedno ni mogoče najti enoznačnega odgovora na vprašanje, *kateri je temeljni cilj konkurenčnega prava*. V prispevku poskušam kratko prikazati temeljne značilnosti najbolj izdelanih teoretičnih pristopov v ZDA, predvsem glede njihovega videnja in vrednotenja *izboljšanja ekonomskega položaja potrošnikov*. Prikaz je nujno potreben zaradi primerjave ciljev politike konkurence na eni in varstva potrošnikov ter pravnih okvirov obeh politik na drugi strani, pri čemer v prispevku v zvezi s tem vprašanjem še ne podajam končnih sklepov, temveč v tej fazi raziskovalnega projekta zgolj opozarjam na morebitna neskladja med sicer komplementarnima področjema.

## 2. Konkurenčno pravo

### 2.1. Standard alokacijske učinkovitosti (Borkova korist potrošnika/ družbena skupna korist)<sup>4</sup>

Razpravljanje o teorijah, ki nastanek in cilje modernega ameriškega antitrusta povezujejo s težnjami po čim večji ekonomski učinkovitosti gospodarstva in s tem povečevanju ekonomskih koristi potrošnikov, je prav gotovo treba začeti (in najverjetneje končati<sup>5</sup>) s prelomno teorijo Roberta Borka. Izvajanja najvidnejšega predstavnika tako imenovane chicaške šole antitrusta temeljijo na predpostavkah modernega liberalnega kapitalizma, svobodi gospodarske pobude in absolutnosti pravice do zasebne lastnine ter, najpomembneje, koristi potrošnika.<sup>6</sup> Bork sledi

<sup>4</sup> *Total welfare*.

<sup>5</sup> Borkova izvajanja so namreč med najbolj radikalnimi: doktrina, ki je temeljila na popolnem odmiku in zanikanju vseh ne-ekonomskih motivov in principov v zvezi z nastankom in legitimnimi cilji antitrusta je kot nova politično-ekonomska teorija v sedemdesetih letih tega stoletja (v t. i. kriznem obdobju ameriške konkurenčne politike) doživela nesluten uspeh in priznanje ekonomistov. O verjetnem zaključku govorim zato, ker je princip, baziran izključno na maksimiranju ekonomske koristi celotne družbe (*total welfare*, *total ali aggregate surplus de facto*) »padel« s primerom *Microsoft*.

<sup>6</sup> Podobno Hovenkamp: »*Orthodox Chicago School antitrust policy is predicated on two assumptions about the goals of the federal antitrust laws: (1) the best policy tool currently available for maximizing economic efficiency in the real world is the neoclassical price theory model; and (2) the pursuit of economic efficiency should be the exclusive goal of antitrust enforcement policy.*«, Hovenkamp (1985, *Antitrust ...*), str. 31.

temeljnim značilnostim chicaške šole, kar zadeva dojemanje in raziskovanje anti-trusta. Težnja po maksimiziranju koristi potrošnika je prva, najpomembnejša in edina komponenta, ki ji mora po Borkovem mnenju pri presojanju v protitrustovskem primeru slediti fiktivni sodnik. Chicaška šola (in s tem tudi Bork) postavlja korist potrošnika v položaj nedotakljive, malodane temeljne človekove pravice, ki je sodnik ne sme primerjati oziroma »tehtati« niti proti socialni pravičnosti.<sup>7</sup> Druga značilnost je vsebinsko in metodološko povezana s prvo – gre za striktno uporabo ekonomske analize pri presojanju temeljev in ciljev antitrusta ter vplivov poslovnih odločitev, sprejetih v okviru danih pravnih okvirov, na stopnjo ekonomske koristi potrošnika.<sup>8</sup>

Gre za zahtevno nalogo, ki je s stališča chicaške šole sporna predvsem zaradi poenostavljanja procesa kvantificiranja družbene koristi. Problematika, ki je kritično kratko obdelana v naslednjem razdelku, je eno temeljnih ekonomsko-pravnih vprašanj v okolju konkurenčnega prava. Gre namreč za dilemo, ali je mogoče popolno kvantificirati (točneje: denarno ovrednotiti) vzorce vedenja potrošnikov. Teorija chicaške šole se v tem delu zdi nepopolna in v svojem dokazovanju ustreznosti kvantifikacije preferenčnih odločitev potrošnikov preveč dogmatična, saj temelji na (iracionalni) predpostavki,<sup>9</sup> da se potrošniki za doseganje najvišje možne koristi odločajo zgolj na podlagi (racionalnih) ekonomskih parametrov.

Kot znanstveni model chicaška šola konkurenčno pravo determinira zgolj z argumenti, ki jih svojim tezam lahko šteje v prid – *a priori* torej določa relevantnost<sup>10</sup> posameznih parametrov, ki naj opredeljujejo predmet raziskovanja. Parametri, ki ne spadajo v ta okvir ali bi lahko pojmovno »ogrozili« postavljene teze, so enostavno zanemarjeni in opredeljeni kot irelevantni. Chicaška šola<sup>11</sup> si v raziskovanju temeljev in ciljev protitrustovskega prava zastavlja enostranski okvir – gre zgolj za vprašanje oziroma ločevanje med *učinkovitostjo in neučinkovitostjo*.

Konkurenčno pravo naj bi bilo v skladu z Borkovim pojmovanjem namenjeno maksimiziranju alokacijske učinkovitosti političnoekonomskih odločitev v potencialnem Paretovem optimumu; stopnja alokacijske učinkovitosti je najvišja v stanju, v katerem je po političnoekonomski spremembi raven tistih, ki so s spremembo pridobili, višja od ravni tistih, ki so s spremembo izgubili ali poslabšali svoj položaj. Empirično takšno stopnjo učinkovitosti preverimo (a) z identificiranjem vseh, ki s spremembo pridobijo in izgubijo, ter, posledič-

<sup>7</sup> »The judge must not weigh against consumer welfare any other goal...«, Bork, xi.

<sup>8</sup> Prav tam.

<sup>9</sup> Prav tam, str. 45 in nasl.

<sup>10</sup> O znanstvenih modelih in njihovih razvojnih fazah ter predpostavkah podrobneje glej Kuhn.

<sup>11</sup> Označimo jo lahko tudi kot model neoklasične tržne učinkovitosti. Prim. Hovenkamp (1985, *Economics ...*), str. 1–36.

no, (b) s kvantificiranjem vseh pridobitev in izgub ter oceno takšnega razmerja. Težave nastopijo predvsem pri kriterijih, ki jih je treba uporabiti za kvantificiranje izboljšanja ali poslabšanja položajev posameznikov ali skupin, ki nastopijo po uvedbi ali spremembi določenega političnoekonomskega ukrepa. Borkova konceptualizacija torej v okviru standarda *koristi potrošnika* prepozna zgolj »ekonomsko učinkovitost« v smislu učinkovitega delovanja *ekonomije kot celote*, medtem ko bi moral »pravi« standard koristi potrošnika vsebovati predvsem idejo povečevanja ekonomskega (in drugih) presežka<sup>12</sup> končnih potrošnikov. Gre torej za razhajanje med standardom koristi potrošnika v smislu Borkove oz. chicaške skupne (družbene, ekonomske) koristi<sup>13</sup> na eni strani ter »pravim« standardom koristi potrošnika, ki kot korist percipira zgolj izboljševanje potrošnikovega statusa. Uporaba Borkovega standarda »skupne koristi« lahko vodi do paradoksalnih rezultatov, ki negirajo izhodiščne temelje konkurenčnega prava. Kot primer je mogoče v okolju enostranskega, samostojnega vedenja (zlorabe prevladujočega položaja oz. monopoliziranje) identificirati situacijo, ko bi uporaba standarda skupne koristi popolnoma prezrla protikonkurenčno vedenje, saj bi slednje sicer vodilo do zmanjševanja koristi potrošnika, vendar bi izboljševalo oziroma povečevalo skupno, agregatno korist. Na drugi strani je prav tako mogoče identificirati položaje, ko bi vedenje enega subjekta povzročalo neprijetnosti in škodo drugemu subjektu na trgu (najlaže si je v tej konstelaciji mogoče predstavljati klasično obliko cenovnega konkurenčnega tekmovanja), na drugi strani pa neposredno povečevalo koristi potrošnika; takšno vedenje bi bilo z uporabo standarda skupne koristi lahko percipirano kot protikonkurenčno v primerih, ko bi bila korist potrošnika nižja od »škode«, povzročene neučinkovitemu konkurentu.<sup>14</sup> Standard skupne, agregatne koristi torej istoznačno ocenjuje koristi potrošnikov na eni strani in učinkovitost delovanja gospodarskih subjektov na drugi strani, kar je v nasprotju s temeljnimi izhodišči konkurenčnega prava. Podobno je kot nepopolne mogoče označiti standarde, ki se kot »nadomestki« ali interpretativna vodila standardu »prave« koristi potrošnika v zadnjem času pojavljajo tudi v okviru konkurenčnega prava Evropske unije. Pri tem imam v mislih predvsem standarda »žrtvovanja dobička« in »enako učinkovitega konkurenta«, ki se vse preveč zadržujeta pri analizi učinkov v sferi delovanja subjekta, katerega delovanje je preiskovano. Takšen pristop je posledično koncentriran tudi na sfero konkurentov takšnega subjekta, v veliki meri pa zanemarja učinke na položaj in korist potrošnika.

<sup>12</sup> Prim. Salop, str. 336.

<sup>13</sup> *Total welfare*.

<sup>14</sup> Salop, str. 343.



## 2.2. Standard potrošnikove izbire (consumer choice – Lande in Averitt)

Če Borkovo opojmenje temeljnega cilja in standarda presoje v konkurenčnem pravu kot potrošnike implicitno opredeljuje tako »prave« potrošnike (torej končne kupce izdelkov in storitev) kot tudi podjetja in se tako oddaljuje od koristi potrošnika in močno približa standardu skupne družbene koristi v smislu povečevanja alokacijske učinkovitosti, je pristop Landeja in Averitta usmerjen zgolj v presojo ekonomskega položaja končnega potrošnika. Avtorja v nizu vplivnih del od leta 1997 naprej<sup>15</sup> argumentirano zavrnete teoretske izsledke Borka in njegovih naslednikov in kot temeljni standard antitrusta (in s tem tudi njegov temeljni cilj) vzpostavita pojem *potrošnikove izbire*. Standard potrošnikove izbire odpravlja kakršenkoli dvom glede temeljnega subjekta varstva konkurenčnega prava – gre torej zgolj za končnega potrošnika, s tem pa se antitrust močno približa področju varstva potrošnika. Poudarjena je predvsem »varstvena« vloga antitrusta, ki naj kot pravni režim zagotavlja, da – tudi v primerih povečevanja alokacijske učinkovitosti – končni potrošniki niso prikrajšani in se nanje prenese pravičen delež koristi, ki izhaja iz povečanja učinkovitosti. Averitt in Lande tako ne sprejemata teze, da je temeljni cilj antitrusta povečevanje gospodarske učinkovitosti; priznavata sicer, da gre za enega od namenov konkurenčne politike, ki pa ne more prevzeti vodilne vloge – ta ostaja rezervirana za varovanje položaja potrošnika v smislu omogočanja čim bolj intenzivne izbire. Avtorja prav tako dokaj prepričljivo negirata vseobsegajoč pomen cen pri presoji (proti)konkurenčnih ravnanj, standard potrošnikove izbire namreč vsebuje tudi necenovne kriterije, ki so po njunem mnenju izjemno pomemben dejavnik pri oblikovanju potrošnikovega ekonomskega položaja. Gre torej za nasprotovanje ideji o (ekonomsko) racionalnem potrošniku, ki mu korist prinaša zgolj izrazito učinkovito vedenje tržnih subjektov, kar na koncu vodi v nižje cene izdelkov. Teorija izbire potrošnika v takšnih primerih opozarja na morebitne negativne učinke »fetišizacije« ekonomske učinkovitosti predvsem v smislu potencialnega zmanjševanja opcij, ki jih ima potrošnik na razpolago. Ekonomsko učinkoviti tržni subjekti, ki so zmagali v tržni tekmi, sicer ponujajo nižje cene, a izbira na trgu je zaradi odhoda manj učinkovitih konkurentov ožja. Seveda je tudi v primeru standarda potrošnikove izbire mogoče najti precejšnje število pomanjkljivosti. Prvo pomembno vprašanje je, ali je takšno pojmovanje ciljev antitrusta skladno z namenom zakonodajalca, ki je Shermanov zakon sprejel leta 1890, ko se ideja široke izbire izdelkov kot upravičenja končnega potrošnika še ni izoblikovala v resen koncept. Drugič, izrazito poenostavljeno je mogoče standard potrošnikove izbire razlagati kot teorijo prepovedi vseh koncentracij in vseh izključevalnih ravnanj. Oba tipa

<sup>15</sup> Averitt in Lande (1997), Averitt in Lande (1998) in Averitt in Lande (2007).

poslovnega vedenja namreč vodita v *zmanjšanje* števila tržnih subjektov in s tem zožitev polja izbire končnega potrošnika, kar naj bi bilo protikonkurenčno. Korist potrošnika bi bila na ta način torej odvisna od sicer povsem jasno opredeljivega dejavnika<sup>16</sup> – števila podjetij na trgu –, ki pa je v veliki meri precej neobjektiven.<sup>17</sup> Dodatno gre opozoriti, da se koncept ravno zaradi svoje zazrtosti v strukturo trga v smislu števila ponudnikov nevarno približuje ideji varstva *konkurentov*, ki naj bi jo moderno konkurenčno pravo že v celoti zavrlo. Tak (nepravilen) razvoj je pričakovati predvsem v okolju Evropske unije.

### 2.3. Pravi standard koristi potrošnika (true consumer welfare – Salop)

Pristop Salopa<sup>18</sup> zavrača standard skupne (agregirane) koristi Borkove teorije ekonomske učinkovitosti in kot edino primeren kriterij presoje (proti)konkurenčnih ravnanj postavlja tako imenovani *standard prave koristi potrošnika*, pri čemer je za rezultat presoje pomembno predvsem, ali je poslovno ravnanje na trgu povzročilo škodo končnemu potrošniku. Subjekt varstva antitrusta je po Salopovem mnenju samo končni potrošnik oziroma njegove ekonomske koristi. Ravnanje, ki bi bilo v skladu s standardom agregatne (skupne) koristi dopustno, ker bi povečevalo produkcijsko in alokacijsko učinkovitost, pri čemer bi se cene za končne potrošnike dvigovale (a manj, kot bi se povečeval dobiček podjetij), in s tem pomenilo povečevanje skupne koristi ob dvigu učinkovitosti, je v primeru uporabe standarda prave koristi potrošnika prepovedano zaradi poslabšanja položaja končnih potrošnikov v primerjavi s podjetji. Samo dejstvo, da določena oblika tržnega vedenja povečuje ekonomsko učinkovitost, torej še ne pomeni, da je takšno vedenje skladno s pravili antitrusta. Salop standard prave koristi potrošnika identificira tudi v zakonodajalčevem namenu, pri čemer (zanimivo) poseže po argumentaciji Landeja,<sup>19</sup> čigar zaključki glede standarda presoje niso skladni s Salopovimi.<sup>20</sup> Kongres ZDA naj bi s sprejemom Shermanovega zakona sledil predvsem cilju varstva končnih potrošnikov pred previsokimi (monopolnimi) cenami in naj bi se ne ukvarjal primarno z vprašanjem ekonomske učinkovitosti.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Wright in Ginsburg, str. 2422.

<sup>17</sup> Glej npr. Jacobson, str. 4: »Another flaw is that the standard is necessarily arbitrary. Is a reduction in choices from 100 to 99 unreasonable? Or five to four? There is no objective way to tell«.

<sup>18</sup> Salop, str. 347 in nasl.

<sup>19</sup> »Professor Lande analyzed the legislative history of the Sherman Act, including Senator John Sherman's (the legislation's namesake) characterization of monopoly overcharges as »extorted wealth«, Salop, str. 338.

<sup>20</sup> Glej predhodni oddelek razprave.

<sup>21</sup> Hofstadter tako meni, da je protitrustovsko gibanje lahko torej razumemo kot nekakšno politično sodbo naroda, ki se je, skupaj s svojo politično elito, skozi vso zgodovino zavedal ekonomskih temeljev politike in s tem tudi pravne ureditve; Hofstadter, str. 205.

### 3. Skupni temeljni cilj in standard presoje v okolju prava varstva potrošnikov ter varstva konkurence?

Kot je že bilo povedano, naj bi pravo varstva potrošnikov primarno delovalo v smislu vzpostavljanja zadostne obveščenosti končnih potrošnikov. Odpravljanje informacijske asimetrije med podjetji in njihovimi potrošniki naj bi pri slednjih dosegalo ozaveščenost, ki bi jim omogočala razumno izbiro med ponudbami podjetij na trgu. Pravo varstva potrošnikov tako stremi k obstoju čim večjega števila kakovostnih informacij in k prepovedi nepravilnih sporočanj podjetij, ki potrošnika lahko zmedejo, ga zavedejo, šokirajo in s tem vplivajo na njegovo zmožnost racionalnega odločanja. Vse navedeno se smiselno kaže v trenutno veljavnem regulatornem okviru Evropske unije in posledično tudi Republike Slovenije.<sup>22</sup> Površen pogled na področje torej lahko pokaže, da je problematika temeljnega cilja (in s tem tudi standarda presoje) prava varstva potrošnikov zaradi navidezne jasnosti in nedvoumnosti veliko manj kompleksna kot v okolju konkurenčnega prava. A si je kljub temu mogoče s tem v zvezi zastaviti vsaj dve izrazito zapleteni vprašanji.

Prvič, ali je odpravljanje informacijske asimetrije ali, bolje, odpravljanje informacijske deprivacije treba uveljavljati izrazito intenzivno oziroma koliko in kakšne informacije so modernemu ozaveščenemu potrošniku zares potrebne, da se doseže cilj možnosti racionalne odločitve med več možnostmi izbire? Prvo vprašanje je notranje povezano s spreminjanjem percepcije pojma potrošnika tako v ZDA kot v EU – na podlagi razmeroma intenzivnega vdora behavioristične ekonomske teorije namreč začenja erodirati klasična spoznanja glede števila in kakovosti informacij in možnosti odločanja povprečnega potrošnika.<sup>23</sup> Kljub izjemnemu pomenu vprašanja se v tem prispevku z njim posebej ne ukvarjam, zadošča naj le opozorilo, da preintenzivna vloga behavioristične ekonomske teorije na tem področju po mojem mnenju lahko raztrga že tako izjemno rahlo komplementarno vez med pravom varstva konkurence in pravom varstva potrošnika, predvsem pa lahko negativno vpliva na učinkovito delovanje konkurenčnega prava in politike, tudi kadar sta slednja razumljena v smislu cilja prave koristi potrošnika,<sup>24</sup> saj hote ali nehote deluje v smeri zmanjševanja števila ponudnikov, zniževanja intenzivnosti inovacij in uvajanja novih izdelkov, kar vse naj bi lahko negativno vplivalo na možnost ozaveščene, informirane odločitve potrošnikov.

<sup>22</sup> Glej npr. Zakon o varstvu potrošnikov, Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami, Zakon o potrošniških kreditih, Zakon o varstvu konkurence itd.

<sup>23</sup> Prim. npr. Wright, str. 2224 in 2242.

<sup>24</sup> Gre za miselni kod, glede na katerega potrošnik ni sposoben sprejeti racionalne odločitve, če je na voljo *preveč* informacij, če se *izbor* izdelkov in storitev *preširok* in če so izdelki oz. storitve *medsebojno povezani* in jih potrošnik ne prepozna ločeno.

Drugo vprašanje, ki se ga je treba dotakniti, pa je povezano s potencialnim prekrivanjem standardov in ciljev potrošniškega prava na eni in konkurenčnega prava na drugi strani. Ali je – glede na izkazano neenotnost dojemanja ciljev antitrusta – sploh mogoče začeti razmišljati o vseobsegajočem skupnem standardu varstva potrošnikov in konkurence? Kakšen je ta standard? Obe vprašanji bosta predmet raziskave v drugem delu raziskovalnega projekta, pri čemer je mogoče že v tem trenutku napovedati vsaj to, da nedvomno obstaja vsaj eno sektorsko področje, na katerem položaj potrošnikov in njihova možnost dostopa do kakovostnih informacij lahko pomenita cilj in standard presoje obeh pravnih področij. Gre za tako imenovane dvostranske trge (*two-sided markets*), na katerih lahko omejevanje dostopa do informacij rezultira tako v kršitvi konkurenčnega prava kot tudi v kršitvi prava varstva potrošnikov.

### Literatura in viri

- A European Consumer Agenda – Boosting confidence and growth, COM(2012) 225 final (Sporočilo Komisije), 2. 10. 2015, dostopno na: [http://ec.europa.eu/consumers/archive/strategy/docs/consumer\\_agenda\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/strategy/docs/consumer_agenda_2012_en.pdf) (6. 10. 2015).
- AVERITT, Neil W., LANDE, Robert H., Consumer Choice: The Practical Reason for Both Antitrust and Consumer Protection Law. *Loyola Consumer Law Review*, 1998, letn. 10, str. 44–63.
- AVERITT, Neil W., LANDE, Robert H., Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law. *Antitrust Law Journal*, 1997, letn. 65, št. 3, str. 713–756.
- AVERITT, Neil W., LANDE, Robert H., Using the 'Consumer Choice' Approach to Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*, 2007, letn. 74, št. 1, str. 175–264.
- BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993.
- HOFSTADTER, Richard, What Happened to the Antitrust Movement? V: Hofstadter, Richard, *The Paranoid Style in American Politics*, ponatis. New York: Vintage, 2008, str. 188–238.
- HOVENKAMP, Herbert, Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, 1985, letn. 84, str. 213.
- HOVENKAMP, Herbert, *Economics and Federal Antitrust Law*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1985.
- JACOBSON, Jonathan, Another Take on the Relevant Welfare Standard for Antitrust. *The Antitrust Source (American Bar Association)*, 2015, izd. avgust, str. 1.

KUHN, Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2. izdaja. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

SALOP, Steven C., Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard. *Loyola Consumer Law Review*, 2010, letn. 22, str. 336.

WRIGHT, Joshua, GINSBURG, Douglas, The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice. *Fordham Law Review*, 2013, letn. 81, str. 2405.

WRIGHT, Joshua, The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at War with Each Other. *Yale Law Journal*, 2012, letn. 121, str. 2216.



### III.

# Procesnopravni vidiki varstva potrošnikov

Mednarodna pristojnost za reševanje potrošniških sporov  
*Aleš Galič*

Implementacija Direktive 2013/11 o alternativnem reševanju potrošniških  
sporov v slovenski pravni red  
*Neža Pogorelčnik Vogrinc*

Obrazložitev sodbe in pritožba v sporu majhne vrednosti  
*Jerca Kramberger Škerl*

Uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov za znižanje plačila po OZ in  
ZVPot v sodni praksi – je res potrebno razlikovanje?  
*Špelca Mežnar*

Uveljavljanje znižanja kupnine in drugih jamčevalnih zahtevkov  
*Damjan Možina*





# Mednarodna pristojnost za reševanje potrošniških sporov

Aleš Galič

## 1. Uvod

Ko potrošnik sklene pogodbo s tujim trgovcem, je zelo pomembno vprašanje, pred sodiščem v kateri državi se bo reševal morebitni spor iz te pogodbe. Če bo moral potrošnik pravno varstvo uveljavljati pred sodiščem tuje države, obstaja nevarnost, da bo to praktično onemogočilo pravno varstvo. Vložitev tožbe v tuji državi za potrošnika pogosto ni realna možnost – zaradi večjega stroškovnega tveganja, izgubljenega časa za prihod na oddaljeno sodišče, nepoznavanja tujega sodišča in tujega pravnega sistema in tudi neznanja jezika. Zato bi lahko pravica do sodnega varstva za potrošnika ostala zagotovljena le na teoretični ravni, ne bi pa bila učinkovita.<sup>1</sup> *Mutatis mutandis* isti razlogi veljajo tudi za potrošnika, če je lahko tožen v tuji državi. Obramba v sodnem postopku v tujini je za potrošnika pogosto pretežno breme. Uredba št. 44/2001 o pristojnosti ter priznanju in izvrstitvi sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (t. i. Bruseljska uredba oziroma Uredba Bruselj I; v nadaljevanju BU) je zato zagotovila posebno procesnopravno varstvo potrošnikov. Prenovljena BU (Uredba št. 1215/2012<sup>2</sup>), ki se je začela uporabljati 1. januarja 2015, to varstvo še nekoliko izpopolnjuje. Gre za izraz želje po varstvu šibkejše stranke v pravnih razmerjih, za katera je značilna dejanska neenakopravnost strank pri finančnih zmožnostih, izkušnjah pri uveljavljanju pravic ter poznavanju prava.<sup>3</sup> Podobno varstvo potrošnika za opredelitev veljavnega prava v pogodbenih razmerjih s čezmejnim elementom določa Uredba Rim I.<sup>4</sup>

Posebno varstvo je določeno na štiri načine: določena je dodatna, posebej ugodna pristojnost po prebivališču tožnika za tožbe, v katerih kot tožnik nastopa

<sup>1</sup> Sodba Shearson Lehmann Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, C-89/91, EU:C:1993:15.

<sup>2</sup> Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (prenovitev).

<sup>3</sup> Glej sodbo Česká spořitelna, a.s. proti Gerald Feichter, C-419/11, EU:C:2013:165, ter sodbo Walter Vapenik proti Josef Thurner, C-508/12, EU:C:2013:790.

<sup>4</sup> Uredba ES št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I).

potrošnik (prvi odstavek 18. člena; pred prenovno prvi odstavek 16. člena); določena je omejitev, da je potrošnik, kadar je tožen, lahko tožen le v kraju svojega prebivališča (drugi odstavek 18. člena, pred prenovno drugi odstavek 16. člena); močno je omejena možnost sklenitve prorogacije oziroma dogovora o pristojnosti (19. člen, pred prenovno 17. člen); kršitev omenjenih pravil o pristojnosti lahko povzroči odklonitev priznanja tuje sodne odločbe (35. člen BU).

Za opredelitev pristojnosti na podlagi 17. člena BU morajo biti kumulativno izpolnjeni trije pogoji. Prvič, prva oseba mora biti potrošnik, kar pomeni, da se ne ukvarja z gospodarsko ali poklicno dejavnostjo, drugič, zahtevek se mora navezovati na potrošniško pogodbo, ki jo skleneta potrošnik in oseba, ki opravlja gospodarske ali poklicne dejavnosti, in tretjič, taka pogodba mora spadati v eno od kategorij iz točk a do c prvega odstavka 17. člena.<sup>5</sup>

## 2. Vrste potrošniških sporov, za katere veljajo pravila Uredbe

### 2.1. Pojem potrošniškega spora

V prvem odstavku 17. člena BU opredeljuje potrošniški spor. Za tak spor gre, *kadar je predmet postopka pogodba ali zahtevek iz pogodbe, ki jo določena oseba – potrošnik – sklepa za namene, ki jih ni mogoče pripisati njeni poklicni ali obrtni dejavnosti.*

Opredelitev potrošniškega spora je že v času veljavnosti Bruseljske konvencije sprožila številna vprašanja glede razlage. Zato je zelo pomembna praksa Sodišča Evropskih skupnosti, ki je razčistila že precej (ne pa vseh) spornih vprašanj ter s tem pripomogla k predvidljivosti in pravni varnosti. Pomembno je, da se le fizična oseba lahko šteje za potrošnika,<sup>6</sup> čeprav opredelitev iz 17. člena (nameni, ki jih ni mogoče pripisati poklicni ali obrtni dejavnosti) ne bi izključevala pravnih oseb oziroma celo gospodarskih družb – saj tudi slednje pogosto sklepajo pogodbe, ki niso v povezavi z njihovo gospodarsko dejavnostjo. Pravne osebe se ne morejo šteti za potrošnika. To velja tudi za potrošniške organizacije, čeprav so upravičene za uveljavljanje zahtevkov potrošnikov. Sodišče EU (pred Lizbonsko pogodbo Sodišče Evropskih skupnosti) je po metodi teleološke redukcije štelo, da so posebne varstvene določbe smiselne le, če gre za potrošnika v pravem pomenu besede, to pa je lahko le fizična oseba. Treba je upoštevati, da so ugodnosti za

<sup>5</sup> Sodba Harald Kolassa proti Barclays Bank plc, C-375/13, EU:C:2015:37.

<sup>6</sup> Sodba Shearson Lehmann Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, C-89/91, EU:C:1993:15.

potrošniške spore v Bruseljski uredbi izjema od splošnega pravila o pristojnosti po prebivališču toženca, izjeme pa je treba razlagati ozko.<sup>7</sup>

Če potrošnik cedira terjatev iz potrošniške pogodbe na drugo osebo in nato ta oseba vloži tožbo v zvezi s cedirano terjatvijo, ne gre za potrošniški spor po 17. členu Bruseljske uredbe. Ni torej dovolj, da se spor nanaša na pogodbo s potrošnikom, pač pa mora biti potrošnik tudi stranka v konkretnem sodnem postopku, ki se nanaša na to pogodbo.<sup>8</sup> To velja tudi za potrošniške organizacije, saj te niso same potrošniki.<sup>9</sup>

Restriktiven pristop je potreben tudi v zvezi s pogojem (ne)opravljanja gospodarske dejavnosti. Zato v primeru, ko fizična oseba še ne opravlja gospodarske dejavnosti, ima pa namen začeti opravljati takšno dejavnost in zato kupuje proizvodna sredstva ali surovine, ne bo šlo za pogodbo, za katero bi veljala pravila o pristojnosti za potrošniške spore.<sup>10</sup> Bistven je namreč namen pri sklepanju pogodbe – ta namen pa se nanaša na (bodočo) gospodarsko dejavnost.

Problematicni so primeri pogodb z »dvojnimi« oziroma mešanim (zasebnim in poklicnim) namenom (npr. osebno vozilo, ki ga odvetnik uporablja za službene potrebe in tudi za zasebne namene). Sodišče EU je zavzelo restriktivno stališče, da se določbe o posebnem procesnem varstvu potrošnikov lahko uporabijo le glede pogodb, ki služijo izključno zasebnemu namenu, razen če je gospodarski namen »tako omejen«, da je zanemarljiv.<sup>11</sup> Čeprav je torej morda zasebni namen pri pogodbi celo prevladujoč, se oseba ne bo mogla sklicevati na to, da je potrošnik. Restriktivna razlaga je v korist pravni varnosti in predvidljivosti za nasprotno stranko.<sup>12</sup> Zato tisti, ki je v stikih s trgovcem namerno ustvarjal vtis, da deluje kot podjetnik (npr. če se predstavlja s službeno vizitko, ali kot kraj dobave določi svoj poslovni naslov ali omenja možnost povrnitve davka zaradi stroška dejavnosti), pozneje ne bo mogel trditi, da je pogodbo sklenil kot potrošnik.<sup>13</sup>

Po drugi strani pa zgolj namen ustvarjanja dobička (npr. investicije v vrednostne papirje ali pokojninske sklade, celo s špekulativnim namenom) še ne pomeni, da ne more iti za potrošniško zadevo.<sup>14</sup> Sporno je, ali se delavci oziroma

<sup>7</sup> Sodba Bertrand v. Paul Ott KG, C-150/77, EU:C:1978:137.

<sup>8</sup> Sodba Shearson Lehmann Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, C-89/91, EU:C:1993:15.

<sup>9</sup> Sodba Verein für Konsumenteninformation proti Karl Heinz Henkel, C-167/00, EU:C:2002:555.

<sup>10</sup> Sodba Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl, C-269/95, EU:C:1997:337.

<sup>11</sup> Sodba Johann Gruber proti Bay Wa AG, C-464/01, EU:C:2004:529.

<sup>12</sup> Prav tam.

<sup>13</sup> Prav tam.

<sup>14</sup> Schwarze v: Simmons, Hausmann, člen 15, r. št. 5. Za tak primer glej sodbo Harald Kolassa proti Barclays Bank plc, C-375/13, EU:C:2015:37. Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Darmona v zadevi Shearson Lehmann Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für

uslužbenci lahko štejejo za potrošnike, če sklepajo pogodbe v podporo svojemu delu (npr. nakup službene obleke). Večinsko stališče je, da se delavca ali uslužbenca ne more šteti za osebo, ki opravlja gospodarsko dejavnost (razen če mu delodajalec povrne stroške nakupa).<sup>15</sup>

Pravila Bruseljske uredbe prav tako ne pridejo v poštev, če na obeh straneh (torej na strani kupca in na strani prodajalca) nastopata fizični osebi, ki sklepata pogodbo zunaj svoje gospodarske ali obrtne dejavnosti. Člen 17 Uredbe sicer izrecno ne določa, kakšen mora biti status nasprotne stranke, vendar pa je posebno varstvo potrošnika, ki utemeljuje odstop od splošnih pravil o mednarodni pristojnosti, upravičeno le v razmerju, ko na eni strani nastopa potrošnik, na drugi pa oseba, za katero določena pogodba spada v njeno gospodarsko oziroma obrtno dejavnost.<sup>16</sup>

V vsakem primeru mora iti za spor v zvezi s pogodbo. »Potrošnik« torej ne more uporabiti varovalnih pravil o pristojnosti v korist potrošnika pri zahtevkih na temelju producerske odgovornosti (torej kadar tožbe ne vložijo proti prodajalcu, temveč proti proizvajalcu).<sup>17</sup> Producerska odgovornost ima nepogodbena temelj. Enako velja v primeru nabave vrednostnih papirjev, ko nato oškodovani kupec toži izdajatelja (ne pa prodajalca) zaradi zavajajočih in nepopolnih podatkov v prospektu oziroma zaradi nerazkritja relevantnih okoliščin.<sup>18</sup> Ni dovolj, da gre za verigo pogodb, pri kateri je potrošnik kot zadnji člen v verigi sklenil pogodbo z gospodarskim subjektom, v okviru te pogodbe pa so nanj prešle določene pravice do izdajatelja obveznice. Izdajatelj obveznice namreč ni svobodno prevzel obveznosti v zvezi s tožečo stranko in zato odpade pogodbeno narava razmerja.<sup>19</sup>

---

Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, C-89/91. (Sodišču EU se nato do tega vprašanja v zadevi sicer ni bilo treba opredeliti).

<sup>15</sup> Schwarze v: Simmons in Hausmann, člen 15, r. št. 6; Geimer in Schütze, člen 15, r. št. 21; Nielsen v: Magnus in Mankowski, člen 15, r. št. 19.

<sup>16</sup> Kropholler, str. 230, Nielsen v: Magnus in Mankowski, člen 15, r. št. 20; Enako izhaja iz sodbe Walter Vapenik proti Josef Thurner, C-508/12, EU:C:2013:790. Sodba (sicer v kontekstu Uredbe št. 805/2004 o evropskem izvršilnem naslovu za nesporne terjatve) potrjuje, da se posebna varovala v 6(1)(d) členu, ki veljajo za potrošniške spore, ne uporabljajo v primeru, ko sta obe stranki posameznika, ki ne opravljata gospodarske dejavnosti.

<sup>17</sup> Sodba Jakob Handte & Co. GmbH v. Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA, C-26/91, U:C:1992:268.

<sup>18</sup> Sodba Harald Kolassa proti Barclays Bank plc, C-375/13, EU:C:2015:37.

<sup>19</sup> Prav tam. Pomembno je tudi stališče Sodišča EU, da pri preizkusu pristojnosti ni treba izvesti obsežnega dokaznega postopka glede spornih dejstev, ki so pomembna tako glede vprašanja pristojnosti kot tudi za obstoj uveljavljane pravice. Vendar pa sodišče, pred katerim poteka postopek, lahko preizkusi svojo mednarodno pristojnost na podlagi vseh podatkov, ki so mu na voljo, vključno, odvisno od primera, z ugovori tožene stranke.

Problematicni so primeri, ko trgovci, ki opravljajo kataloško prodajo, potrošniku v drugi državi, da bi ga spodbudili k nakupu, pošiljajo obvestila, ki ustvarjajo vtis, da bo dobil nagrado, če bo zahteval njeno izplačilo (včasih pogojeno s tem, da kupi določeno blago, včasih pa tudi brez tega pogoja). Sodišče EU je glede teh primerov (nepošteno in zavajajoče prakse) najprej zavzelo stališče, da se pravila o pristojnosti za potrošniške spore lahko uporabijo, če je obljuba izplačila nagrade pogojena z naročilom določenega blaga.<sup>20</sup> Če pa (domnevno) izplačilo nagrade ni pogojeno z naročilom blaga, ne gre za pogodbeno razmerje in se na omenjene določbe Bruseljske uredbe ni mogoče sklicevati.<sup>21</sup> Pozneje pa je Sodišče EU to razlikovanje opustilo in utemeljilo, da obstoj vzajemnih obveznosti ni nujen. Že če je v dopisu trgovca vsebovana enostranska zaveza, da bo izplačal nagrado, ne da bi bila podelitev nagrade odvisna od naročila proizvodov iz ponudbe te družbe ali od poskusnega naročila, se uporabijo pravila o pristojnosti za potrošniške spore.<sup>22</sup> Če pa ta pogoj ni izpolnjen, se lahko uporabijo le v primeru, če je potrošnik dejansko oddal naročilo.

## 2.2. Vrste potrošniških sporov, za katere pridejo v poštev varovalne pristojnosti

V prejšnjem poglavju je bilo opredeljeno, kdaj sploh gre za potrošniški spor. Vendar določbe Bruseljske uredbe ne pridejo v poštev za vse spore iz pravnih razmerij s potrošniki, ki ustrezajo navedeni definiciji, pač pa le v naslednjih primerih:

- če gre za pogodbo o prodaji premičnih stvari z obročnim plačilom;
- če gre za pogodbo o najemu posojila z obročnim odplačevanjem oziroma pogodbo, na katero je vezan kakšen drug kreditni posel, katere namen je plačilo nakupa premičnih stvari,
- v vseh drugih primerih, če je bila pogodba sklenjena z osebo, ki opravlja gospodarsko ali poklicno dejavnost v državi članici, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, ali če na kakršenkoli način usmerja to svojo dejavnost v to državo članico ali v več držav, vključno s to državo članico, pogodba pa spada v okvir te dejavnosti.

Posebno procesno varstvo potrošnika v Bruseljski uredbi torej ne gre tako daleč, da bi potrošnik že brez nadaljnega v sporu iz potrošniške pogodbe trgovca lahko tožil v kraju svojega prebivališča. Sestavljavci Bruseljske uredbe so namreč presodili, da je odstop od splošnih pravil o pristojnosti po prebivališču oziroma sedežu toženca upravičen le, če so za to posebej utemeljeni razlogi. Ti so lahko v

<sup>20</sup> Sodba Rudolf Gabriel, C-96/00, EU:C:2002:436.

<sup>21</sup> Sodba Petra Engler proti Janus Versand GmbH, C-27/02, EU:C:2005:33.

<sup>22</sup> Sodba Renate Ilsinger proti Martin Dreschers, C-180/06, EU:C:2009:303.

tem, da gre za pogodbe, ki po izkušnjah za potrošnika pomenijo največje tveganje in zanje tudi po materialnem pravu veljajo številna jamstva v korist potrošnika (obročni kup po prvi alineji ter nakup s kombinacijo kredita za ta nakup po drugi alineji), ali pa v tem, da je pogodba rezultat neke komercialne dejavnosti prodajalca v državi prebivališča potrošnika (tretja alineja) – v zadnjem primeru je namreč prodajalec očitno računal na to, da bodo njegovo blago kupovali tudi kupci iz te države.

Pojem obročni kup je treba po stališču Sodišča EU razlagati evroavtonomno in s tem zagotoviti enotno uporabo Uredbe v celotni EU.<sup>23</sup> Ta pojem zajema vse primere, ko je cena razdeljena v več obrokov in je posest stvari prenesena še pred plačilom zadnjega obroka.<sup>24</sup> Evroavtonomna razlaga obročnega kupa zato ne vključuje le prodaje na obroke (kot jo OZ ureja v 522. do 526. členu, ZVPot pa v 49. do 56. členu), temveč tudi druge pravne posle, ki imajo podoben ekonomski učinek – npr. t. i. *hire purchase* (kot zelo pogost posel v Angliji<sup>25</sup>), pa tudi leasing, katerega smisel je, da leasingojemalec postane v ekonomskem smislu lastnik kupljene stvari (opcija odkupa za simbolično ceno po preteku določene dobe).<sup>26</sup> Bistvena je torej dejanska izročitev (ekonomska lastnina) stvari še pred plačilom celotne kupnine, ne glede na okoliščino, kdaj formalno lastninska pravica preide na kupca. Po drugi strani pa je za prodajno pogodbo mogoče šteti le posle, pri katerih se odsvojata narejen oziroma vsaj naročen izdelek (ne pa npr. delovrsne pogodbe ali pogodbe o delu).<sup>27</sup>

Evroavtonomno je treba razlagati tudi pojem povezanosti nakupa in kredita. Bruseljska uredba s tem zajema vse primere potrošniških kreditov in drugih poslov, katerih skupna vsebina mora biti v tem, da je potrošniku kredit odobren in izplačan za financiranje konkretnega nakupa. Ni bistveno, ali je cena plačana neposredno prodajalcu ali pa denar najprej dobi kupec in nato izvede plačilo; odločilen je namen kreditiranja.<sup>28</sup> Povezava med obema pogodbama (potrošniški kredit in prodajna pogodba) pa mora biti tretji osebi (dajalcu kredita) razvidna.<sup>29</sup>

Največ težav povzroča razlaga tretje okoliščine – komercialna aktivnost ponudnika v državi prebivališča potrošnika. S komercialno aktivnostjo v državi

<sup>23</sup> Sodba *Bertrand v. Paul Ott KG*, C-150/77, EU:C:1978:137.

<sup>24</sup> Sodba *Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, C-99/96, EU:C:1999:202.

<sup>25</sup> Kupec oziroma najemojemalec pridobi posest na stvari, obroki so formalno opredeljeni kot najemnina, po plačilu določene vsote teh obrokov kupec postane lastnik s plačilom simboličnega nominalnega zneska. Glej *Kropholler*, str. 228; *Nielsen v. Magnus in Mankowski*, 15. člen, r. št. 23.

<sup>26</sup> *Schwarze v. Simmons in Hausmann*, 15. člen, r. št. 12; *Staudinger v. Rauscher*, 15. člen, r. št. 4; *Furrer v. Dasser, Oberhammer*, 13. člen, r. št. 21.

<sup>27</sup> Sodba *Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, C-99/96, EU:C:1999:202.

<sup>28</sup> *Schwarze v. Simmons in Hausmann*, 15. člen, r. št. 14.

<sup>29</sup> *Schlösser Report*, r. št. 157; *Schwarze v. Simmons in Hausmann*, 15. člen, r. št. 15.

prebivališča potrošnika je mišljena predvsem reklama, poleg tega pa tudi opravljane poslov npr. po posredniku ali agentu, ki mu je zaupano sklepanje pogodb.<sup>30</sup> Če podjetje iz Avstrije v Sloveniji dela reklamo za svoje izdelke ali storitve, ki jih ponuja v Avstriji, potrošnik pa nato v Avstriji sklene pogodbo glede teh izdelkov oziroma storitev, za to pogodbo velja Bruseljska uredba za potrošniške spore. Pri tem ne bo treba izkazovati vzročne zveze – torej ugotavljati, da je potrošnik določeno pogodbo v Avstriji sklenil prav zaradi reklame v Sloveniji.<sup>31</sup> Pojem reklame je širok in zajema npr. tudi telefonski marketing. Vendar okoliščina, da je npr. neka reklama tiskana v dnevnem časopisu, ta časopis pa je na prodaj tudi v tujini, še ne zadošča za sklep o komercialni aktivnosti v določeni tuji državi. Drugače bi bilo, če bi bilo izkazano, da je reklama v določenem časopisu tiskana (ali dodana kot priloga) le za izdajo (ali za distribucijo) v določeni tuji državi.

Vprašanje pa je, kaj določba o »usmerjanju komercialnih aktivnosti v določeno državo« pomeni v zvezi z posli, sklenjenimi prek interneta, oziroma posli, sklenjenimi s trgovci, ki svojo dejavnost oglašujejo tudi na internetu. Jasno je, da vsaka internetna stran še ne pomeni, da se komercialne aktivnosti usmerjajo v druge države – to je v praktično vse države sveta (oziroma v kontekstu BU: v vse države EU). Problem pa je, kako obravnavati internetne strani, ki omogočajo sklenitev pogodbe na daljavo ali vabijo k sklenitvi takšne pogodbe. Včasih je prevladovalo stališče, da tudi takšna internetna stran še ne pomeni, da gre za usmerjanje komercialnih aktivnosti v tujo državo; ugotoviti je bilo treba namen trgovca, za to pa so bili upoštevni različni indici, med drugim jezik, ki je uporabljen, valute, ki so označene ... Takšno stališče je bilo sprejeto tudi v razlagalnem poročilu Giuliana in Legarda<sup>32</sup> ob sprejemu Rimske konvencije,<sup>33</sup> ko se je isto vprašanje pojavljalo glede določitve veljavnega prava za potrošniške pogodbe. Tedaj se ta vprašanja seveda niso postavila v zvezi z internetom, pač pa v zvezi s klasičnimi mediji; npr., ker je bilo televizijski ali radijski program mogoče spremljati tudi v sosednji državi, se je postavljalo vprašanje, ali objavljanje reklam v takšnem programu pomeni usmerjanje komercialnih aktivnosti v drugo državo.

Razvoj je šel nato v nasprotno smer. Evropski Svet in Evropska komisija sta izdala skupno izjavo, ki sicer potrjuje, da »samo dejstvo, da je internetna stran dostopna v tujini, še ne zadošča za sklep, da gre za usmerjanje komercialnih aktivnosti v tujo državo). Poleg tega je potrebno še, da ta spletna stran vabi k

<sup>30</sup> Glej npr. Schlosser (2003), 15. člen, r. št. 8, 8a.

<sup>31</sup> Prav tam.

<sup>32</sup> Giuliano in Lagarde, Report, I. Official Journal C 282, 31. 10. 1980, P. 0001–0050.

<sup>33</sup> Konvencija o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, na voljo za podpis 19. junija 1980 v Rimu.



sklepanju pogodb na daljavo in da je bila na tak ali drugačen način pogodba dejansko sklenjena na daljavo. V tej izjavi je med drugim še izrecno povzeto, da jezik ali valuta, uporabljena na spletni strani, nista pomembna elementa.<sup>34</sup> Dodatno teži tej skupni izjavi je dala okoliščina, da jo je evropski zakonodajalec povzel tudi v uvodni izjavi 24 Uredbe Rim I. Za zanesljivo stališče glede predstavljene problematike pa je bilo treba počakati na odločitev Sodišča EU. Do te je prišlo v letu 2010. Tedaj je SEU odločilo v dveh zadevah (*Pammer*<sup>35</sup> in *Hotel Alpenhof*<sup>36</sup>), ki ju je združilo v skupno obravnavanje.<sup>37</sup>

Sodišče EU je v izhodišču postavilo omejitve, da zgolj okoliščina, da ima trgovec (ali njegov posrednik<sup>38</sup>) spletno stran in da je ta dostopna v državi, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, ne zadostuje za sklep, da trgovec usmerja svoje komercialne aktivnosti v to državo. Sodišče EU je poudarilo, da je s prisotnostjo na internetu, ki je po naravi globalen, oglaševanje trgovca na spletni strani načeloma dostopno v vseh državah in zato v celotni Evropski uniji brez nujnega nastanka dodatnih stroškov. Zato takšno oglaševanje še ne kaže na voljo trgovca, da cilja na potrošnike zunaj ozemlja države članice, v kateri ima sedež.<sup>39</sup> Prav tako ni dovolj, da na tej spletni strani navaja svoj elektronski naslov in druge kontaktne podatke, npr. telefonsko številko (brez mednarodne kode). Navajanje teh informacij, po ugotovitvi Sodišča EU, namreč ne kaže na to, da trgovec usmerja svojo dejavnost v eno ali več držav članic, saj so tovrstne informacije v vsakem primeru nujne, da lahko potrošnik s stalnim prebivališčem v državi članici, v

<sup>34</sup> A joint statement by the Council and the Commission on Articles 15 and 73 of the Brussels I Regulation. Objavljeno na: [http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage\\_ec\\_en\\_declaration.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_en_declaration.pdf).

<sup>35</sup> Avstrijski potrošnik je prek posredniške agencije, ki je dejavnost trgovca oglaševala po internetu, navezal stik ter nato sklenil pogodbo z nemškim ladjarjem za prevoz s tovorno ladjo iz Trsta na daljni vzhod. Ker je po ogledu ladje ugotovil, da pogoji na ladji niso takšni, kot je bilo oglaševano, je odstopil od pogodbe in zahteval vračilo celotnega vplačanega zneska. Tožbo je vložil v Avstriji, toženi trgovec pa je ugovarjal, da svojih komercialnih aktivnosti ni usmerjal v Avstrijo, zato avstrijsko sodišče ni pristojno.

<sup>36</sup> Nemški potrošnik je na podlagi oglaševanja avstrijskega hotela na internetu po elektronski pošti s tem hotelom sklenil pogodbo. Ker opravljenih storitev ni plačal, ga je trgovec tožil v Avstriji. Toženi potrošnik je ugovarjal, da bi smel biti tožen le v državi svojega prebivališča, saj je trgovec z oglaševanjem na internetu usmerjal svoje komercialne aktivnosti v Nemčijo.

<sup>37</sup> Sodba v združenih zadevah Peter Pammer proti Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG, C-585/08, in Hotel Alpenhof GesmbH proti Oliver Heller, C-144/09, EU:C:2010:740.

<sup>38</sup> Pomembno je stališče Sodišča EU, da okoliščina, da gre za spletno stran posredniške družbe, in ne za trgovca, ne preprečuje ugotovitve, da trgovec usmerja svojo dejavnost v druge države članice, vključno z državo članico stalnega prebivališča potrošnika, če ta družba ravna v imenu in za račun navedenega trgovca. Nacionalno sodišče mora preveriti, ali je ta bil oziroma ali bi moral biti seznanjen z mednarodnim obsegom dejavnosti posredniške družbe in kako je bila ta družba povezana s tem trgovcem. Glej prav tam.

<sup>39</sup> Prav tam.



kateri ima ta trgovec sedež, z njim naveže stik. Navedbo informacij o identiteti trgovca pa zahtevajo tudi direktive EU.<sup>40</sup>

Po stališču Sodišča EU torej zgolj dejstvo, da je spletna stran dostopna, ni dovolj za uporabo posebnih varovalnih pristojnosti v korist potrošnika. Ni tudi bistveno razlikovanje med »aktivnimi« in »pasivnimi« internetnimi stranmi. Treba je preveriti, ali je iz teh spletnih strani in celotne dejavnosti trgovca razvidno, da je ta nameraval poslovati s potrošniki s stalnim prebivališčem v eni ali več državah članicah, vključno s tisto, v kateri ima ta potrošnik stalno prebivališče, in sicer tako, da je bil pripravljen na sklenitev pogodbe z njimi. Vendar odločilno merilo pri tem ni izključno ugotavljanje subjektivne volje trgovca. Zato se je treba opreti na indice. Med indice, da je dejavnost »usmerjena v« državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, spada vsako očitno izražanje volje po poslovanju s potrošniki iz te države članice.<sup>41</sup>

Sodišče EU je ob tem načelnem stališču v oporo uporabi v praksi navedlo neizčrpan seznam indicev, ki lahko nacionalnemu sodišču pomagajo pri presoji, ali je izpolnjen bistveni pogoj glede gospodarske dejavnosti, usmerjene v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče.<sup>42</sup> Ti so (primeroma): mednarodni obseg dejavnosti, navedba poti iz drugih držav članic do kraja sedeža trgovca, uporaba valute ali jezika, ki se običajno ne uporablja v državi članici, v kateri ima trgovec sedež, z možnostjo rezervacije oziroma potrditve rezervacije v tem drugem jeziku, navedba telefonske številke z mednarodno klicno kodo, izdatki za storitev internetnega referenciranja, da bi se potrošnikom s stalnim prebivališčem v drugih državah članicah olajšal dostop do spletne strani trgovca ali do spletne strani njegovega posrednika, uporaba domenskega imena najvišje ravni, ki ni domensko ime države članice, v kateri ima trgovec sedež, in omemba mednarodnih strank s prebivališčem v različnih državah članicah. Vsekakor pa so ta merila le orientacijska in nacionalno sodišče mora samo preučiti cilje in učinke poslovne strategije trgovca ali ponudnika storitev.<sup>43</sup> Trgovcu so prepuščeni tudi načini, kako zagotoviti, da bo jasno razvidno, da s potrošniki iz določenih držav ne želi poslovati (npr. z navedbo, za katere države ponudba ne velja, ali z zahtevo, da stranka vpiše državo prebivališča, njene države pa spletna stran ne »ponuja« ...).<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Prav tam.

<sup>41</sup> Prav tam.

<sup>42</sup> Prav tam.

<sup>43</sup> Za obširen komentar sodbe v zadevah *Pammer in Hotel Alpenhof* glej Furrer in Glarner v: Dasser, Oberhammer, str. 295, 296.

<sup>44</sup> Glej prav tam. Nasprotno pa zgolj navedba avstrijskega ponudnika, da njegova v nemščini napisana spletna stran ni usmerjena na nemške potrošnike, ne zadošča, če ta ponudnik sicer vede sklepa pogodbe z nemškimi kupci. Hess, str. 298; Mayr, str. 168.

V sodbi v zadevi *Pammer in Hotel Alpenhof* je Sodišče EU na več mestih omenilo, da gre za pogodbo, sklenjeno na daljavo (prek interneta ali prek elektronske pošte na podlagi informacij in oglaševanja na internetu), in je v tem kontekstu ocenjevalo pomen trgovčevega poslovanja prek interneta. Tudi prej omenjena skupna izjava Komisije in Sveta, ki je povzeta v uvodni izjavi k Rimski uredbi, izrecno govori o sklepanju pogodb na daljavo. Zato ni bilo povsem jasno, ali je *a contrario* mogoče sklepati, da je pri pogodbah, ki niso sklenjene na daljavo, položaj drugačen. Na to vprašanje je Sodišče EU odgovorilo v zadevi *Mühlleitner*.<sup>45</sup> Po mnenju sodišča posebne določbe v korist potrošnika po Uredbi Bruselj I pridejo v poštev tudi v primerih, ko pogodba med potrošnikom in podjetnikom ni bila sklenjena na daljavo. Pri tem se je oprlo tako na gramatikalno razlago kot tudi na namen določbe – učinkovito varstvo potrošnikov. Iz točke c prvega odstavka (tedanjega) 15. člena izhajata le dva pogoja: prvič, podjetnik mora opravljati gospodarske in poklicne dejavnosti v državi članici, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, ali na kakršen koli način usmerjati te dejavnosti v to državo članico ali v več držav, vključno s to državo članico, in drugič, sporna pogodba mora spadati v okvir takšnih dejavnosti.<sup>46</sup> Sklenitev pogodbe na daljavo torej ni pogoj za sklepanje, da trgovec usmerja komercialne aktivnosti v drugo državo.<sup>47</sup> Pač pa je to lahko indic za sklepanje o trgovčevem namenu čezmejnega poslovanja. Pomen sodbe v zadevi *Mühlleitner* je tudi v tem, da se seznam indicev, opredeljenih v sodbi v zadevah *Pammer in Hotel Alpenhof*, dopolnjuje. Med indice, ki lahko dokazujejo, da je pogodba povezana z dejavnostjo, usmerjeno v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, torej spadata tudi »navsezava stika na daljavo« in »sklenitev potrošniške pogodbe na daljavo«.<sup>48</sup>

V zadevi *Emrek* pa je Sodišče EU odgovorilo na vprašanje, ali (tedanja) točka c prvega odstavka 15. člena Bruseljske uredbe zahteva ugotovitev obstoja vzročne zveze med gospodarsko ali poslovno dejavnostjo, usmerjeno v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, in potrošnikovo odločitvijo za sklenitev

<sup>45</sup> Sodba Daniela Mühlleitner proti Ahmad Yusufi in Wadat Yusufi, C-191/11, EU:C:2012:542. Avstrijska potrošnica je v Avstriji na svetovnem spletu iskala vozilo nemške znamke, ki ga je želela kupiti za svoje zasebne potrebe. Ko se je povezala na nemški iskalnik [www.mobil\[e\].de](http://www.mobil[e].de), je izbrala znamko in model zelenega vozila in tako pridobila seznam vozil, ki so ustrezala posebnim lastnostim. Ko je izbrala vozilo, ki je najbolje ustrezalo njenim iskalnim merilom, je bila napotena na ponudbo toženih strank, nemškega prodajalca rabljenih avtomobilov. Po nadaljnji komunikaciji prek elektronske pošte in telefona je odpotovala v Nemčijo, tam pregledala ponujeno vozilo ter sklenila prodajno pogodbo. Ko je tožnica vložila tožbo (za razveljavitev pogodbe in vračilo kupnine) v Avstriji, sta tožena trgovca ugovarjala, da svojih komercialnih aktivnosti nista usmerjala v Avstrijo in da je bila pogodba sklenjena na njenem sedežu v Nemčiji.

<sup>46</sup> Prav tam.

<sup>47</sup> Za enaka stališča v literaturi že pred to sodbo Sodišča EU glej npr. Staudinger v: Rauscher, str. 395.

<sup>48</sup> Sodba Daniela Mühlleitner proti Ahmad Yusufi in Wadat Yusufi, C-191/11, EU:C:2012:542.

pogodbe.<sup>49</sup> Takšna so bila pred odločitvijo Sodišča EU tudi večinska stališča v teoriji.<sup>50</sup> Tudi po mnenju nemškega Zveznega sodišča je spletna stran podjetja morala potrošnika vsaj motivirati k sklenitvi pogodbe.<sup>51</sup> Vendar Sodišče EU temu stališču ni pritrdilo. Zavzelo je stališče, da se ne zahteva vzročna zveza med načinom usmerjanja gospodarske ali poklicne dejavnosti v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, in spletno stranjo ter sklenitvijo pogodbe s tem potrošnikom. Pri tem se je oprlo na gramatikalno razlago omenjene določbe, ki takšnega pogoja izkazanosti vzročne zveze ne vsebuje.<sup>52</sup> Poleg tega bi zahteva po izkazu vzročne zveze tudi nasprotovala cilju učinkovitega varstva potrošnikov, saj bi pogosto bilo težko dokazovati, da je potrošnik v času pred sklenitvijo pogodbe obiskal spletno stran trgovca.<sup>53</sup>

Vendar pa Sodišče EU dodaja, da čeprav navedena vzročna zveza ni nezapisan pogoj, od katerega bi bila odvisna uporaba točke c prvega odstavka (tedanjega) 15. člena Bruseljske uredbe, je kljub temu lahko pomemben indic (enakovreden sklenitvi pogodbe na daljavo), ki ga nacionalno sodišče lahko upošteva pri odločanju o tem, ali je dejavnost dejansko usmerjena v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče. Lista indicov iz sodbe v zadevah *Pammer in Alpenhof* se torej tudi s tem dopolnjuje in v bistvu (čeprav to najbrž ni bil namen SEU) širi.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> Sodba Lokman Emrek proti Vlado Sabranovic, C-218/12, EU:C:2013:666. Nemški potrošnik je v sosednjem mestu v Alzaciji v Franciji pri profesionalnem prodajalcu rabljenih avtomobilov V. Sabranovicu kupil rabljen avtomobil. Posebnost tega primera pa je, da nemški potrošnik sploh ni vedel, da francoski trgovec oglašuje tudi preko interneta – do njega je namreč prišel zato, ker so mu ga priporočili znanci, ki so s tem trgovcem že poslovali. Da ima trgovec spletno stran in da je ta takšne narave, da izkazuje tudi trgovčevo namero poslovanja s kupci iz Nemčije, je potrošnik izvedel šele pozneje, po nastanku spora. Zato je vložil tožbo v Nemčiji. Toženi trgovec je ugovarjal, da med njegovim oglaševanjem preko interneta in sklenjeno pogodbo očitno ni podana vzročna zveza in da se zato potrošnik ne more sklicevati na točko c prvega odstavka 15. člena Bruseljske uredbe.

<sup>50</sup> *Staudinger v. Rauscher*, str. 398; *Schwartz v. Simons in Hausmann*, člen 15, r. št. 17; *Mayr*, str. 170 (slednja povzemata tudi prakso avstrijskega vrhovnega sodišča); nekoliko bolj zadržano (z zavzemanjem za obrnjeno dokazno breme): *Furrer in Glarner v. Dasser, Oberhammer*, str. 294, z dvomi tudi *Hess*, str. 299, in *Harris*, str. 154.

<sup>51</sup> *Mankowski*, str. 258.

<sup>52</sup> Sodba Lokman Emrek proti Vlado Sabranovic, C-218/12, EU:C:2013:666.

<sup>53</sup> Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Cruz Villalóna z dne 18. 7. 2013, ki meni, da bi se ta dokaz lahko spremenil v *probatio diabolica*, zaradi katerega bi posebna pristojnost iz členov 15 in 16 Uredbe št. 44/2001 postala neuporabna. Če pa bi po drugi strani zadoščalo, da se potrošnik zgolj sklicuje na vzročno zvezo, sploh ne bi šlo za pravi pogoj.

<sup>54</sup> Ta seznam pa se dopolnjuje še z naslednjim: v obravnavani zadevi gre za trgovca, ki posluje sicer v drugi državi, vendar na obmejnem območju, ki je del aglomeracije mesta Saarbrücken v Nemčiji. Okoliščina, da podjetnik uporablja tudi telefonsko številko druge države članice, ki jo daje na voljo potencialnim strankam s stalnim prebivališčem v tej državi, s čimer jim omogoča prihranek stroškov mednarodnega klica, je prav tako indic, ki dokazuje, da je njegova dejavnost »usmerjena v« to drugo državo članico.

### 2.3. Izključitev prevozne pogodbe

V nobenem primeru se določbe uredbe ne uporabljajo za prevozno pogodbo, razen za pogodbo, pri kateri se za enotno ceno ponujata potovanje in nastanitve (za potrošniške spore pomembne pogodbe o turističnih »paketi« so torej vključene). Prevozna pogodba iz sistema posebnih določb v Bruseljski uredbi ni bila izključena zato, ker varstvo potrošnikov pri tem tipu pogodbe ne bi bilo pomembno, pač pa zato, ker je treba upoštevati, da so posamezne prevozne pogodbe (v letalskem, v ladijskem in v cestnem prevozu) tudi na ravni EU in na ravni meddržavnih pogodb podvržene posebnemu režimu (*lex specialis*).<sup>55</sup>

## 3. Razširitev dosega Bruseljske uredbe na podjetja s sedežem zunaj EU

Bruseljska uredba se sicer uporablja le, če ima toženec prebivališče v državi članici EU. Če ta pogoj ni izpolnjen, se za določitev mednarodne pristojnosti uporabi Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku.<sup>56</sup> Ta zakon takšnega varstva potrošnikom, kot ga zagotavlja Bruseljska uredba, ne daje. Vendar je to večinoma izgubilo praktičen pomen. Prenovljena BU (Uredba št. 1215/2012) za potrošniške spore uveljavlja načelo univerzalne veljave. Zdaj se torej BU uporablja tudi za spore potrošnikov s prebivališčem v EU zoper trgovce s sedežem v državi, ki ni članica EU.

Določena razširitev polja uporabe Uredbe v korist potrošnikov pa je obstajala že pred prenovo. Pravila o pristojnosti za potrošniške spore pridejo v poštev tudi, če potrošnikov pogodbeni partner nima prebivališča oziroma sedeža v državi EU, vendar pa ima v državi EU (torej katerikoli državi EU, ne nujno prav v državi prebivališča potrošnika) podružnico, agencijo ali drugo poslovno enoto, pod pogojem, da gre za spor iz njenega poslovanja. V tem primeru bo lahko potrošnik izkoristil ugodnost in podjetje kot pravno osebo s sedežem zunaj EU tožil v državi svojega prebivališča. Pri tem pa bo treba izkazati, da gre za spor, ki je neposredno povezan z aktivnostjo podružnice, poslovne enote, agencije ipd. tega podjetja v državi EU. Ta pogoj npr. ne bo izpolnjen, če je potrošnik s podjetjem zunaj EU sklenil pogodbo brez sodelovanja podružnice, agencije oziroma druge poslovne enote tega podjetja v EU. Prenovljena BU to ureditev še vedno vsebuje, nima pa več velikega praktičnega pomena. Z uveljavitvijo prenovljene BU z letom 2015 je namreč polje uporabe v korist potrošnikov že splošno razširjeno na tožbe proti

<sup>55</sup> Schlosser (2003), člen 15, r. št. 10.

<sup>56</sup> Uradni list RS, št. 56/1999 (ZMZPP). Glede določb o mednarodni pristojnosti posebno in za potrošnika ugodno (čeprav precej nedodelano) določbo vsebuje le v 52. členu, ki določa, da v pravnem razmerju s potrošnikom ni dopusten dogovor o pristojnosti tujega sodišča.

trgovcem iz tretjih držav, ne glede na to, ali imajo v EU podružnico, agencijo ali poslovno enoto.

## 4. Opredelitev pristojnosti za potrošniški spor

### 4.1. Potrošnik kot tožnik in kot toženec

Po 18. členu (16. členu pred prenovno) Uredbe lahko potrošnik v zadevah, ki ustrezajo pogojem iz 17. člena (15. člena pred prenovno) Uredbe, vloži tožbo pri sodišču države članice, kjer ima nasprotna stranka prebivališče oziroma sedež, ali pred sodiščem kraja, kjer ima sam prebivališče. S to pomembno izjemo od načela *actor sequitur forum rei* (pristojnost po prebivališču toženca) je zagotovljeno posebno varstvo potrošnika kot tožnika. Potrošnik uživa posebno varstvo tudi, ko je v položaju toženca. Tožba podjetja proti potrošniku je lahko vložena le pred sodiščem države članice, kjer ima potrošnik prebivališče. Predvsem je pomembno, da odpade možnost vložitve tožbe v kraju izpolnitve pogodbene obveznosti po prvem odstavku 7. člena Uredbe.

To za potrošnika zelo ugodno določilo, da lahko vloži tožbo v državi svojega prebivališča, je na prvi pogled jasno, vendar se tudi v zvezi s tem postavljajo določena vprašanja. Najprej je treba opozoriti, da BU sicer določa le mednarodno pristojnost, ne pa tudi krajevne pristojnosti. Glede krajevne pristojnosti je treba uporabiti določila domače zakonodaje – v Sloveniji torej Zakon o pravdnem postopku (v nadaljevanju ZPP).<sup>57</sup> Vendar ZPP ne vključuje določb o krajevni pristojnosti za potrošniške spore, kadar je pristojnost slovenskega sodišča določena zato, ker ima tožnik prebivališče v Sloveniji. Prav zato, ker v domačih redih držav članic pogosto ni določb o krajevni pristojnosti po prebivališču potrošnika kot tožnika, je Bruseljska uredba glede na predhodno ureditev po Bruseljski konvenciji storila pomemben korak naprej: po prvem odstavku 16. člena (zdaj 18. člena) BU je izrecno določeno, da se določba o pristojnosti po prebivališču tožnika – potrošnika ne nanaša le na mednarodno pristojnost, pač pa tudi na krajevno pristojnost (... pred sodiščem v *kraju*, ...). S tem je torej utemeljena tako mednarodna kot tudi krajevna pristojnost sodišča v kraju prebivališča potrošnika kot tožnika.

Ob ugotovitvi, da BU v 18. členu utemeljuje tudi krajevno pristojnost, pa se postavlja vprašanje, ali to pride v poštev le, če gre za spor z mednarodnim elementom. Ali BU velja tudi za spor, ko potrošnik iz Celja toži podjetje iz Ljubljane? ZPP namreč (drugače kot BU) ne daje podlage za vložitev tožbe v kraju prebi-

<sup>57</sup> Uradni list RS, št. 26/1999 in nasl.

vališča potrošnika kot tožnika. Utemeljen je sklep, da BU glede te problematike ne pride v poštev za spore brez kakršnegakoli mednarodnega elementa in da za spore med slovenskim potrošnikom in slovenskim podjetjem ne pride v poštev ugodnost BU, da lahko potrošnik toži v kraju svojega prebivališča, enako tudi ne določbe o omejitvi možnosti prorogacije pristojnosti. Urejanje pravil o krajevni pristojnosti v domačih pravnih redih držav članic ni bil namen Bruseljske konvencije in Bruseljske uredbe. Za urejanje civilnega procesnega prava brez čezmejnih razsežnosti organi Evropske unije tudi niso pristojni. Problematika sicer ni tako preprosta, kot se na prvi pogled zdi. BU namreč v 2. členu kot merilo za njeno uporabo določa le, da mora imeti toženec prebivališče v državi članici, ne zahteva pa posebej še izkazanosti mednarodnega elementa ali npr. okoliščine, da tožnik nima prebivališča v isti državi kot toženec. Vendar pa je Sodišče EU že potrdilo, da BU ne pride v poštev za spore med subjekti iz iste države brez vsakega čezmejnega elementa.<sup>58</sup>

## 4.2. Sprememba potrošnikovega prebivališča

Postavlja se vprašanje, ali določbe Bruseljske uredbe pridejo v poštev tudi v primeru, ko ob sklenitvi pogodbe še ni šlo za zadevo z mednarodnim elementom (npr. slovenski potrošnik sklene prodajno pogodbo na obroke s slovenskim podjetjem), mednarodni element pa zadeva pridobi pozneje (npr. slovenski potrošnik se po sklenitvi pogodbe s slovenskim trgovcem odseli v Nemčijo). Iz splošnih pravil civilnega procesnega prava izhaja, da je bistven le kraj prebivališča v trenutku vložitve tožbe.<sup>59</sup> Zato ima potrošnik v primeru, ko se po sklenitvi pogodbe, ki spada v okvir 17. člena BU, preseli v drugo državo članico, pravico, da tožbo proti trgovcu vloži v državi svojega novega prebivališča. Res je, da je to lahko precejšnje breme za trgovca, ki ob trenutku sklenitve pogodbe sploh ni mogel računati oziroma predvideti, da bo lahko tožen v neki tretji državi (ker se je pač pred vložitvijo tožbe potrošnik tja preselil); v tej državi je lahko tožen celo v primeru, ko je potrošnik v času sklepanja pogodbe živel v isti državi kot trgovec. Vendar pa se je vsaj v primerih pogodb med potrošnikom in trgovcem, ki imata oba v času sklenitve pogodbe stalno prebivališče ali običajno prebivališče v isti državi članici, te neugodnosti oziroma nevarnosti mogoče znebiti s prorogacijo pristojnosti sodišča v skladu s tretjim odstavkom 19. člena.

<sup>58</sup> Sodba Andrew Owusu proti N. B. Jackson, pod trgovskim imenom »Villa Holidays Bal-Inn Villas« in drugi, C-281/02, EU:C:2005:120. Enako tudi sodba Armin Maletic in Marianne Maletic proti lastminute.com Gmbh in TUI Österreich GmbH, C-478/12, EU:C:2013:735. V tej zadevi je SEU sicer ugotovilo, da za obstoj mednarodnega elementa zadostuje, da je ta podan glede enega od dveh tožencev, ki sta oba udeležena v istem pogodbenem razmerju.

<sup>59</sup> Kropholler, str. 234.

Poudariti je treba, da se sklep o relevantnosti potrošnikovega prebivališča v trenutku vložitve tožbe nanaša na pravilo o pristojnosti. Do drugačnega sklepa pa pride pri »določbi o polju uporabe« po točki c prvega odstavka 17. člena (pogoj, da gre za pogodbo, sklenjeno z osebo, ki opravlja gospodarsko ali poklicno dejavnost v državi članici, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, ali če na kakršenkoli način usmerja svojo dejavnost v to državo). Glede tega je bistveno, ali je trgovec gospodarsko dejavnost opravljal oziroma usmerjal v državo, v kateri je imel potrošnik prebivališče v trenutku sklenitve pogodbe.<sup>60</sup> Ni pogoj, da je položaj takšen še v trenutku vložitve tožbe ali da (v primeru, če se v drugo državo preseli potrošnik) trgovec gospodarsko dejavnost usmerja tudi v državo novega prebivališča potrošnika.<sup>61</sup> Po drugi strani pa ni dovolj, da trgovec gospodarsko dejavnost opravlja oziroma usmerja v državo potrošnikovega prebivališča v trenutku, ko je vložena tožba, ni pa tega delal že tedaj, ko je bila s potrošnikom sklenjena pogodba.

### 4.3. (Ne)izključna narava določb o pristojnosti za potrošniške spore

Določbe 18. člena BU o pristojnosti v potrošniških sporih je treba načeloma razlagati kot izključne – torej, da izključujejo možnost uporabe drugih določb BU o pristojnosti. Po tretjem odstavku 18. člena pa prej predstavljena ureditev ne posega v možnost, da stranka vložiti nasprotno tožbo pri sodišču, pri katerem je tožnik vložil tožbo (to pristojnost BU določa v 8. členu). Torej v primeru, če potrošnik pri sodišču v državi sedeža podjetja proti podjetju vložiti tožbo (npr. zaradi jamčevanja za napake), ni ovire, da podjetje pri istem sodišču (čeprav to ni sodišče prebivališča potrošnika) proti potrošniku ne bi vložilo nasprotne tožbe npr. zaradi plačila manjkajočega dela kupnine. Iz izrecne določbe o tem, da tudi v potrošniških sporih ostane v veljavi določba o pristojnosti glede nasprotne tožbe, je mogoče logično sklepati, da druge posebne pristojnosti po 7. in 8. členu BU za potrošniške spore ne pridejo v poštev. To je praktično pomembno predvsem za določbo o pristojnosti po kraju izpolnitve (prvi odstavek 7. člena). V poštev tudi ne pride določitev pristojnosti po koneksiteti s kazenskim postopkom (četrti odstavek 7. člena), pristojnost za sospornike (prvi odstavek 8. člena; podjetje npr. ne bi moglo potrošnika kot sospornika tožiti v državi, v kateri sam nima prebivališča, ima pa tam prebivališče drug toženec). Zaradi izrecnega zadržka v prvem odstavku 17. člena BU pa tudi za potrošniške spore velja določba o pristoj-

<sup>60</sup> Geimer v: Geimer in Schütze, 16. člen, r. št. 6.

<sup>61</sup> Prav tam. Delno drugačno stališče: Nielsen v: Magnus in Mankowski, 16. člen, r. št. 6; Schlosser (2003), 16. člen, r. št. 3.



nosti po državi podružnice oziroma poslovne enote, če gre za spor iz njenega poslovanja (peti odstavek 7. člena).<sup>62</sup>

Povedano v prejšnji točki se nanaša na pristojnost za odločanje o glavni stvari. Nasprotno pa se tudi za potrošniške spore lahko uporablja 35. člen BU, po katerem lahko sodišče izdačasne in zavarovalne ukrepe, če je zanje pristojno po nacionalnem pravu, čeprav ima sodišče druge države po BU pristojnost za odločanje o glavni stvari. Torej, če ima sodišče neke države po nacionalnem pravu pristojnost, da izda začasno odredbo, to lahko stori (če so izpolnjeni drugi pogoji, ki izhajajo iz prakse SES) tudi v sporu, ki spada v okvir 17. člena BU in za katerega je (za odločanje o glavni stvari) po 18. členu pristojno sodišče v drugi državi članici.<sup>63</sup>

Prevladujoče stališče je, da imajo določbe o izključni pristojnosti po 24. členu (22. člen pred prenovo) prednost pred posebnimi določbami o procesnem varstvu potrošnika. To je praktično pomembno za postopke glede najema nepremičnin. Torej je v sporu glede najema nepremičnine tožbo treba vložiti v državi, kjer leži nepremičnina, čeprav gre za pogodbo, sklenjeno med potrošnikom kot najemnikom in trgovcem kot najemodajalcem (in so tudi sicer izpolnjeni pogoji iz 17. člena BU). Besedilo drugega stavka prvega odstavka 24. člena BU kaže, da je evropski normodajalec želel v 24. člen BU vključiti tudi pogodbe o najemu nepremičnin med potrošnikom in trgovcem. Podobno velja tudi za zavarovalne pogodbe, ki so urejene le s tretjim poglavjem BU. Zato se pristojnost v sporu iz zavarovalne pogodbe, sklenjene med trgovcem (zavarovalnico) in potrošnikom, določa po pravilih iz tretjega, in ne iz četrtega poglavja BU.<sup>64</sup>

## 5. Omejitev možnosti dogovora o pristojnosti za potrošniške spore

Člen 18 BU s tem, ko določa pravila o pristojnosti, ki so glede na siceršnja ugodnejša, varuje potrošnika, ker se ta šteje za ekonomsko šibkejšo in v pravnih zadevah manj izkušeno stranko. Sistem pristojnosti, ki ga vzpostavlja 18. člen BU, pa je lahko učinkovit le, če je istočasno zagotovljeno, da se potrošnik načeloma ne more z dogovorom o pristojnosti zavezati za reševanje spora pred drugim sodiščem in se odpovedati procesnemu varstvu iz 18. člena. Zato 19. člen občutno omejuje možnost strank, da z dogovorom o pristojnosti izključijo uporabo pravil o pristojnosti iz 18. člena. Po petem odstavku 25. člena sporazumi o pristojnosti

<sup>62</sup> Zato ni ovire, da npr. v primeru, ko slovenski potrošnik sklene kupno pogodbo na obroke z nemškim podjetjem preko podružnice tega podjetja v Avstriji, slovenski potrošnik vložiti tožbo bodisi v Sloveniji, bodisi v Nemčiji, bodisi v Avstriji.

<sup>63</sup> Sodba Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV, C-99/96, EU:C:1999:202.

<sup>64</sup> Nielsen v: Magnus in Mankowski, Uvod v 4. poglavje, r. št. 2.



nimajo pravne veljave, če so v nasprotju z 19. členom. Glede oblike in drugih vprašanj pri sklenitvi veljavnega dogovora o pristojnosti je tudi v razmerjih s potrošniki treba upoštevati splošne določbe 25. člena BU.<sup>65</sup>

Dogovor o mednarodni pristojnosti je za pogodbe, ki izpolnjujejo merila 17. člena Uredbe, dopusten le v treh primerih:

- če je bil dogovor o prorogaciji pristojnosti sklenjen po nastanku spora;
- če sta se stranki dogovorili v korist potrošnika, da sme izbrati pristojnost drugih sodišč, ki ne pridejo v poštev na podlagi določb tega oddelka;
- če je bila pogodba sklenjena med potrošnikom in podjetjem, ki sta imela v času sklenitve pogodbe prebivališče ali začasno bivališče v isti državi članici in je dogovorjena pristojnost te države, takšen sporazum pa je po pravu te države dopusten.

Izhodišče izjeme po prvi alineji je, da povprečni potrošnik ob sklepanju pogodbe še ne razmišlja o morebitnih sodnih postopkih. Ker je potrošnik v šibkejšem položaju kot trgovec tako glede pogajalske moči kot tudi glede pravnega znanja, to lahko povzroči (kot Sodišče EU ugotavlja v nekem drugem kontekstu<sup>66</sup>), da se potrošnik zaveže k pogodbenim določilom, pripravljenim vnaprej, ne da bi lahko vplival na vsebino teh določil. V času, ko sklepa pogodbo, povprečen potrošnik ni ustrezno pozoren na klavzule o pristojnosti, vključene v pogodbo, še posebej ko gre za formularne in vnaprej pripravljene pogodbe. Iz tega razloga so v zadevah, ki spadajo v okvir 17. člena BU, veljavni le sporazumi o pristojnosti, sklenjeni po tem, ko je spor že nastal – torej v času, ko je sprožitev sodnega postopka že realna možnost – in ločeno od vsebinske pogodbe med strankama. Utemeljeno je pričakovanje, da povprečen potrošnik ne bo nepremišljeno soglašal z zanj neugodno določitvijo pristojnosti.

Možnost iz druge alineje 19. člena nima velike praktične vrednosti. Določa namreč neizključne klavzule o pristojnosti, ki zgolj razširjajo možnost izbire za potrošnika (npr. dogovor, da lahko potrošnik tožbo vložiti bodisi v kraju svojega prebivališča, bodisi v državi prebivališča trgovca, bodisi v neki tretji določeni državi). Takšen dogovor pa ni veljaven, če razširja možnost izbire za obe stranki.

Tretja alineja pa se nanaša na položaj, ko razmerje pridobi mednarodni element šele naknadno, torej ko sta ob sklepanju pogodbe, ki vključuje tudi dogovor o pristojnosti, podjetje in potrošnik imela sedež oziroma prebivališče v isti državi. Razloženo je bilo, da je odločilna okoliščina za določitev pristojnosti prebivališče potrošnika v trenutku vložitve tožbe. Zato lahko potrošnik v primeru, če se po sklenitvi pogodbe preseli v drugo državo, toži v tej državi. Trgovec je s

<sup>65</sup> Glej Schlosser Report, r. št. 161a.

<sup>66</sup> Sodba Pannon GSM Zrt. proti Erzsébet Sustikné Györfi, C-243/08, EU:C:2009:350.

tem izpostavljen tveganju, da se bo moral podvreči sodnemu postopku v državi, na katero ni mogel računati tedaj, ko je sklepal pogodbo. Ne bi bilo pravično, da bi z enostranskim dejanjem (naknadno spremembo prebivališča) potrošnik lahko dosegel, da postane neveljaven dogovor o pristojnosti, čeprav je ta bil veljaven v trenutku, ko je bil sklenjen. Zato je določeno, da je v primeru, ko imata potrošnik in trgovec v času sklepanja pogodbe stalno ali običajno prebivališče v isti državi, dopusten dogovor o pristojnosti sodišča v tej državi.<sup>67</sup> S sklenitvijo dogovora o pristojnosti (mednarodni, posredno pa tudi krajevni) ob sklenitvi pogodbe se omenjenega tveganja podjetje lahko reši.<sup>68</sup> Drugače, kot sicer velja splošno za 4. poglavje BU, posebna določba v tretji alineji 19. člena nima namena varovati potrošnika, pač pa nasprotno pogodbeno stranko.<sup>69</sup> Trije pogoji morajo biti izpolnjeni, da je v omenjenem primeru dogovor o pristojnosti veljaven. Prvi pogoj je, da sta stranki imeli stalno ali običajno prebivališče v isti državi v času sklenitve pogodbe. Drugi pogoj je, da je določena pristojnost sodišča v tej državi (praviloma se bo tak dogovor nanašal na krajevno, in ne zgolj na mednarodno pristojnost). Tretji pogoj pa je, da mora biti po nacionalnem pravu države ta dogovor veljaven. Glede slednjega je treba upoštevati tudi prakso Sodišča EU o dopustnosti dogovorov o krajevni pristojnosti, vključenih v splošne pogoje poslovanja. Če je bila Direktiva o nepoštenih pogodbenih določilih ustrezno implementirana v nacionalno pravo države članice, lahko pride do tega, da je dogovor o pristojnosti, vključen npr. v splošne pogoje poslovanja, ničn po nacionalnem pravu države članice. V tem smislu je torej Direktiva o nepoštenih pogodbenih določilih<sup>70</sup> (natančneje: implementacija te direktive v nacionalno pravo države članice) vendarle relevantna tudi v kontekstu tretjega odstavka 17. člena BU, kolikor pač ta določba odkazuje na vprašanje veljavnosti dogovora o pristojnosti po nacionalnem pravu.

Obravnavana določba ne ureja neposredno položaja, ko ima podružnica, poslovna enota ali predstavništvo trgovca (ki sicer nima sedeža v tej državi) domicil v isti državi kot potrošnik in gre za spor, ki izvira iz poslovanja te podružnice, poslovne enote ali predstavništva. Ratio legis bi govoril v prid uporabnosti določbe tudi za takšne primere, vendar je zelo dvomljivo, ali je takšen sklep mogoče utemeljiti z analogijo.<sup>71</sup> Dvom nastane v primerih, ko imata tako trgovec kot tudi njegova podružnica, predstavništvo ali poslovna enota sedež v državah članicah.

<sup>67</sup> Jenard Report, Art. 15, str. 33; Nielsen v: Magnus in Mankowski, 17. člen, r. št. 12.

<sup>68</sup> Glej Kropholler, str. 235.

<sup>69</sup> Geimer v: Geimer in Schütze, 17. člen, r. št. 7.

<sup>70</sup> Direktiva št. 93/13/EEC z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, OJ L 95 of 21. 4. 1993, str. 29–34.

<sup>71</sup> Za takšen sklep: Geimer v: Geimer in Schütze, člen 17, r. št. 12.

Po drugi strani pa ni dvoma, da se glede na drugi odstavek 17. člena ureditev iz tretje alineje 19. člena uporablja za primere, ko je zgolj podružnica, poslovna enota ali predstavništvo v državi članici.

Pogoji, določeni v 19. členu, se uporabljajo le za spore s čezmejnimi elementi glede pogodb, ki spadajo v okvir 17. člena. Na 19. člen BU se ni mogoče sklicevati za utemeljitev neveljavnosti dogovora o krajevni pristojnosti v sporu brez čezmejnih elementov. Vprašanje veljavnosti dogovorov o krajevni pristojnosti v potrošniških sporih se v takšnih primerih presoja izključno po nacionalnem pravu države članice. Vendar pa to ne pomeni, da pravo EU nima nobenega vpliva na takšne dogovore o pristojnosti. Ker so dogovori o pristojnosti praviloma vključeni v splošne pogoje poslovanja ali v formularne pogodbe in niso predmet posamičnega pogajanja, je treba upoštevati pogoje in zahteve, določene v Direktivi št. 93/13 o **nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah**. Če je klavzula o pristojnosti vključena v pogodbo med trgovcem in potrošnikom, ne da bi bila predmet posamičnega dogovora med njima, in če določa izključno pristojnost sodišča v kraju sedeža oziroma glavnega poslovanja trgovca, jo je treba šteti za nepošteno, če v nasprotju z načelom dobre vere povzroča občutno neravnotežje glede pravic in obveznosti strank v škodo potrošnika.<sup>72</sup> To se lahko zgodi v primeru, ko je prorogirano sodišče daleč od prebivališča potrošnika, kar potrošniku otežuje sodelovanje v postopku, še posebej, če gre za razmeroma majhno vrednost spora. Tedaj bi namreč stroški prihoda na sodišče glede na vrednost spora potrošnika lahko odvrnili od sodelovanja v postopku. SES je še menilo, da mora sodišče, da zagotovi varstvo potrošnika, ki ga zagotavlja Direktiva št. 93/13 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, imeti možnost, da, kadar opravlja predhodni preizkus dopustnosti tožbe, *po uradni dolžnosti* presoja, ali je določeno pogodbeno določilo nedovoljeno.<sup>73</sup>

Člen 19 BU se ne nanaša na arbitražne sporazume.<sup>74</sup> Vprašanje, koliko se je v potrošniških zadevah mogoče dogovoriti za pristojnost arbitraže, ostaja prepuščeno nacionalnemu pravu (pri čemer pa je Direktiva o nedovoljenih pogodbenih določilih tudi relevantna). Vendar je treba omeniti 10. člen Direktive o alternativnem reševanju potrošniških sporov,<sup>75</sup> po katerem države članice zagotovijo, da dogovor med potrošnikom in trgovcem o vložitvi pritožbe pri organu ARS za

<sup>72</sup> Sodba v združenih zadevah Océano Grupo Editorial SA proti Roció Murciano Quintero, C-240/98, Salvat Editores SA proti José M. Sánchez Alcón Prades, C-241/98, José Luis Copano Badillo, C-242/98, Mohammed Berroane, C-243/98, in Emilio Viñas Feliú, C-244/98, EU:C:2000:346, in sodba Pannon GSM Zrt. proti Erzsébet Sustikné Gyórfi, C-243/08, EU:C:2009:350.

<sup>73</sup> Prav tam.

<sup>74</sup> Sodba Elisa María Mostaza Claro proti Centro Móvil Milenium SL, C-168/05, EU:C:2006:675.

<sup>75</sup> Direktiva 2013/11/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2013 o alternativnem reševanju potrošniških sporov (L 165/63).

potrošnika ni zavezujoč, če je bil sklenjen pred nastankom spora in če je potrošnik s tem prikrajan za pravico, da za rešitev spora vložijo tožbo pri sodišču.

## 6. Tiha prorogacija pristojnosti

Iz 26. člena (24. člen pred prenovno) Uredbe izhaja, da ni ovire, da pride do konkludentne sklenitve dogovora o pristojnosti. Če tožnik vložijo tožbo pred nepristojnim sodiščem, toženec pa se spusti v vsebinsko obravnavanje spora, ne da bi ugovarjal pristojnost, sodišče postane pristojno. Ta možnost obstaja tudi pri sporih glede obravnavanih kategorij šibkejših strank.<sup>76</sup>

Res pa je, da lahko to resno ogrozi učinkovitost varstva šibkejših strank, saj ni zagotovil, da kakšni trgovci, zavarovalnice ali delodajalci ne bodo namenoma vlagali tožb proti potrošnikom ali delavcem oziroma zavarovancem in drugim upravičencem pri nepristojnem sodišču, računajoč na verjetnost, da toženec, ki se ne spozna na režim BU, ne bo podal pravočasnega ugovora nepristojnosti. Poleg tega lahko neobstoj skupnega evropskega standarda glede tega povzroči neenako raven učinkovitosti varstva v državah, katerih nacionalno pravo oziroma sodna praksa določa takšno obveznost sodišča (npr. Nemčija za *Amtsgerichte*; par. 504 ZPO), in tistimi državami članicami, kjer takšne obveznosti ni (npr. Slovenija, kjer mora toženec, da se izogne zamudni sodbi, obvezno vložiti pisen odgovor na tožbo in pred tem ni niti ustne niti pisne komunikacije s sodiščem, niti sodišče toženca ne poučuje o procesnih pravicah, razen s standardiziranim poukom ob vročitvi tožbe, da mora vložiti pisen in obrazložen odgovor na tožbo in da lahko pride do zamudne sodbe, če tega ne stori; 277. člen Zakona o pravnem postopku).

Drugo vprašanje pa je, ali ima sodišče možnost ali celo dolžnost, da v primeru, ko trgovec, delodajalec ali zavarovalnica vložijo tožbo pri nepristojnem sodišču, toženo šibkejšo stranko v zgodnji fazi postopka (npr. ko tožencu vroči tožbo in ga pozove k odgovoru na tožbo) opozori na pomanjkanje pristojnosti in posledice morebitnega neugovarjanja pristojnosti. Sodišče EU je v omenjeni zadevi *Vienna Insurance Group* izreklo, da takšne obveznosti sodišča iz Uredbe št. 44/2001 ni mogoče izpeljati. Po stališču SES bi takšno obveznost lahko uveljavili le z izrecno določbo, za to pa bi bila nujna sprememba besedila BU.<sup>77</sup>

Namiga Sodišča EU, da bi bilo ureditev mogoče izboljšati, Evropska komisija ni prezrla. Tudi po novi ureditvi možnost tihega dogovora o pristojnosti (ki nastane s tem, da se tožena šibkejša stranka spusti v spor, ne da bi ugovarjala

<sup>76</sup> Sodba Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group proti Michal Bilas, C-111/09, EU:C:2010:290.

<sup>77</sup> Prav tam.

pristojnost) še vedno obstaja. Pač pa je v drugem odstavku 26. člena zdaj določena obveznost sodišča, da toženca o tem pravočasno pouči. Določba se glasi: »V zadevah iz oddelkov 3, 4 ali 5, v katerih je toženec zavarovalec, zavarovanec, upravičenec iz zavarovanja, oškodovanec, potrošnik ali delavec, sodišče pred prevzemom pristojnosti v skladu z odstavkom 1 zagotovi, da je bil tožencu zagotovljen pravni pouk o njegovi pravici, da ugovarja pristojnosti sodišča, in o posledicah spustitve ali nespustitve v postopek.«

Načeloma je nova določba ustrezno uravnotežena. Po eni strani je zavrnila radikalna stališča, da tiha prorogacija pristojnosti v sporih s šibkejšimi strankami sploh ne bi smela biti dopustna.<sup>78</sup> Po drugi strani pa upošteva, da so določena dodatna jamstva potrebna. Bo pa nova ureditev gotovo sprožila številne nejasnosti v praksi. Predvsem ni jasno, koliko konkretna mora biti poučitev sodišča. Zapis določbe omogoča sklep, da zadošča že, če sodišče ponovi (sicer v morda nekoliko bolj razumljivem, ljudskem jeziku) zgoraj povzeto besedilo drugega odstavka 26. člena uredbe – torej zgolj obvesti toženca, da bo, če se vsebinsko spusti v spor, ne da bi oporekal pristojnosti, sodišče dokončno (p)ostalo pristojno in da ugovora ne bo mogoče podati pozneje. Iz besedila Uredbe ne izhaja, da bi sodišče moralo iti korak dlje in pozitivno opozoriti toženo šibkejšo stranko, da sodišče v resnici ni pristojno po pravilih BU. Praktična razlika med obema različicama je občutna. Če je laičen npr. potrošnik ali delavec le opozorjen na institut »tihe prorogacije«, njemu pa ostane naloga, da nato sam preveri, ali je tožba vložena pred pristojnim ali pred nepristojnim sodiščem, je najbrž realno pričakovanje, da večina tožencev (laikov) tega niti ne bo ugotovila in zato ugovora nepristojnosti ne bo podala. Še posebej bo to verjetno, če bo opozorilo dano formularno (danes je vedno bolj pogosto, da so sodna pisanja opremljena s tako številnimi sodnimi opozorili, pouki in navodili, da jih številne stranke več niti ne preberejo natančno). Če pa bi, nasprotno, sodišče toženca najprej opozorilo, da (kot kaže na prvi pogled) tožba ni bila vložena pred pristojnim sodiščem, in šele ob tem tudi na posledice tega, če bi se vsebinsko spustil v spor, je realno, da bo večina tožencev ugovor nepristojnosti podala. Druga opcija je očitno bolj prijazna do šibkejših strank, težko pa jo je izpeljati iz besedila Uredbe. Poleg tega je v tako zgodnji fazi pogosto tudi sodišču težko oceniti, ali zadeva sploh spada v okvir posebnega varstva potrošnikov (ali je toženec produkt ali storitev kupoval kot potrošnik ali v okviru gospodarske dejavnosti ter po drugi strani, ali je tožnik usmerjal svoje komercialne aktivnosti v državo potrošnika).

Glede vprašanja, kdo naj tožencu da obvestilo iz drugega odstavka 26. člena BU, je vsaj v slovenskem okolju ustrezen sklep, da gre za obveznost sodišča. V državah, kjer je ureditev začetka pravnega postopka drugačna – tam, kjer mora

<sup>78</sup> Takšno stališče: Nielsen v: Magnus in Mankowski, 17. člen, r. št. 14.

tožnik najprej tožencu sam vročiti tožbo in šele nato tožbo skupaj s potrdilom o vročitvi tožencu sodišču – pa bi lahko pričakovali tudi, da tožencu obvestilo da sam tožnik. Uredba te opcije ne preprečuje. Informacija je v vsakem primeru treba dati čim prej. Če sodišče na začetku postopka ne more ugotoviti, ali sploh gre za zadevo, ki spada v režim posebnega varstva šibkejših strank (ali če to preprosto prezre ali pozabi na obveznost), je zamujeno mogoče nadoknaditi pozneje. V takšnem primeru bi tudi poznejši ugovor nepristojnosti moral biti obravnavan kot pravočasen, čeprav se je toženec predhodno že spustil v obravnavanje vsebine spora. Drugi odstavek 26. člena Uredbe dovolj jasno določa, da do tihega dogovora o pristojnosti v obravnavanih zadevah ne more priti brez ustreznega opozorila. To pravilo mora imeti prednost pred morebitnimi pravili nacionalnega prava glede vprašanja, do kdaj je mogoče podati ugovor nepristojnosti.

## 7. Sankcije za kršitev pravil o mednarodni pristojnosti v potrošniških sporih

Bruseljska uredba vzpostavlja režim skoraj prostega pretoka sodnih odločb sodišča ene države članice v drugi državi članici. Določene okoliščine, ki preprečujejo priznanje (in izvršitev), pa so še vedno podane. Med temi je tudi kršitev varovalnih pravil o pristojnosti v korist šibkejših strank (delavci, potrošniki, zavarovanci); 45. člen Uredbe. Obenem je z uveljavitvijo prenovljene Bruseljske uredbe (Uredba št. 1215/2012) zdaj tudi izrecno določeno, da je kršitev teh pravil o pristojnosti ovira za priznanje in izvršitev v tujini le v primeru, ko je šibkejša stranka v pravdi sodelovala kot toženec.<sup>79</sup> Ne more pa se na to sklicevati toženi trgovec, delodajalec ali zavarovalnica, kadar je do kršitve pravil o pristojnosti prišlo v njeno škodo. Pri tem je treba poudariti, da sodišče v državi, v kateri se zahteva priznanje, ne more neodvisno presojeti dejanskih okoliščin, pomembnih za opredelitev, ali gre za potrošniški spor, ki ustreza pogojem 17. člena BU. Glede teh dejanskih ugotovitev je sodišče v državi priznanja vezano na ugotovitve sodišča, ki je izdalo sodbo (drugi odstavek 45. člena). Če npr. sodišče v državi, v kateri je bila vložena tožba, presodi, da ne gre za potrošniški spor, saj je kupec stvar kupil predvsem za opravljanje gospodarske dejavnosti, in zato ne pridejo v poštev omejitve iz 18. člena BU, nato sodišče v državi priznanja ne bo smelo zavrniti priznanja sodbe z utemeljitvijo, da gre za potrošniški spor, saj je kupec stvar kupil izključno za zasebne namene.

<sup>79</sup> *Ratio legis* ureditve bi enak sklep sicer narekoval že za razlago stare Uredbe, gramatikalna razlaga pa je nasprotno vodila k sklepu, da je določba lahko šla tudi v škodo delavca ali potrošnika, ki je spor sprožil pred nepristojnim sodiščem. Geimer v: Geimer in Schütze, člen 35, r. št. 47, in 16. člen, r. št. 16.

Sporno je, kakšne so posledice, če sodišče tožencu ne poda ustreznega pouka oziroma obvestila o posledicah, če se spusti v spor brez ugovaranja pristojnosti (glej prej). Kot je bilo omenjeno, je splošno pravilo, da je kršitev pravil o pristojnosti na škodo šibkejših strank ovira za priznanje. Težava pa je v tem, da prvi odstavek 45. člena BU (ki našteva kršitve pravil o pristojnosti, na katere je mogoče opreti ugovor zoper priznanje tuje sodne odločbe, med njimi oddelke 2, 3 in 4 iz poglavja II) ne omenja pravila iz drugega odstavka 26. člena, ki je v oddelku 7. Namen in kontekst ureditve kljub temu utemeljujeta sklep, da je odrek priznanja tuje sodne odločbe mogoč tudi zaradi kršitve obveznosti, da sodišče toženi šibkejši stranki poda ustrezen pouk glede tihe prorogacije. Zapis določbe takšne razlage ne onemogoča. Sodišče EU je v zadevi *Bilas* že izreklo, da je pristojnost na podlagi tihe prorogacije del pravil o pristojnosti za spore s šibkejšimi strankami, čeprav te določbe ni najti v oddelkih Uredbe, ki te spore urejajo.<sup>80</sup> Če to povežemo z ureditvijo po reformi, pridemo do sklepa, da pristojnost na podlagi tihe prorogacije sama po sebi ni v nasprotju s pravili Uredbe o varstvu šibkejših strank, je pa v nasprotju s temi pravili, če sodišče ni opravilo svoje dolžnosti, da toženo šibkejšo stranko ustrezno pouči. Tako kršitev te obveznosti postane kršitev pravil o pristojnosti iz oddelkov 2, 3 in 4 poglavja II.

## 8. Določitev veljavnega prava v potrošniških pogodbah z mednarodnim elementom

Posebne varovalne določbe v korist potrošnika kot tipično šibkejše stranke vsebuje tudi Uredba Rim I, ki določa kolizijska pravila za določitev veljavnega prava za pogodbeno razmerja. Uredba Rim I za potrošniške pogodbe uveljavlja podobna merila, kot jih Bruseljska uredba uveljavlja za določitev mednarodne pristojnosti.<sup>81</sup> Pravo države, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče, se uporabi pod pogojem, da podjetnik izvaja svoje poslovne ali poklicne dejavnosti v državi, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče, *ali na kakršenkoli način usmerja take dejavnosti v to državo ali več držav, vključno s to državo*, in da pogodba spada v okvir takih dejavnosti. Pogoj »usmerjanja dejavnosti« je v bistvu isti kot v točki c prvega odstavka 17. člena Bruseljske uredbe. Sodišče EU je že večkrat (v različnih kontekstih) zapisalo, da je iste pojme, ki se pojavljajo v obeh uredbah (Rimski in Bruseljski), treba razlagati enako.<sup>82</sup> To velja tudi za opredelitve pojmov »potrošnik«, »trgovec« in »zahtevek v zvezi s pogodbo«.

<sup>80</sup> Sodba Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group proti Michal Bilas, C-111/09, EU:C:2010:290.

<sup>81</sup> Uredba Rim I velja univerzalno (2. člen), torej že zdaj v celoti nadomešča določbe ZMZPP.

<sup>82</sup> Sodba Heiko Koelzsch proti État du Veliko vojvodstvo Luksemburg, C-29/10, EU:C:2011:151.



Po drugem odstavku 6. člena Uredbe Rim I je tudi v teh primerih sicer dopustna avtonomija strank. Stranke se torej v potrošniškem sporu lahko dogovorijo za uporabo prava, ki ni pravo države prebivališča potrošnika. Vendar pa izbira prava druge države potrošnika ne sme prikrajšati za zaščito, ki mu jo zagotavljajo kogentne določbe po pravu države prebivališča. Teoretično torej potrošnik z dogovorom za uporabo prava tretje države le pridobi – še vedno ga bodo varovale kogentne določbe v njegovo korist v njegovem domačem pravu (poleg tega pa še vse kogentne določbe v njegovo korist v izbranem pravu, kolikor so te ugodnejše). Praktično pa so tovrstni dogovori za potrošnika vendarle obremenjujoči, saj se težko znajde v režimu tujega prava (zelo dvomljivo pa je tudi, ali se sploh zaveda posebnega varstva, ki mu ga zagotavlja 6. člen Uredbe Rim I. Pomembno je tudi, da poseben režim za potrošniške pogodbe po tretjem odstavku 6. člena Uredbe Rim I ne velja za (1) pogodbe o opravljanju storitev za potrošnika, ki se v celoti opravijo zunaj države potrošnikovega prebivališča, (2) za prevozne pogodbe, razen za pogodbe o paketnih potovanjih, (3) za pogodbe, katerih predmet je stvarna pravica na nepremičnini ali najemna pravica na nepremičnini, razen za *time-sharing* pogodbe, (4) za pravice in obveznosti, ki tvorijo finančni instrument, ter pravice in obveznosti, ki tvorijo pogoje, ki urejajo izdajanje ali javne ponudbe in javne prevzemne ponudbe prenosljivih vrednostnih papirjev ter vpis in odkup enot v kolektivnih naložbenih podjetjih, kolikor te dejavnosti ne pomenijo finančnih storitev, ter (5) za pogodbe, sklenjene v okviru večstranskega sistema, ki združuje ali omogoča združevanje več nakupnih in prodajnih interesov tretjih oseb v zvezi s finančnimi instrumenti. Posebej izvzete pogodbe o storitvah, ki so v celoti opravljene zunaj države potrošnikovega prebivališča (npr. hotelske storitve) ima veliko praktično vrednost. Uporabi se torej pravo sedeža izvajalca storitve (točka b prvega odstavka 4. člena Uredbe Rim I).

## 9. Sklep

Sistem Bruseljske uredbe vzpostavlja nujno procesnopravno varstvo v korist potrošnikov v razmerjih s čezmejnimi elementom. Zahteva, da bi potrošnik tožbo moral vložiti v tuji državi, ki je država trgovca, bi dejansko neenakost v razmerju še povečala, možnost sodnega varstva pa bi bila zgolj navidezna. Ureditve je večinoma tudi dovolj uravnotežena, številne nejasnosti glede razlage Uredbe je odpravila obsežna praksa Sodišča EU, medtem ko je prenovljena Bruseljska uredba odpravila najhujše pomanjkljivosti prejšnje ureditve. Vendar pa zgolj zagotovitev možnosti vložitve tožbe v lastni državi, kar lahko zagotovi Bruseljska uredba, za učinkovito uveljavljanje potrošnikovih pravic še ne zadošča. Za potrošnika je že uveljavljanje zahtevka pred domačim sodiščem zoper domačega trgovca v rednem pravnem postopku zelo težavno. Zato je treba poskrbeti še za posebne



poenostavljene postopke v sporih majhne vrednosti, za možnost kolektivnega uveljavljanja pravic potrošnikov ter za učinkovite zunajsodne metode reševanja potrošniških sporov.

## Literatura in viri

- DASSER, Felix, OBERHAMMER, Paul, *Lugano-Übereinkommen*, Zweite Auflage. Bern: Stämpfli Verlag, 2011.
- GEIMER, Reinhold, SCHÜTZE, Rolf, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*. München: Beck, 2010.
- GIULIANO, Mario, LAGARDE, Paul, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I. *Official Journal C* 282, 31. 10. 1980, P. 0001–0050.
- HARRIS James, Consumer Protection in Private International Law, v: Meisel, Frank, Cook, Peter, *Property and Protection: Essays in Honour of Brian W. Harvey*, Hart Publishing, 2000, str. 245–268.
- HESS, Burkhard, *Europäisches Zivilprozessrecht*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2010.
- KROPHOLLER, Jan, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8. Aufl.. Heidelberg, 2005.
- MAGNUS, Ulrich, MANKOWSKI, Peter, *Brussels I Regulation*. Sellier, 2007.
- MAYR, Peter, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Facultas.wuv. Wien, 2011.
- RAUSCHER, Thomas, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Kommentar, Brüssel I-VO, LugÜbk 2007*. München: Sellier, 2011.
- MANKOWSKI, Peter, Muss zwischen ausgerichteter Tätigkeit und konkretem Vertrag bei Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO ein Zusammenhang bestehen? (OLG Karlsruhe, S. 348), *IPRax*, 2008, št. 4, str. 333–334.
- MANKOWSKI, Peter, Neues zum »Ausrichten« unternehmerischer Tätigkeit unter Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO (BGH), *IPRax*, 2009, št. 3, str. 258–259.
- SCHACK, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3. Aufl.. München, 2001.
- SCHLOSSER, Peter, *EU-Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Beck. München, 2003.
- SCHLOSSER, Peter, *Report on the 1968 Brussels Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice* (Signed at Luxembourg, 9 October 1978), reproduced in the Official Journal of the Communities of 5 March 1979 (OJ 1979 C 59/71).
- SIMONS, Thomas, HAUSMAN, Rainer, *Brüssel I-Verordnung, unalex Kommentar, Deutsche Sprachausgabe*, IPR Verlag. München, 2012.



# Implementacija Direktive 2013/11 o alternativnem reševanju potrošniških sporov v slovenski pravni red

Neža Pogorelčnik Vogrinc

## 1. Uvodno o tem, zakaj se potrebuje alternativno reševanje potrošniških sporov

Potrošnike varujejo številne materialnopravne določbe, ki pa brez možnosti za učinkovito uveljavitev niso dosti vredne. Klasično lahko potrošniki svoje pravice zaščitijo v sodnih postopkih. Ti so praviloma dolgotrajni, nastali stroški (sodna taksa, izvedenci, stroški odvetnika ...) pa v nesorazmerju z vrednostjo spornega predmeta. Poleg tega je potrošnik v primerjavi s trgovcem v slabšem ekonomskem in finančnem položaju ter ima manj izkušenj s pravljanjem, pravnega znanja in poznavanja izdelka oziroma storitve, ki je predmet spora. Situacija je zanj še bistveno slabša, če je trgovec iz druge države.<sup>1</sup> Tveganje, povezano s sodnim postopkom, je namreč zaradi nepoznavanja tujega prava, tujega jezika, poti na sodišče, najemanja odvetnikov v tujini in z vsem tem povezanih stroškov še večje. Sodna pot se tako za potrošniške spore izkaže za povsem neprimerno,<sup>2</sup> kar potrjuje tudi statistika. Evropski potrošniki v sodnem postopku uveljavljajo le 2 odstotka nastalih potrošniških sporov.<sup>3</sup> Strah pred spori in zavedanje o neučinkovitosti sodnega varstva pa zmanjšujeta pripravljenost potrošnikov nakupovati, še posebej nakupovati čez mejo. To negativno vpliva na notranji trg EU in njeno gospodarsko rast, ki je odvisna tudi od kupne moči prebivalstva, hkrati pa potrošnikom onemogoča izkoriščanje prednosti, ki jih ponuja gospodarsko povezovanje držav v EU.

Za učinkovito pravno varstvo potrošnikov je zato treba zagotoviti druge procesne možnosti, med katerimi se kot primeren kaže alternativen način reševanja tovrstnih sporov.<sup>4</sup> Tudi ta je na področju potrošniških sporov (za

<sup>1</sup> Ko pišem o »drugih državah«, »čezmejnih« in »tujih« sporih, imam vedno v mislih spore, v katerih sta potrošnik in trgovec iz različnih držav članic Evropske unije (EU).

<sup>2</sup> O tem tudi Rejc, str. 13.

<sup>3</sup> Na ravni celotne EU je 25 odstotkov vprašanih v prejšnjem letu imelo pritožbe, izvirajoče iz potrošniških razmerij, od tega jih je 72 odstotkov spor reševalo v postopkih pri trgovcu, 12 odstotkov pri proizvajalcu, 4 odstotke v izvensodnem postopku, 4 odstotke pri drugem organu, le 2 odstotka na sodišču, 17 odstotkov pa jih ni izvedlo nobenega dejanja v smeri reševanja spora. Vir: Eurobarometer, FLASH EB 358, str. 72.

<sup>4</sup> V prispevku uporabljam izraz izvensodno reševanje potrošniških sporov (IRPS). Enakovredna izraza sta tudi alternativno ali zunajsodno reševanje sporov.

zdaj) redko uporabljen. Po raziskavi Eurobarometra FLASH EB 358 iz leta 2013 se v Evropi za reševanja spora na izvensodni postopek povprečno odloči samo 4 odstotke potrošnikov, kar se pripisuje pomanjkanju primernih postopkov, njihovi slabi ureditvi, neseznanjenosti potrošnikov z njimi in posledičnim nezaupanjem ljudi do takega načina reševanja sporov. Naslednji korak EU je zato odprava teh slabosti.

## 2. Alternativno reševanje potrošniških sporov v Sloveniji

Zakonodajna ureditev področja alternativnega reševanja sporov<sup>5</sup> se v Sloveniji razvija postopoma, včasih tudi pod pritiskom ali s spodbudo EU, v praksi pa se njegova uporaba širi le počasi.<sup>6</sup> Na eni strani so tako pomembni Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov,<sup>7</sup> Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah<sup>8</sup> in Zakon o arbitraži,<sup>9</sup> ki sicer urejajo alternativne postopke na splošno, vendar se lahko uporabljajo tudi za potrošniške spore. Na drugi strani pa Zakon o zavarovalništvu,<sup>10</sup> Energetski zakon,<sup>11</sup> Zakon o plačilnih sistemih ter storitvah,<sup>12</sup> Zakon o bančništvu,<sup>13</sup> Zakon o elektronskih komunikacijah<sup>14</sup> in Zakon o poštnih storitvah<sup>15</sup> področje urejajo za posamezne gospodarske sektorje.<sup>16</sup>

<sup>5</sup> Gre za alternativne postopke reševanja sporov, ki potekajo zunaj sodišč. Sem torej ne spada sodišču pridružena mediacija, ki je eden najpogostejših načinov alternativnega reševanja sporov v Sloveniji in je strankam dostopna šele po začetku pravnega postopka.

<sup>6</sup> Po raziskavah Eurobarometra FLASH EB 358 se je leta 2013 le 35 odstotkov anketiranih Slovencev strinjalo s trditvijo, da je potrošniški spor v Sloveniji enostavno reševati v izvensodnih postopkih. S tem je bila Slovenija med državami članicami EU ena izmed držav z najslabšim rezultatom. Še slabši so bili odgovori glede trditve o možnosti reševanja potrošniških sporov v sodnih postopkih. Le 26 odstotkov anketiranih je odgovorilo, da je potrošniški spor enostavno reševati v sodnem postopku.

<sup>7</sup> ZARSS, Uradni list RS, št. 97/2009 s spremembami.

<sup>8</sup> ZMCGZ, Uradni list RS, št. 56/2008. S tem je bila implementirana Direktiva 2008/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2008 o nekaterih vidikih mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 136 z dne 24. 5. 2008.

<sup>9</sup> ZArbit, Uradni list RS, št. 45/2008.

<sup>10</sup> ZZavar, Uradni list RS, št. 99/2000 s spremembami, glej 333.a člen, na podlagi katerega pri Slovenskem zavarovalnem združenju delujeta Mediacijski center in Varuh dobrih poslovnih običajev v zavarovalništvu.

<sup>11</sup> EZ-1, Uradni list RS, št. 17/2014, glej 5. poglavje šestega dela zakona.

<sup>12</sup> ZPlaSS, Uradni list RS, št. 58/2009 s spremembami, glej 15. poglavje.

<sup>13</sup> ZBan-2 (prej glede tega enako že njegovi predhodniki), Uradni list RS, št. 25/2015, glej 11. poglavje.

<sup>14</sup> ZEKom-1, Uradni list RS, št. 109/2012 s spremembami, glej 15. poglavje.

<sup>15</sup> ZPSto-2, Uradni list RS, št. 51/2009 s spremembami, glej 13. poglavje.

<sup>16</sup> O lastnostih (slabostih) ureditve na posameznem sektorju glej Galič (2012, Zunajsodno ...), str. 6–8, ter Galič in Hodges v: Hodges, Benöhr in Creutzfeldt-Banda, str. 197–199. Vsi ti izvensodni organi delujejo v okviru poklicnih oziroma gospodarskih združenj, zato se lahko pojavljajo vprašanja o njihovi neodvisnosti in nepristranskosti. Za več glej Felc in Češnjevcar, priloga, str. VIII.

Na ravni EU razen ureditev alternativnih postopkov za potrošniške spore določenih vsebin do zdaj ni bilo splošne ureditve oziroma je bila ta prepuščena posameznim državam članicam. V Sloveniji je to pomenilo, da je področje ostalo neurejeno, prvi poskus sprejetja zakona na tem področju leta 2008 (takrat poimenovanega Zakon o alternativnem reševanju potrošniških sporov (ZARPS)<sup>17</sup>) pa je na žalost propadel (glede na osnutek Nacionalnega programa varstva potrošnikov 2012–2017<sup>18</sup> je bil razlog pomanjkanje finančnih sredstev). Reševanje potrošniških sporov sicer ponujajo nekatere zasebnopravne institucije,<sup>19</sup> vendar se njihova uporaba v praksi še ni razširila. S takim stanjem Slovenija trenutno zaostaja za večino drugih držav članic EU.<sup>20</sup>

Neurejenost področja na ravni EU je tako povzročila, da so sistemi med državami članicami in znotraj njih med različnimi sektorji neenakomerno razviti in z velikimi razlikami v njihovi dostopnosti in kakovosti. Formalni obstoj alternativnih postopkov pa za potrošnike (še posebej tiste s čezmejnimi spori) v praksi ne odpravlja tveganj, ki jim jih prinašajo sodni postopki, njihov obstoj pa nima toliko pozitivnih učinkov na (čezmejno) potrošnjo, kot bi jih lahko imel. Zato je nujna zapolnitev geografskih in sektorskih lukenj v nacionalnih sistemih alternativnih postopkov reševanja potrošniških sporov. Glede na specifične kulturne in gospodarske lastnosti posameznih držav pa bi bilo bolj ali manj celovite nacionalne ureditve nesmiselno nadomestiti z enotno evropsko. EU se je tako odločila za minimalno harmonizacijo z Direktivo 2013/11/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2013 o alternativnem reševanju potrošniških sporov ter spremembi Uredbe (ES) št. 2006/2004 in Direktive 2009/22/ES.<sup>21</sup> Ta določa le minimalne standarde izvensodnih postopkov reševanja potrošniških sporov, spoštovanje teh s strani izvajalcev postopkov in obstoj teh izvajalcev pa morajo zagotoviti države članice, ki imajo pri implementaciji zelo proste roke. Glavni cilj urejanja področja je zagotoviti enostaven dostop do kakovostnega izvensodnega postopka reševanja vseh domačih in čezmejnih potrošniških sporov, ki ne posega v pravico potrošnikov, da se za varstvo svojih pravic obrnejo na sodišče. S tem se jim omogoča dostop do enostavnejšega, hitrejšega in cenejšega postopka ter tako zagotavlja učinkovito pravno varstvo. Evropski zakonodajalec kot posledico tega predvideva večje zaupanje

<sup>17</sup> Mogoče ga je najti na spletni strani [www.tzsl.si/pic/pdf/zakonodaja/ZARPS.pdf](http://www.tzsl.si/pic/pdf/zakonodaja/ZARPS.pdf) (13. 6. 2015).

<sup>18</sup> Glej točko 5.2.8.

<sup>19</sup> Npr. Evropski center za reševanje sporov.

<sup>20</sup> Za podrobnejše predstavitve tujih sistemov glej Galič (2000), str. 557–560; Betetto, str. 6; Hodges, Benöhr in Creutzfeldt-Banda; ter Predlog za obravnavo ZIRPS.

<sup>21</sup> UL L 165/63, tudi Direktiva o alternativnem reševanju potrošniških sporov, v nadaljevanju Direktiva ARPS.

potrošnikov v dosegljivost rešitve spora, kar bo povečalo potrošnjo.<sup>22</sup> Ker bo v izvensodnih postopkih mogoče reševati tudi čezmejne spore, bodo potrošniki (predvidoma) pogosteje kupovali tudi od trgovcev iz drugih držav članic, kar bo izboljšalo notranjo trgovino in pozitivno vplivalo na gospodarstvo. Po ocenah EU bo to pomenilo 2,5 milijarde evrov prihrankov, uvedba alternativnih postopkov reševanja potrošniških sporov pa je zato v Aktu za enotni trg predvidena kot ena izmed 12 pobud za okrepitev rasti in zaupanja.<sup>23</sup> Poleg tega bo razširitev teh postopkov predvidoma zmanjšala sodne zaostanke,<sup>24</sup> čeprav po mojem mnenju sodišča zaradi omenjenih slabosti sodnih postopkov s potrošniškimi spori niso pretirano obremenjena.

Tako je v Sloveniji prišlo še do drugega poskusa urejanja področja, tokrat pod časovnim pritiskom, saj je evropski zakonodajalec implementacijo Direktive ARPS državam članicam naložil do 9. julija 2015. Predlog Zakona o izvensodnem reševanju potrošniških sporov<sup>25</sup> je bil dan v javno razpravo septembra 2014, po podatkih spletne strani e-demokracija<sup>26</sup> pa je trenutno v medresorskem usklajevanju in v obravnavi na Službi Vlade RS za zakonodajo. Čeprav je v času pisanja prispevka do končnega roka za sprejetje zakona še manj kot mesec dni in bi tako pričakovali, da bo mogoče predstaviti že sprejeto rešitev, državni zbor zakonodajnega postopka še ni začel, kar neizogibno pomeni, da bo Slovenija z implementacijo zamujala.

V prispevku bo predstavljena ureditev Direktive ARPS in ocenjena njena predvidena implementacija v slovenski pravni red, kot to izhaja iz objavljenega predloga ZIRPS.

### 3. Področje uporabe Direktive ARPS

S ciljem učinkovitega varstva potrošnikovih pravic Direktiva ARPS zagotavlja uvedbo alternativnih postopkov reševanja za vse potrošniške spore ne glede na njihovo vsebino in naravo. Izrecno so izvzete le negospodarske storitve splošnega pomena, zdravstvene storitve, ki jih opravljajo zdravstveni delavci,<sup>27</sup> in javno višje

<sup>22</sup> Uvodna izjava 11 Direktive ARPS.

<sup>23</sup> Akt za enotni trg, KOM/2011/0206 konč.

<sup>24</sup> Uvodna izjava 15 Direktive ARPS.

<sup>25</sup> V nadaljevanju bom uporabljala kratico ZIRPS, čeprav gre v resnici šele za predlog tega zakona. Dostopen je na spletni strani Ministrstva za gospodarski razvoj in tehnologijo, [www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/varstvo\\_potrosnikov\\_in\\_konkurence/ZIRPS/ZIRPS\\_VG\\_MU1.pdf](http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/varstvo_potrosnikov_in_konkurence/ZIRPS/ZIRPS_VG_MU1.pdf) (13. 6. 2015).

<sup>26</sup> Vir: [https://e-uprava.gov.si/e-uprava/zakonodajalskanje.euprava?zadeva\\_id=5689](https://e-uprava.gov.si/e-uprava/zakonodajalskanje.euprava?zadeva_id=5689) (15. 6. 2015).

<sup>27</sup> Zanje velja Direktiva 2011/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2011 o uveljavljanju pravic pacientov pri čezmejnem zdravstvenem varstvu, UL L 88/45 z dne 4. 4. 2011.

izobraževanje.<sup>28</sup> Podobno osnutek ZIRPS iz svojega dometa izvzema potrošniške spore s področja zdravstvenih in lekarniških storitev, zagotovljenih v okviru zdravstvene dejavnosti,<sup>29</sup> in storitve, ki se zagotavljajo v okviru negospodarskih javnih služb.<sup>30</sup> V Predlogu za obravnavo ZIRPS je posebej poudarjeno, da so spori, izvirajoči iz teh razmerij, iz njegovega dometa izvzeti zgolj, če storitve opravlja država neposredno ali tretji z njenim pooblastilom, med storitve splošnega pomena pa primeroma uvršča socialne in izobraževalne storitve. Tako je sem uvrščeno tudi višje izobraževanje (ki je v Direktivi ARPS izvzeto izrecno), če se izvaja s pooblastilom države.

Direktiva ARPS (3. člen) izrecno določa svoje razmerje do aktov, ki na ravni EU že urejajo področje izvensodnega reševanja sporov. Čeprav priznava, da »del veljavnih pravnih aktov Unije že vključuje določbe o alternativnem reševanju sporov«,<sup>31</sup> pa v primeru nasprotujočih si pravil določa svojo prevlado, izjema je le Direktiva 2008/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2008 o nekaterih vidikih mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah.<sup>32</sup> Ta ureja zgolj mediacijo kot enega izmed alternativnih postopkov reševanja sporov, zaradi česar je smiselno, da se njena pravila upoštevajo tudi, ko se z mediacijo rešuje spor potrošniške narave. Direktiva ARPS sicer določa splošna pravila za vse izvensodne postopke, vendar je ureditev mediacije popolnejša v aktu, ki ureja zgolj ta postopek. Direktiva 2008/52 je bila v slovenski pravni red prenesena z ZMCGZ, vendar pa predlog ZIRPS razmerja med tema dvema zakonoma ne ureja.<sup>33</sup> V praksi se bodo tako pri izvajanju mediacije glede potrošniških sporov zagotovo pojavila vprašanja glede nasprotujočih si določb obeh zakonov. Z izjemo Direktive o mediaciji, Direktiva ARPS prevlada nad (v posameznih direktivah oblikovanimi) ureditvami alternativnega reševanja potrošniških sporov s posameznih gospodarskih področij, ZIRPS pa od tega odstopa. Iz svojega dometa namreč izvzema (zgolj) reševanje potrošniških sporov na področju komunikacijskih omrežij in storitev, ki je v pristojnosti Agencije za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije. Zanje se bo kot doslej uporabljala posebna ureditev ZEKom-1 in

<sup>28</sup> Drugi odstavek 2. člena Direktive ARPS.

<sup>29</sup> Omenjena Direktiva 2011/24/EU je v slovenski pravni red implementirana z Zakonom o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju, Uradni list RS, št. 72/2006 s spremembami.

<sup>30</sup> Drugi odstavek 3. člena ZIRPS.

<sup>31</sup> Uvodna izjava 19 Direktive ARPS.

<sup>32</sup> UL L 136 z dne 24. 5. 2008.

<sup>33</sup> Prvi osnutek zakona je določbo o tem imel, vendar jo je predlagatelj pozneje črtal. Čeprav je ZMCGZ v primerjavi z ZIRPS res specialen glede vprašanj mediacije, pa je slednji specialen glede vprašanj izvensodnega reševanja potrošniških sporov. Če je predlagatelj zakona zaradi varovanja potrošniških interesov želel prevlado ZIRPS, bi bilo po mojem mnenju smiselno, da bi to izrecno določil.

ZPSto-2,<sup>34</sup> preostali že obstoječi izvajalci alternativnih postopkov za potrošniške spore pa se bodo morali podrediti pravilom ZIRPS.

V skladu z Direktivo ARPS bodo izvensodne postopke z namenom rešitve spora lahko začeli le potrošniki proti trgovcem, ne pa obratno,<sup>35</sup> prav tako pa trgovci teh postopkov ne bodo mogli uporabljati za reševanje medsebojnih sporov. Določbe Direktive ARPS ne bodo veljale za postopke, s katerimi bo potrošnik spor poskušal rešiti pri samem trgovcu (kar bo sicer obvezno pred začetkom izvensodnega postopka pred izvajalcem IRPS), niti za postopke mirnega reševanja sporov, ki bodo med trgovci in potrošniki potekali na sodiščih, ali za druga neposredna pogajanja glede konkretnega spora med potrošnikom in trgovcem.

ZIRPS se bo uporabljal le za potrošniška razmerja, izvirajoča iz pogodb o prodaji ali pogodb o storitvah,<sup>36</sup> in sicer tudi tista, ki so sklenjena po spletu. Tako bo zajemal spore, izvirajoče iz pogodbenih razmerij med trgovcem in potrošnikom, torej med prodajalcem blaga ali storitev in fizično osebo, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve za namene zunaj njegove poklicne ali pridobitne dejavnosti.<sup>37</sup> ZIRPS svoj domet izrecno razširja še na spore, ki izhajajo iz razmerij, v katerih potrošnik ni pogodbeni stranka, je pa upravičenec po zakonu (npr. oškodovanec pri zavarovanju odgovornosti – 964. in 965. člen Obligacijskega zakonika).<sup>38</sup> V uvodni izjavi 18 pa Direktiva ARPS potrošniške pogodbe opredeljuje še širše. Pod ta pojem namreč uvršča tudi pogodbe z dvojno naravo – delno za namen poklicne ali pridobitne dejavnosti stranke in delno za njen osebni namen – pri čemer mora slednja *prevladovati*. Ker v ZIRPS take določbe ni, ta teh sporov ne bo zajemal.

Določbe Direktive ARPS morajo v svoje nacionalne zakonodaje implementirati vse države članice, njena ureditev pa se bo uporabljala za obligacijska razmerja med trgovcem s sedežem v EU in potrošnikom s prebivališčem v EU. Nacionalni izvajalci bodo tako morali izvensodno poleg domačih reševati tudi čezmejne potrošniške spore, prebivalci EU pa te poenostavljene poti ne bodo mogli uporabljati proti trgovcem s sedežem zunaj EU.

<sup>34</sup> Člen 35 ZIRPS.

<sup>35</sup> Kar je sprva predvideval predlog Direktive ARPS. Uvodna izjava 16 Direktive ARPS pa dopušča, da države članice same uvedejo sistem izvensodnih postopkov, ki jih bodo za rešitev potrošniških sporov sprožili trgovci proti potrošnikom.

<sup>36</sup> Prvi odstavek 2. člena Direktive ARPS.

<sup>37</sup> Člen 4 ZIRPS, potrošnika pa enako opredeljuje tudi Zakon o varstvu potrošnikov.

<sup>38</sup> Člen 1 ZIRPS.



## 4. Glavna načela izvensodnih postopkov reševanja (potrošniških) sporov

Načela alternativnega reševanja sporov določata Priporočilo Komisije 98/257/ES z dne 30. marca 1998 o načelih, ki se uporabljajo za telesa, odgovorna za izvensodno reševanje potrošniških sporov<sup>39</sup> (npr. arbitražo) in Priporočilo 2001/310/ES z dne 4. aprila 2001 o načelih, ki veljajo za izvensodne organe, odgovorne za sporazumno reševanje potrošniških sporov<sup>40</sup> (npr. mediacijo). Čeprav je narava obeh nezavezujoča, gre za usmeritve, ki jih je pri urejanju področja smiselno upoštevati. Ista načela je vsebinsko, čeprav nekatera z drugačnim poimenovanjem, kot minimalne standarde določila tudi Direktiva ARPS.<sup>41</sup> S tem so dobila zavezujočo naravo, s čimer se jamči kakovost izvensodnih postopkov reševanja potrošniških sporov. Države članice morajo zagotoviti, da jih spoštujejo vsi izvajalci izvensodnih postopkov, standarde iz Direktive ARPS pa lahko države članice v nacionalni zakonodaji postavijo še višje.<sup>42</sup>

### 4.1. Prostovoljnost

Čeprav iz besedila Direktive ARPS in ZIRPS ni jasno razvidno, je eno najpomembnejših načel v alternativnih postopkih reševanja sporov načelo prostovoljnosti. Pri tem je pomembna razmejitev med postopki, v katerih je sodelovanje za stranke obvezno (ter posledično prepovedjo zavezujoče narave v njih izdane odločbe), in postopki, v katerih stranki sodelujeta prostovoljno, s čimer se odpovesta sodnemu varstvu (postopek pa se zato lahko konča z zavezujočo odločbo).<sup>43</sup>

Glede sodelovanja v izvensodnih postopkih Direktiva ARPS, upoštevajoč 47. člen Listine Evropske unije o temeljnih pravicah,<sup>44</sup> ne odstopa od načela prostovoljnosti obeh strank.<sup>45</sup> Za potrošnika glede tega ne more obstajati nobena izjema.

<sup>39</sup> UL L 115, 17. 4. 1998, str. 31. V izvorniku so načela, ki jih ureja, poimenovana *independence, transparency, effectiveness, adversarial, legality, liberty* in *representation*.

<sup>40</sup> UL L 109, 19. 4. 2001, str. 56. V izvorniku so načela, ki jih ureja, poimenovana *impartiality, transparency, effectiveness* in *fairness*.

<sup>41</sup> V izvorniku so načela, ki jih ureja, poimenovana *expertise, independence and impartiality, transparency, effectiveness, fairness, legality, liberty*. V prispevku vsa načela in jamstva obravnavam na enem mestu. Za podrobnejšo delitev glej Villamarín López v: Stürner, Gascón Inchausti in Caponi, str. 138–146, ki ločuje minimalne standarde, ki jih morajo spoštovati organi IRPS, minimalne standarde, ki jih morajo spoštovati osebe, ki vodijo postopke IRPS, minimalne standarde glede pravic strank postopka, minimalne standarde glede alternativnih postopkov in procesna jamstva.

<sup>42</sup> Uvodna izjava 38 Direktive ARPS.

<sup>43</sup> Glej tudi Galič in Wedam Lukić, priložila, str. III.

<sup>44</sup> UL C 83/389 z dne 30. 3. 2010.

<sup>45</sup> Uvodna izjava 45. Tako ureditev prevzema tudi ZIRPS (8. člen).

Vedno se mora prostovoljno odločiti za tak postopek, v izvensodni način reševanja sporov pa ne more privoliti še pred njihovim nastankom. Pri tem so sporne predvsem pogodbene klavzule, v katerih trgovci potrošnikom vsilijo izvensodno reševanje morebitnih prihodnjih sporov, vendar je za potrošniške spore jasno zavzeto stališče, da takšni dogovori niso zavezujoči.<sup>46</sup> Privolitev potrošnika je lahko šele naknadna, po nastanku spora, kar zagotavlja zavestno sprejetje takega načina reševanja sporov in tako zavestno odpoved pravici do sodnega varstva (23. člen Ustave RS in 6. člen EKČP).<sup>47</sup>

To pravico pa ima tudi trgovec, ki prav tako prostovoljno privoli v tak način reševanja sporov. K temu se lahko, drugače kot potrošnik, zaveže že pred nastankom spora (npr. v pogodbi o prodaji oziroma storitvi ali s članstvom v gospodarskem združenju, ki svoje člane zavezuje k tovrstnim postopkom). Od načela prostovoljnosti trgovcev pa je mogoče odstopiti. Nacionalna zakonodaja namreč lahko,<sup>48</sup> z namenom varovanja interesov potrošnika, predpiše obvezno sodelovanje trgovcev v takih postopkih.<sup>49</sup> Da je to v skladu s pravico do sodnega varstva (6. člen EKČP in 23. člen Ustave RS), je že potrdilo Sodišče EU, vendar se taki postopki omejujejo drugače. Ne smejo se končati z izdajo zavezujoče odločbe, razen če v to privoli v postopek prisiljeni trgovec, taka obveznost ne sme pomeniti bistvenega odlašanja sodnega postopka, povzroči lahko le majhne stroške, začetek takega postopka ne sme biti dostopen zgolj po elektronski poti, obstajati pa mora tudi možnost začasnih ukrepov.<sup>50</sup>

## 4.2. Neodvisnost in nepristranskost

Za zaupanje potrošnikov v izvensodne postopke ter zagotavljanje pravičnega in pravilnega izida postopka sta bistvenega pomena nepristranskost in neodvisnost organov in oseb, ki vodijo izvensodne postopke. Vendar pa so te zaradi vsestranske premoči trgovca v razmerju do potrošnika lahko hitro ogrožene. Obstaja namreč nevarnost njegovega posrednega ali neposrednega vpliva na izvajalca izvensodnega postopka, še posebej, če je mehanizem izvensodnega reševanja sporov organiziran v okviru gospodarskega združenja, katerega član je trgovec, ali če ta na drug način zagotavlja finančna sredstva za sodelujoče v postopkih IRPS.

<sup>46</sup> Člen 10 Direktive ARPS in drugi odstavek 8. člena ZIRPS.

<sup>47</sup> Za več glej Galič (2000), str. 556–557.

<sup>48</sup> Direktiva ARPS dopušča možnost, da to uvedejo posamezne države, sama pa tega ne določa (uvodna izjava 49 in točka a drugega odstavka 9. člena Direktive ARPS).

<sup>49</sup> Da to predpiše kateri od področnih zakonov, dovoljuje tudi ZIRPS (drugi odstavek 21. člena).

<sup>50</sup> Sodba v združenih zadevah Rosalba Alassini proti Telecom Italia SpA, C-317/08, Filomena Califano proti Wind SpA, C-318/08, Lucia Anna Giorgia Iacono proti Telecom Italia SpA, C-319/08, in Multiservice Srl proti Telecom Italia SpA, C-320/08, EU:C:2010:146.

Neodvisnost in nepristranskost pri izvensodnem reševanju potrošniških sporov sodelujočih oseb zato izrecno zahtevata tako Direktiva ARPS<sup>51</sup> kot ZIRPS,<sup>52</sup> kar se zagotavlja z aktivnostmi na več področjih:

- Mandat oseb, ki sodelujejo v postopku, mora biti dovolj dolg, da prepreči njihovo odvisnost od oseb, ki jih imenujejo. ZIRPS mandat določa na dolžino najmanj dveh let, predčasne razrešitve oseb pa so mogoče samo iz utemeljenih razlogov.
- Plačilo oseb, ki vodijo postopek, ne sme biti odvisno od rezultata postopka. Izvajalec IRPS, ki je ustanovljen pri trgovcu, je obravnavan kot izvajalec po tem zakonu le, če osebe, ki vodijo postopke, niso zaposlene pri trgovcu oziroma od njega ali drugega povezanega podjetja ne prejemajo nobenega plačila. Tako se zagotavlja ne le vsebinsko nepristransko in neodvisno odločanje, ampak tudi videz nepristranskosti in neodvisnosti.<sup>53</sup>

Če izvensodne postopke reševanja sporov vodijo osebe, ki so zaposlene ali prejemajo plačilo s strani združenja, katerega član je trgovec – stranka konkretnega spora –, mora imeti slednji za ta namen ločen in namenski proračun, s čimer se preprečuje finančni vpliv na vsebino odločitve. Te nevarnosti (in tako zahteve po ločenem proračunu) ni, če gre za večosebno sestavo organa, v katerem sta enakomerno zastopani obe strani. Če bodo poleg zastopnikov poklicnega združenja, za katere obstaja nevarnost, da bodo odločali v prid trgovcev, sodelovali še predstavniki potrošniških organizacij, sta namreč nadzor nad spoštovanjem interesov potrošnikov in objektivnost odločanja zagotovljena. Enakomerna zastopnost interesov obeh strank (potrošnikov na eni strani in poklicnih organizacij ali gospodarskega združenja na drugi) je sicer pomembna vedno, ko je izvajalec postopka večosebni senat. Kadar gre zgolj za individualno osebo, pa je bistveno, da gre za tretjo nevtralno osebo, neodvisno od interesov obeh strank.<sup>54</sup>

- Osebe, ki vodijo alternativne postopke, ne smejo biti vezane na navodila katerekoli stranke spora, ki je predmet postopka. To pravilo je še posebej pomembno pri izvajalcih IRPS, organiziranih pri gospodarskih združenjih in poklicnih organizacijah, katerih člani so trgovci, ki te organizacije tudi financirajo.

<sup>51</sup> Prvi odstavek 6. člena Direktive ARPS.

<sup>52</sup> Člen 5 ZIRPS. Njegovo vsebino pa konkretizira v 24. členu.

<sup>53</sup> Tako ESČP že večkrat, npr. Kleyn in drugi proti Nizozemski, odločba št. 39343/98, 39651/98, 43147/98 in 46664/99 z dne 6. 5. 2003. Za več sodne prakse ESČP glede tega vprašanja glej Galič (2004), str. 413–416, glede prakse Ustavnega sodišča RS pa str. 418–422.

<sup>54</sup> Galič (2000), str. 555.

- Za zaupanje strank v izvajalca IRPS je bistveno tudi, da v postopku sodelujoče osebe takoj in med celotnim postopkom razkrijejo okoliščine, ki bi lahko vplivale na njihovo neodvisnost in nepristranskost oziroma bi povzročile navzkrižje interesov. Gre predvsem za vsakršna neposredna ali posredna finančna, poslovna ali osebna razmerja s katero od strank. V primeru izločitve take osebe morajo biti pri posameznem izvajalcu IRPS zagotovljena pravila za njeno nadomestitev, če to ni mogoče, pa pravila za prenos postopka na drugega izvajalca IRPS. Če tak prenos ni mogoč, se sporne okoliščine razkrijejo strankama spora, ki lahko privolita v sodelovanje sporne osebe<sup>55</sup> oziroma se odločita za drugačen način reševanja spora.

### 4.3. Strokovnost

Bistveno vlogo pri trgovčevi prostovoljni odpovedi sodnemu varstvu ima zaupanje, da bo rešitev v alternativnih postopkih, četudi zanj neugodna, enaka, kot bi bila v sodnem postopku. Izvajalci tovrstnih postopkov si bodo zato morali pridobiti zaupanje trgovcev, pri čemer bo pomembno vlogo igrala strokovnost oseb, ki bodo pri odločanju sodelovale. Zahtevo po tem postavljata tako Direktiva ARPS<sup>56</sup> kot ZIRPS, ki je pogoj še zaostрил.

Direktiva ARPS zahteva, da imajo sodelujoče osebe potrebno znanje in spretnosti na področju reševanja potrošniških sporov ter splošno poznavanje prava. Tako ne zahteva pravne izobrazbe določene stopnje niti formalne izobrazbe druge smeri, poudarek je na veščinah, potrebnih za reševanje sporov. Dopušča pa, da posamezne države članice navedene pogoje določijo strožje. To je storil tudi predlagatelj ZIRPS. Osebe, ki bodo v Sloveniji sodelovale v alternativnih postopkih reševanja potrošniških sporov, bodo morale imeti večšine glede sodnega ali izvensodnega reševanja sporov, in sicer specifično glede reševanja potrošniških sporov.<sup>57</sup> Pogoj bodo tako izpolnjevali (nekdanji) sodniki in osebe z izkušnjami izvensodnega načina reševanja drugih sporov (bodisi sodišču pridružene medicije bodisi drugih zasebnih institucij, ki izvajajo te postopke), vendar zgolj tisti s pravno izobrazbo. Sodelujoče osebe bodo namreč morale imeti najmanj sedmo stopnjo pravne izobrazbe. V alternativnih postopkih reševanja drugih sporov se sicer ta ne zahteva,<sup>58</sup> so pa določene nekatere strokovne zahteve za mediatorje, ki jih ZIRPS ne predvideva. Zahtevo po formalni pravni izobrazbi predlagatelj

<sup>55</sup> Peti odstavek 24. člena ZIRPS.

<sup>56</sup> Točka a prvega odstavka 6. člena Direktive ARPS.

<sup>57</sup> Člen 23 ZIRPS.

<sup>58</sup> ZARSS v 8. členu glede izobrazbe mediatorjev zahteva vsaj izobrazbo, pridobljeno po visokošolskem strokovnem študijskem programu prve stopnje, pri čemer ni treba, da gre za študij prava. Kot je razvidno iz Centralne evidence mediatorjev, opravljajo mediacijo tudi strokovnjaki z drugih področij.

ZIRPS utemeljuje s tem, da bo šlo za kompleksna pravna vprašanja, zaradi česar je potrebna strokovna usposobljenost.<sup>59</sup> Zaradi specifičnih strokovnih vprašanj konkretnih sporov bo to v praksi najbrž pomenilo pogosto sodelovanje izvedencev, kar bo tak postopek podražilo.

Pogoj glede izobrazbe (ne pa tudi glede veččin vodenja postopkov reševanja sporov) je delno omiljen v primerih večosebne sestave organa, ki bo vodil postopek. Pravna izobrazba bo zahtevana zgolj za predsednika senata, medtem ko bo za njegove člane, ob predpostavki siceršnjega splošnega znanja prava, zadostovala izobrazba sedme stopnje katerekoli znanosti.<sup>60</sup> Taka ureditev je smiselna, saj bo omogočila sodelovanje ljudi z izobrazbo s področja narave spora, vendar pa večosebna sestava organov pomeni večje stroške teh postopkov. Ali je res smiselno in ekonomično, da v postopku glede spora v vrednosti nekaj deset evrov sodeluje pet oseb? Prav tako je vprašljivo, kako se bo v praksi razlagala zahteva po splošnem znanju prava in kako bodo izpolnjenost pogoja dokazovale osebe, ki nimajo formalne pravne izobrazbe. Za strokovnost bodo v takih primerih pri imenovanju svojih predstavnikov morali poskrbeti potrošniške organizacije in gospodarska združenja.<sup>61</sup> Glede na specifično naravo posameznih konkretnih sporov je po mojem mnenju bolj smiselno, da v izvensodnem postopku sodeluje oseba, ki ima znanje oziroma izobrazbo s tega področja, razen v postopkih, ki se končajo z zavezujočo odločbo, enakovredno sodbi. Ti primeri namreč nikoli ne bodo predmet odločanja s strani sodišča, zaradi česar je potrebno, da ekvivalentno odločbo izda pravnik.

Poleg formalne izobrazbe in izkušenj pri vodenju postopka pa bo pomembno, da bodo osebe odločale v skladu z načelom kakovosti. V ta namen bodo morali izvajalci postopkov sprejeti kodeks etičnih standardov za njihovo vodenje<sup>62</sup> in ga, poleg nekaterih drugih informacij, objaviti na svoji spletni strani.<sup>63</sup>

#### 4.4. Preglednost postopka

Za privolitev trgovcev in potrošnikov v alternativno reševanje sporov bodo morali organi IRPS pridobiti in obdržati zaupanje obeh strani. K temu bo bistveno prispevala tudi ozaveščenost strank o poteku in lastnostih tega načina reševanja sporov, kar bo omogočeno s transparentnostjo in dostopnostjo relevantnih informacij. Tako bo pristojno ministrstvo vodilo register izvajalcev IRPS,<sup>64</sup> ki

<sup>59</sup> Str. 47 Predloga za obravnavo ZIRPS.

<sup>60</sup> Tretji, četrti in peti odstavek 23. člena ZIRPS.

<sup>61</sup> Tako sedmi odstavek 24. člena ZIRPS.

<sup>62</sup> Člen 12 ZIRPS.

<sup>63</sup> Drugi odstavek 25. člena ZIRPS.

<sup>64</sup> Člen 31 ZIRPS.

bodo morali informacije o svojem obstoju, organiziranosti, financiranju, pristojnostih in značilnostih postopka zagotavljati čim širšemu krogu potrošnikov.<sup>65</sup> Dosegljivost relevantnih informacij se bo zagotavljala predvsem z njihovo objavo na spletni strani izvajalcev teh postopkov. Tak način objave informacij bo zaradi nizke cene in enostavne dostopnosti smiseln in učinkovit. Potrošniki bodo lahko v relativno kratkem času z nizkimi stroški od doma preverili lastnosti izvensodnih postopkov pri različnih izvajalcih teh postopkov, pri čemer bo pomagala tudi zahteva, da so informacije objavljene v jasnem in razumljivem jeziku. Širok spekter informacij, ki jim bo na spletu na voljo v fazi odločanja za izvensodni način reševanja, jim bo omogočil zadosten premislek o tem.

Pod grožnjo globe 500 evrov<sup>66</sup> bodo tako izvajalci IRPS morali na svoji spletni strani in v svojih poslovnih prostorih objaviti podatke o svoji organizaciji, osebah, ki sodelujejo v postopkih, povezavo na spletno stran Evropske komisije, kjer bo objavljen zbirni seznam vseh izvajalcev postopkov IRPS, in podatke o evropskih mrežah izvajalcev, v katerih sodeluje. Poleg teh splošnih informacij, katerih objavo lahko kdorkoli zahteva tudi na trajnem nosilcu podatkov, bo moral vsak izvajalec na enak način objaviti tudi podrobnosti glede postopkov, ki jih vodi: podatke o vrstah in minimalni vrednosti potrošniških sporov, glede katerih izvaja postopke, procesne predpostavke za njegov začetek, razloge za zavrnitev pobude, pravila, ki jih uporablja pri vodenju postopkov, jezik postopka, stroške postopka, izbiro oseb, ki sodelujejo v postopku, možnost umika strank iz postopka, povprečni čas trajanja postopka, pravni učinek izida postopka in možnost izvršitve izdane odločbe.<sup>67</sup>

Pri tem bo pomembno vlogo odigralo tudi objavljane informacij s strani *trgovcev*, zaradi česar se bo z možnostjo izvensodnega načina reševanja morebitnih sporov potrošnik lahko seznanil še pred vstopom v poslovno razmerje. Trgovci bodo namreč morali podatke o izvajalcu, ki ga priznavajo za vodenje postopkov IRPS, in njegove kontaktne podatke objaviti na svoji spletni strani. Po neuspešnem poskusu reševanja spora pri trgovcu pa bo moral slednji potrošnika o tej možnosti obvestiti še z zapisom na trajnem nosilcu.<sup>68</sup> Izpolnjevanje teh zakonskih obveznosti pri trgovcih bo nadzoroval Tržni inšpektorat RS.<sup>69</sup>

Direktiva ARPS in predlog ZIRPS tako zagotavljata dostop do informacij, ki bodo potrošnikom omogočale seznanitev z možnostmi za izvensodno reševanje sporov. Pri odločanju za tak postopek pa bi potrošnikom koristila tudi javna baza sprejetih odločitev posameznega izvajalca, na podlagi katere bi se lahko

<sup>65</sup> Člen 6 ZIRPS.

<sup>66</sup> Tretji odstavek 34. člena ZIRPS.

<sup>67</sup> Glej 7. člen Direktive ARPS in 25. člen ZIRPS.

<sup>68</sup> Prvi in drugi odstavek 28. člena ZIRPS.

<sup>69</sup> Člen 33 ZIRPS.

prepričali o njegovi nepristranskosti in morebiti celo ocenili svoje možnosti za uspeh. Prav tako bi taka transparentnost omogočila kontrolo nadzorstvenemu organu, ki bi lahko preverjal izvajalčevo nepristranskost in neodvisnost. Objava sprejetih odločitev (niti anonimiziranih) ni predvidena, bodo pa morali izvajalci IRPS vsako leto za preteklo leto na svoji spletni strani objaviti poročilo o svojem delu. V tem bodo poročali o številu vloženih pobud za začetek postopka in vrstah spora, za katere so bili ti postopki predlagani, o deležu pobud, ki jih je izvajalec IRPS zavrnil, in razlogih za to, o deležu ustavljenih postopkov in razlogih za to, o deležu primerov, v katerih je podjetje sprejelo odločitev izvajalca IRPS, o povprečnem trajanju postopkov izvensodnih postopkov, ki jih vodijo, in podatke o tem, v kateri evropski mreži sodeluje.<sup>70</sup>

#### 4.5. Dostopnost

Da bi potrošnike spodbudili k sodelovanju v teh postopkih, mora biti zagotovljena odprava pomanjkljivosti, ki jih stranke sicer občutijo v sodnem postopku. Ena izmed teh je tudi njihova cenovna (ne)dostopnost. Čeprav imajo potrošniki že zdaj možnost, da spor pod pogojem soglasja trgovca rešujejo v postopku splošne mediacije, so stroški te, čeprav nižji kot sodni, še vedno nesorazmerni z vrednostjo potrošniškega spora.<sup>71</sup> Alternativni postopki, predvideni izključno za potrošniške spore, morajo biti zato še cenejši.

Direktiva ARPS predlaga brezplačnost postopka ali zgolj simbolično plačilo,<sup>72</sup> ZIRPS pa odločitev o plačilu prepušča izvajalcem IRS, ki bodo lahko določili pristojbino največ 20 evrov.<sup>73</sup> Čeprav bo plačilo vsaj majhne pristojbine potrošnike odvrnilo od vlaganja očitno neutemeljenih zahtevkov<sup>74</sup> in je 20 evrov v primerjavi s siceršnjimi sodnimi stroški majhen znesek, pa je na drugi strani visok glede na to, da je vrednost velikega dela potrošniških sporov nižja. Se bo potrošniku splačalo plačati 20 evrov za izvensodni postopek reševanja spora v vrednosti npr. 20 evrov?

<sup>70</sup> Drugi odstavek 7. člena Direktive ARPS in 26. člen ZIRPS.

<sup>71</sup> V mediacijah, pridruženih sodnemu postopku, je tarifa 17 evrov za vsake začete pol ure mediacijskega srečanja oziroma 21 evrov v posebno zahtevnih primerih, poleg tega pa morajo stranke v primeru uspešnega zaključka mediatorju plačati še 70 evrov nagrade (glej tarifo v Pravilniku o nagradi in povračilu potnih stroškov mediatorjem, ki delujejo v programih sodišč, Uradni list RS, št. 22/2010). V alternativnih postopkih reševanja sporov, ki jih vodijo zasebne institucije, so tarife še višje.

<sup>72</sup> Člen 8 in uvodna izjava 41 Direktive ARPS.

<sup>73</sup> Tretji odstavek 11. člena ZIRPS.

<sup>74</sup> Višina pristojbine pa je še vedno prenizka, da bi od vlaganja pobud odvrnila tudi potrošnike, ki želijo trgovcu nagajati.



Poleg tega bo moral potrošnik, če bo želel zastopanje (kar sicer ne bo nujno), plačati še odvetnika, drugih stroškov pa, ne glede na izid postopka, ne bo nosil. Ker bodo ti lahko kreepko presegle vrednost spora (delovanje organa IRPS, plačilo oseb, ki bodo sodelovali pri odločanju, stroški izvedencev<sup>75</sup> idr.), se pojavlja vprašanje, kdo jih bo kril, in sicer tudi v primerih, ko bo potrošnik spor izgubil. Direktiva ARPS to prepušča v ureditev državam članicam, predlagatelj ZIRPS pa se tega za uspešnost in razširjenost tovrstnih postopkov izredno pomembnega vprašanja niti v Predlogu za obravnavo ZIRPS ne dotika.

Po mojem mnenju bi bili trgovci v največji meri pripravljeni sodelovati v izvensodnih postopkih reševanja potrošniških sporov, če bi stroške tovrstnih postopkov krila država. Glede na to, da Predlog za obravnavo ZIRPS tega med finančnimi posledicami zakona ne predvideva (gradivo jih ocenjuje na znesek pod 40.000 evrov), njegov predlagatelj očitno take rešitve ni predvidel. Možno je tudi zasebno financiranje izvajalcev IRPS (npr. s strani gospodarstva), k čemur države spodbuja tudi Direktiva ARPS, vendar je pri tem treba posebno pozornost nameniti neodvisnosti organa.

Glede na to, da ZIRPS vira financiranja ne predvideva, je mogoče sklepati, da bodo stroške postopka krili trgovci, kar bo lahko imelo negativen vpliv na neodvisnost in nepristranskost njihovih izvajalcev. Poleg tega se taki postopki za trgovce finančno ne bodo izplačali, saj bodo stroški lahko nekaj deset- ali celo stokrat presejali vrednost spornega predmeta, kar jih bo odvrčalo od sodelovanja v njih. Se bo pa postopek na drugi strani finančno izplačal potrošniku. Četudi bo končan v njegovo škodo, mu namreč ne bo treba nositi niti stroškov trgovca niti stroškov samega postopka. Taka ureditev želi doseči, da sprožitev izvensodnega postopka za potrošnika ne pomeni nobenega finančnega tveganja, kar bo spodbudno vplivalo na njihovo čim večjo uporabo. Vendar pa ZIRPS ne določa niti, da bo v primeru zmage potrošnika trgovec temu moral povrniti nastale stroške. Načelo uspeha v postopku, ki je v pravnem postopku temeljno načelo plačila stroškov, v izvensodnem postopku tako ne velja v nobeno smer. Iz predlagane ureditve izhaja, da sta plačilo odvetnika in pristojbine 20 evrov za potrošnika fiksni strošek ne glede na njegov uspeh v postopku. Predvsem stroški odvetnika bodo v praksi potrošnike odvrčali od sodelovanja v teh postopkih, saj so ti v primerjavi z vrednostjo spora nesorazmerno visoki. Vendar pa je namen tako Direktive ARPS kot ZIRPS, da bi potrošniki do izvensodnih postopkov lahko dostopali brez pravne pomoči.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> Glede na to, da je določena obvezna pravna izobrazba vodje postopka, bo verjetno sodelovanje izvedencev pogosto, razen v večosebni sestavi, kjer bodo člani lahko tudi strokovnjaki z drugih področij. Vendar pa bodo taki organi zaradi sodelovanja več oseb pomenili višje stroške.

<sup>76</sup> Člen 8 Direktive in 11. člen ZIRPS.



Glede vprašanja stroškov po mojem mnenju ni pomembno le, da so izvensodni postopki reševanja cenovno ugodni za potrošnika, ampak tudi, da gre v celoti za poceni postopke, saj bodo le tako ustrezna alternativa sodnim.

#### 4.6. Hitrost

Da je postopek učinkovit, mora biti tudi hitro končan. Postopke izvensodnega reševanja potrošniških sporov Direktiva ARPS in ZIRPS omejujeta na 90 dni od prejetja popolne vloge za začetek postopka.<sup>77</sup> Neuspešen izid postopka za stranke tako ne bo pomenil velike izgube časa pred začetkom sodnega postopka, kar jih bo spodbujalo k takemu načinu reševanja sporov. Rok se lahko podaljša le v zapletenih sporih, o čemer odloča izvajalec postopkov sam.<sup>78</sup> Niti Direktiva ARPS niti ZIRPS ne določata, kdaj se šteje, da je spor zapleten, in kolikšen je lahko podaljšan rok. Evropski zakonodajalec v uvodni izjavi 40 primeroma omenja, da se kot zapleten šteje primer, ko stranka ne more sodelovati v postopku. Čeprav sama pod tem pravnim standardom razumem predvsem primer z zahtevno vsebino, npr. s prepletom več vprašanj z različnih področij, obravnava česar bo vzela več časa, pa Direktiva ARPS tu primeroma omenja postopek, ki ga ne bo mogoče končati zaradi procesnih vprašanj. Ker je kratek rok določen v korist strank, je njegovo podaljšanje v primeru, da ga ne bo mogoče končati zaradi neaktivnosti strank(e), smiselno. Ker bo odločanje o tem, kateri spor ima zapleteno naravo, v diskreciji posameznih izvajalcev IRPS, bo v praksi mogoče najti zelo različne primere razlaganja tega standarda. Najverjetneje bo kot tak opredeljen vsak postopek, ki ga izvajalec ne bo končal v predpisanem roku.

Poleg tega bo v pristojnosti izvajalca samega tudi odločitev, za kolikšen čas bo postopek podaljšan. Zakonska določitev podaljšane roka bi bila zaradi razlik med posameznimi primeri najbrž nesmiselna, vendar bo neomejenost podaljšanja lahko povzročila predolge izvensodne postopke, kar jim bo odvzelo prednost pred sodnimi. Kljub ohlapnim določbam, ki bodo omogočale podaljševanje postopkov, bo za ugled izvajalcev izvensodnih postopkov in posledično število zadev, ki jih bodo dobili v reševanje, bolje, da zaradi »zapletenosti« ne bodo podaljševali vseh postopkov in da jih ne bodo podaljševali na nerazumno dolg čas.

#### 4.7. Zaupnost

Za stranke, ki bodo spore reševale zunaj sodišč, bo pomembno tudi načelo zaupnosti in varstva osebnih podatkov v morebitnih nadaljnjih sodnih postopkih

<sup>77</sup> Osnutek ZARPS je predvideval odločitev celo zgolj v 30 dneh.

<sup>78</sup> Člen 8 Direktive ARPS in drugi odstavek 17. člena ZIRPS.

ali pri arbitraži. Zato bodo vsi podatki v zvezi s postopkom zaupni,<sup>79</sup> izjeme pa bodo mogoče le, če se bosta drugače dogovorili stranki, če bo razkritje določenih podatkov zahteval zakon ali če bo to potrebno za (prostovoljno ali prisilno) izvršitev odločbe, s katero je bilo o potrošniškem sporu odločeno.<sup>80</sup>

#### 4.8. Pravičnost

Direktiva ARPS posebej poudarja načelo pravičnosti izvensodnih postopkov reševanja potrošniških sporov. ZIRPS tega med temeljnimi načeli ne določa izrecno, njegovo vsebino pa prevzema v druga pravila, ki morajo biti spoštovana v tovrstnih postopkih. Pod pojem pravičnosti Direktiva ARPS uvršča različna pravila in procesna jamstva.<sup>81</sup> Ne glede na izvajalca in vrsto ter lastnosti izvensodnega postopka se mora strankam zagotoviti pravica do izjave,<sup>82</sup> seznanitev z možnostjo sodelovanja odvetnika<sup>83</sup> in pisno obvestilo o izidu postopka in njegova obrazložitev.<sup>84</sup>

V postopkih, ki se končajo s predlogom rešitve – nezavezujočo odločbo –, pa bodo jamstva še širša. V teh postopkih morata biti stranki oziroma zgolj potrošnik, če država trgovcu nalaga obvezno sodelovanje v izvensodnem postopku, obveščeni o možnosti umika soglasja za sodelovanje v postopku, o možnosti uveljavljanja zahtevka v sodnem ali upravnem postopku, o možnosti sprejetja in zavrnitve rešitve, o pravnem učinku sprejete odločitve in o tem, da je izid v sodnem postopku lahko drugačen. Strankam je v takih postopkih treba zagotoviti razumen čas za razmislek o sprejetju rešitve.<sup>85</sup>

#### 4.9. Zakonitost

Za potrošnike je pomembno, da bo tudi v izvensodnem postopku upoštevana kogentna materialnopravna ureditev, ki se sicer varuje v sodnih postopkih.<sup>86</sup> V nasprotnem primeru za tovrstne alternativne postopke reševanja sporov najbrž ne bi bili zainteresirani. Direktiva ARPS pravilo določa za postopke, »katerih cilj je rešitev spora z naložitvijo rešitve«. <sup>87</sup> Čeprav je izraz nejasen, je iz uvodne izjave 43 mogoče razbrati, da gre za postopke z zavezujočim in nezavezujočim

<sup>79</sup> Točka f prvega odstavka 5. člena Direktive ARPS.

<sup>80</sup> Četrti in peti odstavek 11. člena ZIRPS.

<sup>81</sup> Člen 9 Direktive ARPS.

<sup>82</sup> Člen 9 ZIRPS. Tudi načelo kontradiktornosti.

<sup>83</sup> Drugi odstavek 11. člena ZIRPS.

<sup>84</sup> Prvi odstavek 18. člena ZIRPS.

<sup>85</sup> Člen 21 ZIRPS.

<sup>86</sup> Člen 7 ZIRPS in 11. člen Direktive ARPS.

<sup>87</sup> Člen 11 Direktive ARPS.

izidom. Nejasno določbo Direktive ARPS pa nejasno prevzema tudi ZIRPS. Določa namreč, da mora izvajalec izvensodnega postopka spoštovanje prisilnih predpisov zagotoviti *pri odločanju*, iz česar bi bilo mogoče sklepati, da gre za postopke zavezujoče narave (nezavezujoče odločbe bodo namreč vsebovale zgolj »priporočilo«, »mnenje«, »predloge rešitev«, ne pa »odločitve«). Vendar pa je v Predlogu za obravnavo ZIRPS pojasnjeno, da mora načelo zakonitosti izvajalec IRPS upoštevati tudi pri izdaji odločb nezavezujoče narave.<sup>88</sup> Vsi izvajalci izvensodnih postopkov ne glede na lastnosti postopka in naravo izdane odločbe morajo tako spoštovati kogentne določbe varstva potrošnikov, kar bo zaradi pisnosti in obrazloženosti odločb razmeroma preprosto nadzorovati.<sup>89</sup> Poleg tega morajo izvajalci IRPS pri vodenju postopka upoštevati tudi dejansko neenakost strank in aktivno postopati v smeri varovanja potrošnikov,<sup>90</sup> pri tem pa ostati nepristranski.<sup>91</sup>

Države članice bodo morale zagotoviti in nadzorovati, da bodo izvajalci izvensodnih postopkov spoštovali opisane minimalne standarde, saj bo le tako zagotovljeno, da bodo ti postopki hitrejši, preprostejši in tako učinkovitejši v primerjavi s sodnimi.<sup>92</sup>

## 5. Postopek alternativnega reševanja potrošniških sporov po predlogu ZIRPS

Direktiva ARPS državam članicam nalaga uvedbo izvensodnih postopkov reševanja potrošniških sporov in zagotovitev organov, ki jih bodo vodili, ter postavlja minimalne standarde, ki morajo biti v postopkih spoštovani. Pri tem ne določa enotnih procesnih pravil tovrstnih postopkov, obveznega reševanja sporov na ta način, narave postopkov, vloge organa in moči na koncu izdane odločbe. Določitev tega prepušča izvajalcem, države članice pa morajo zagotoviti, da bodo potrošnikom za vse spore (razen izrecno izvzetih področij) na razpolago izvensodni postopki.<sup>93</sup> Ob spoštovanju v nacionalno zakonodajo implementiranih pravil Direktive ARPS, ki bodo zagotavljala učinkovitost alternativnega reševanja sporov, bodo posamezni izvajalci določili procesna pravila posameznih postopkov (npr. način izbire članov organa, ustnost/pisnost postopka), ki se bodo lahko med

<sup>88</sup> Str. 16 Predloga za obravnavo ZIRPS.

<sup>89</sup> Galič (2000), str. 556.

<sup>90</sup> Lavrenčič, str. 1426.

<sup>91</sup> Galič (2000), str. 555.

<sup>92</sup> Člen 10 ZIRPS.

<sup>93</sup> Direktiva ARPS državam članicam dopušča, da kot izvajalce izvensodnih postopkov reševanja potrošniških sporov po tej Direktivi določijo izvajalce drugih držav članic, regionalne, nadnacionalne ali vseevropske organe za reševanje sporov (tretji odstavek 5. člena).

seboj precej razlikovali. Sem bodo spadali vsi postopki, ne glede na lastnost in učinek njihovega izida, od mediacije, v katerih tretja nevtralna oseba ali organ poskuša zblížati stališča strank, da bi sklenile sporazum, do arbitraže<sup>94</sup> oziroma postopkov, v katerih pride do izdaje zavezujoče izvršljive odločbe, pa prek različnih vmesnih postopkov, npr. izdaje nezavezujočih odločb, katerih vsebina je priporočilo ali predlog rešitve, ki jih stranki lahko sprejmeta ali ne. Šlo bo za svetovalne, posređovalne, predlagalne, razsojevalne ali kombinirane postopke, v katerih ena ali več tretjih nevtalnih oseb sodeluje pri reševanju domačega ali čezmejnega potrošniškega spora.<sup>95</sup> Čeprav Direktiva ARPS sama tega ne predvideva, pa dopušča, da posamezne države uvedejo alternativne postopke za kolektivno obravnavanje enakih ali podobnih primerov,<sup>96</sup> kar je po mojem mnenju za potrošniške spore primerna in dobrodošla rešitev.

Pravila posameznih postopkov se bodo tako med seboj razlikovala, razen tistega, kar za vse določa ZIRPS sam. Vsi trgovci bodo morali na spletnih straneh (če te nimajo, pa v splošnih pogojih pogodbe, sklenjene s potrošnikom) pod siceršnjo grožnjo kazni jasno in nedvoumno objaviti, katere organe priznavajo kot nosilce izvensodnih postopkov glede morebitnih sporov s potrošniki.<sup>97</sup> Tako bodo lahko ti ob nastanku spora, pa tudi že prej – ob vstopu v poslovno razmerje – hitro in zanesljivo ugotovili, ali trgovec pristaja na izvensodni način reševanja sporov in na katerega od izvajalcev teh se bodo morali obrniti. Pri tem je treba trgovce na vse mogoče načine spodbujati k sodelovanju v teh postopkih, da se čim več potrošnikom zagotovi možnost izvensodnega pravnega varstva. Trgovci, ki sporov ne bodo želeli reševati na tak način, bodo morali pod siceršnjo grožnjo kazni 500 evrov to objaviti na spletni strani,<sup>98</sup> s čimer bodo potrošniki vnaprej seznanjeni, da reševanje morebitnih sporov na tak način ne bo mogoče. Predvidoma bodo potrošniki zato odvrnjeni od vstopanja v poslovna razmerja z njimi, kar jih bo posredno sililo k privolitvi v izvensodno reševanje sporov in tako zmožnost konkuriranja s trgovci, ki bodo v tako reševanje sporov privolili. Še vedno pa se bodo o tem odločali prostovoljno. Vendar pa bo tudi trgovec, ki bo na spletni strani oglaševal možnost reševanja sporov v izvensodnem postopku, pozneje, po potrošnikovi vložitvi pobude, lahko odrekel soglasje za sodelovanje v

<sup>94</sup> Pravila teh bo treba prilagoditi specifični naravi potrošniških sporov. Klasične arbitraže niso primerne za njihovo reševanje. Glej Lavrenčič, str. 1427 in 1428, in Galič (2012, Kako ...), str. 1480 in 1481.

<sup>95</sup> Peta točka prvega odstavka 4. člena ZIRPS.

<sup>96</sup> Uvodna izjava 27 Direktive ARPS.

<sup>97</sup> Člen 13 Direktive ARPS, prvi odstavek 28. člena in prvi odstavek 34. člena ZIRPS. Direktiva ARPS v tretjem odstavku 3. člena določa, da morajo biti poleg tega potrošniki obveščeni tudi o postopkih izvensodnega reševanja iz drugih pravnih aktov Unije.

<sup>98</sup> Člen 34 in tretji odstavek 28. člena ZIRPS.

njem. Taka možnost bo lahko pripeljala do situacije, ko bi trgovec na svoji spletni strani zaradi zagotavljanja konkurenčnih prednosti oglaševal pripravljenost na izvensodno reševanje potrošniških sporov, pozneje pa v vseh začetih postopkih svoje sodelovanje umaknil. To bi sicer bilo v skladu z njegovo pravico do sodnega varstva, izigrani pa bi bili potrošniki, ki bi se ob nakupu zanašali na možnost enostavnega reševanja morebitnih prihodnjih težav.

Po nastanku spora se bo potrošnik odločal med sodnim in izvensodnim načinom njegovega reševanja (načelo prostovoljnosti). Pri tem bo bistvena dostopnost slednjega, da za njegov začetek ne bo potreboval pravne pomoči in da bo na razmeroma enostaven način prišel do jasnih in razumljivih informacij, ki jih bo potreboval. Pred začetkom izvensodnega postopka pa bo obvezen poskus reševanja spora pri trgovcu samem. Šele če na tak način spor ne bo rešen, bo moral trgovec potrošnika na trajnem nosilcu obvestiti, ali in katere izvajalce izvensodnih postopkov priznava. Tak pogoj bo omejil postopke pred organi IRPS le na spore, ki jih stranki nista sposobni rešiti sami.

## 5.1. Časovni in finančni vidiki postopka

Ob vložitvi pobude bo moral potrošnik plačati pristojbino v znesku, ki ga bo določil izvajalec, ki bo konkretni izvensodni postopek vodil, vendar največ 20 evrov. Izvensodni postopek se bo začel s potrditvijo prejema pobude (če je vložena prek spletne strani ali po elektronski pošti), z njenim prejemom (če je vložena po navadni pošti) ali dnevom njene oddaje na pošto (če je poslana priporočeno).<sup>99</sup> Od prejema popolne pobude bo tekel 90-dnevni rok za odločitev,<sup>100</sup> postopek pa bo izvajalec ob nujnem spoštovanju določb ZIRPS vodil v skladu s pravili, ki jih bo določil še pred vpisom v register izvajalcev.

## 5.2. Odklonitev obravnave

Pravila teka postopka bodo določili izvajalci IRPS sami, predlagani ZIRPS pa jim, kot to predvideva Direktiva ARPS,<sup>101</sup> omogoča, da v določenih primerih obravnavo odklonijo. Razloge za to lahko izvajalci iz kroga, določenega v ZIRPS, določijo sami, pri tem pa je treba paziti, da se potrošnikom bistveno ne poslabša možnost dostopati do izvensodnih postopkov. Odklonitev obravnave je tako mogoča v več primerih:

- Očitno je, da potrošnik z zahtevo ne bo uspel, ali pa je zadeva očitno nepriemerna za obravnavanje pri izvajalcu IRPS

<sup>99</sup> Člen 14 ZIRPS.

<sup>100</sup> Drugi odstavek 17. člena ZIRPS.

<sup>101</sup> Četrta točka 5. člena Direktive ARPS.

Pod ta pravna standarda lahko uvrstimo tudi odklonitev obravnave potrošniškega spora, če je ta neresen ali nadležen (angleški izvirnik uporablja izraza *frivolous* in *vexatious*) ali bi njegova obravnava resno ogrozila učinkovito delovanje organa IRPS, kot to določa Direktiva ARPS.<sup>102</sup>

- O sporu že teče sodni ali drug postopek IRPS ali je o tem že bilo odločeno Gre za negativni procesni predpostavki, podobni litispendenci<sup>103</sup> in *res iudicata*,<sup>104</sup> ki onemogočata tek pravnega postopka. Če je v sporu že bilo odločeno, je poznejši izvensodni postopek, ki bi se končal z zavezujočo odločbo, ki bi nadomeščala sodno odločbo, ali z mnenjem izvajalca IRPS nepotreben in zato nesmiseln. Prav tako, če sodni ali drug izvensodni postopek o istem sporu še teče.

Vendar pa ZPP omogoča možnost začetka alternativnega postopka reševanja spora med tekom pravnega postopka.<sup>105</sup> Če se med sodnim postopkom stranki dogovorita za poskus reševanja spora v alternativnem postopku, ga sodišče na njun predlog prekine, in sicer za največ tri mesece.<sup>106</sup> Po tej isti poti bi izvensodni postopek med že obstoječim pravnim lahko po mojem mnenju začela tudi potrošnik in trgovec.

- Gre za spor manjše vrednosti

Direktiva ARPS vrednosti praga ne določa, prepustitev tega nacionalnim ureditvam pa je glede na različne ekonomske standarde v državah članicah in razlike med posameznimi sektorji smiselno. ZIRPS mejo postavlja na največ 30 evrov, izvajalci postopkov pa jo lahko še znižajo. Meja 30 evrov je po mojem mnenju previsoka, saj je veliko potrošniških sporov vrednih manj. Glede na to, da potrošnik spora take vrednosti zagotovo ne bo reševal pred sodiščem, hkrati pa se za rešitev ne more obrniti na izvensodni postopek, bodo potrošniki s temi spori dejansko ostali brez pravnega varstva.<sup>107</sup>

<sup>102</sup> Točki b in f četrtega odstavka 5. člena Direktive ARPS.

<sup>103</sup> Tretji odstavek 189. člena ZPP

<sup>104</sup> Drugi odstavek 319. člena ZPP.

<sup>105</sup> Tretji odstavek 305.b člena ZPP.

<sup>106</sup> O tem v skladu s šesto točko prvega odstavka 205. člena ZPP tudi drugi odstavek 15. člena ZARSS: »Na predlog strank, ki soglašajo, da se opravi poskus alternativne rešitve spora, lahko sodišče kadarkoli prekine sodni postopek za čas, ki ne sme biti daljši od treh mesecev, in stranke napoti v postopek alternativnega reševanja spora.«

<sup>107</sup> Poleg tega je možnost, da bi posamezni izvajalci IRPS lahko postavili spodnjo mejo, nevarna. Če bo trgovec soglašal s sodelovanjem v izvensodnih postopkih izvajalca, ki bo minimalni prag postavil na 30 evrov, bo potrošnikom s sporom, vrednim npr. 25 evrov, onemogočeno reševanje v izvensodnem postopku, čeprav bo na trgu obstajalo več drugih izvajalcev, ki bodo minimalno vrednost postavili nižje. Možnost potrošnikov, da bi spor nižje vrednosti uveljavljali v izvensodnem postopku, bo tako prepuščena trgovčevi izbiri izvajalca in njegovim postopkovnim pravilom.

Poleg tega Direktiva ARPS predvideva, da lahko države omejijo dostop do izvensodnih postopkov tudi za potrošniške spore, ki presegajo določeno mejno vrednost. Tako pravilo je po eni strani smiselno, saj doseže, da se spori velike vrednosti, ki so zaradi tega za stranke pomembnejši, rešijo pred sodiščem. Po drugi strani pa strankam dostopa do izvensodnih postopkov ni smiselno omejevati. S tem se jim odvzame sposobnost izbire postopka, v katerem bodo reševale spor, hkrati pa država priznava, da tek in izid izvensodnih postopkov nista tako zanesljiva, da bi se v njih reševali tudi spori večjih vrednosti. ZIRPS omejevanja izvensodnih postopkov na maksimalno vrednost spora ne predvideva, kar je po mojem mnenju smiselno. Stranke potrošniškega spora se bodo tako lahko svobodno odločile, kateremu izvajalcu zaupajo in zato želijo, da reši njihov spor, četudi je ta velike vrednosti.

- Potrošnik predhodno spora ni poskušal rešiti neposredno pri trgovcu  
Tako predpostavko določa Direktiva ARPS,<sup>108</sup> po njej pa jo povzema tudi ZIRPS. Pogoj, da morata stranki sprva poskusiti rešiti spor sami, se mi zdi smiseln, saj imajo trgovci navadno predvidene načine popravljanja napak, ki se pojavijo v okviru njihove dejavnosti, in povsem realno je, da se posamezni potrošnik s tako ponujeno rešitvijo strinja.
- Potrošnik je pobudo vložil več kot eno leto po neuspešnem reševanju spora  
Direktiva ARPS je predvidela, da lahko države članice dostop do izvensodnih postopkov potrošnikom omejijo na določen čas po tem, ko so zadevo neuspešno poskusili rešiti pred trgovcem, pri čemer kot najkrajše obdobje določa eno leto. Predlagatelj ZIRPS se je držal te dobe in tako bodo potrošniki z vložitvijo pobude pri izvajalcu IRPS omejeni na obdobje enega leta po neuspešnem reševanju spora.

Direktiva ARPS državam prepušča, da določijo sklop okoliščin, ki se jim zdi smiseln za odrek obravnave potrošniških sporov v izvensodnem postopku. Izmed teh (v ZIRPS so določeni v tretjem odstavku 15. člena) lahko izvajalci postopkov sami izberejo tiste, ki bodo ovirali izvedbo postopka. Če izvajalec IRPS po prejemu pobude za postopek ugotovi, da v konkretnem primeru obstaja okoliščina, glede katere je predviden odklon obravnave, bo v treh tednih obema strankama posredoval pisno obrazložitev take odločitve,<sup>109</sup> osnutek zakona pa ne predvideva pravice strank do pravnega sredstva zoper tako odločitev.

Če v konkretnem primeru ni razlogov za odklon obravnave, izvajalec o prejemu pobude v osmih dneh obvesti trgovca, ki se mora v osmih dneh izjaviti

<sup>108</sup> Točka a četrtega odstavka 5. člena.

<sup>109</sup> Člen 15 ZIRPS.

o privolitvi v tak način reševanja sporov.<sup>110</sup> Tudi trgovec se tako prostovoljno odloči o privolitvi v tak način reševanja sporov, razen če poseben nacionalni zakon predvideva obveznost njegovega sodelovanja v takem postopku. Če trgovec izvensodni način reševanja spora zavrne ali v osemdnevnem roku na poziv ne odgovori, izvajalec postopka o tem obvesti potrošnika, ki se za pravno varstvo lahko obrne na sodišče. Če pa se trgovec s takim načinom reševanja spora strinja, organ v osmih dneh obe stranki obvesti o nadaljnjem vsebinskem in časovnem teku postopka. Vsi roki v izvensodnih postopkih so omejeni na osem dni, s čimer se poudarja načelo hitrosti in zasleduje končanje postopka v 90 dneh.

Pred začetkom postopka bo moral organ stranki poučiti, da imata pravico v katerikoli fazi postopka nastopati s pooblaščenecem<sup>111</sup> in kadarkoli umakniti soglasje za sodelovanje v postopku. Posebej pomembno pa je načelo kontradiktornosti, varovano v 22. členu Ustave RS in 6. členu EKČP. ZIRPS določa, da imata stranki pravico, da se v razumnem roku, ki ne sme biti krajši od osem dni, izjavita o dejstvih in dokazih, da podata pravna stališča ter da se izjavita o navedbah, dokazih, dokumentih in dejstvih, ki jih je predložila nasprotna stranka in lahko vplivajo na odločitev izvajalca izvensodnega postopka.<sup>112</sup>

### 5.3. Konec postopka

Eno bistvenih vprašanj izvensodnih postopkov je vloga njegovega izvajalca. Ta je odvisna od moči končne odločbe, ki je določena s pravili posameznega postopka. Izvajalec izvensodnega postopka lahko zgolj zbližuje stališča strank, z namenom njune sklenitve sporazuma o vsebini spora, lahko pa predlaga rešitve, daje priporočila ali izda zavezujočo odločitev. V vsakem primeru bo o potrošniškem sporu s pisno in praviloma obrazloženo odločbo<sup>113</sup> odločeno v 90 dneh.

#### 5.3.1. Nezavezujoč izid postopka

Če se bo izvensodni postopek končal z nezavezujočo odločbo, bo ta vsebovala priporočilo ali predloge za rešitev spora. Stranki imata med celotnim postopkom možnost, da se iz njega umakneta, razen če trgovcu nacionalna zakonodaja določa obveznost sodelovanja.<sup>114</sup> ZIRPS obveznega sodelovanja trgovca v nezavezujočih postopkih ne določa, dopušča pa, da to določijo posamezni področni zakoni.<sup>115</sup>

<sup>110</sup> Prvi odstavek 16. člena ZIRPS.

<sup>111</sup> Drugi odstavek 11. člena ZIRPS.

<sup>112</sup> Člen 9 ZIRPS.

<sup>113</sup> Prvi odstavek 18. člena ZIRPS.

<sup>114</sup> Točka a drugega odstavka 9. člena Direktive ARPS.

<sup>115</sup> Drugi odstavek 21. člena ZIRPS.



Pred sprejetjem rešitve nezavezujoče odločbe morata biti stranki obveščeni o pravici zavrnuti ali sprejeti predlagano rešitev, o pravnem učinku slednjega, da je rešitev lahko drugačna, kot bi bila odločitev sodišča in da zaradi postopka IRPS ni poseženo v njuno pravico do sodnega ali upravnega varstva. Za razmislek o sprejetju predlagane rešitve jima mora biti dan razumen rok,<sup>116</sup> dolžino katerega ne določata niti Direktiva ARPS niti ZIRPS. Oba akta pa sta pomanjkljiva tudi pri določitvi učinkov, ki jih ima nezavezujoča odločba, ki sta jo stranki v razumnem roku sprejeli. Postane taka odločba zavezujoča z učinki, ki jih ZIRPS določa v 19. členu (odločba, zavezujoča v procesnopravnem smislu), ali pa je zavezujoča zgolj v materialnopravnem smislu, dobi pogodbeno naravo in stranka lahko spoštovanje v njej določenih obveznosti iztoži?<sup>117</sup>

Hkrati pa Direktiva ARPS dopušča, da nacionalne zakonodaje določijo obvezno veljavo izida postopka za trgovca, če njegovo vsebino sprejme potrošnik.<sup>118</sup> Čeprav Direktiva tega ne izpostavlja, je v takem primeru zaradi spoštovanja trgovčeve pravice do sodnega varstva nujno, da se v teh primerih prostovoljno odloči za sodelovanje v izvensodnem postopku.

Če stranki nezavezujoče odločitve ne sprejmeta, se bo reševanje spora najverjetneje preselilo v sodni postopek. Hitra izvedba izvensodnega postopka je zato pomembna, saj za stranke ne bo pomenila zavlačevanja na poti reševanja spora. Ker pa bi kljub temu med njegovo izvedbo zastaralni in prekluzivni roki lahko pretekli, Direktiva ARPS države članice napotuje, da najdejo možnost, da stranke zaradi izvedbe izvensodnega postopka ne bosta izgubili možnosti sodnega postopka.<sup>119</sup> ZIRPS glede tega napotuje na uporabo rešitve istega problema pri neuspešni mediaciji.<sup>120</sup> Med trajanjem izvensodnega postopka glede reševanja potrošniškega spora zastaranje uveljavljane terjatve ne teče, v primeru neuspešnega izida pa teče od tedaj naprej, pri čemer se v zastaralni rok vštevata tudi čas, ki je pretekel pred začetkom postopka. Drugače prekluzivni rok med tekom izvensodnega postopka teče neprekinjeno, če bi pretekel prej, pa se njegov iztek prestavi na petnajsti dan po neuspešnem koncu postopka. Stranka (praviloma potrošnik) bo tako v vsakem primeru imela 15 dni časa za pripravo in vložitev tožbe. Neuspešen izvensodni postopek pa tako ne bo odvzel možnosti uveljavljanja pravic v sodnem postopku.

<sup>116</sup> Drugi odstavek 9. člena Direktive ARPS in 21. člen ZIRPS.

<sup>117</sup> Podrobneje glej Galič (2012, Kako ...), str. 1476.

<sup>118</sup> Tretji odstavek 9. člena Direktive ARPS. Več o tem Galič (2012, Kako ...), str. 1479–1480.

<sup>119</sup> Prvi odstavek 12. člena Direktive ARPS.

<sup>120</sup> Člen 17 ZMCGZ. Taka rešitev se bo torej za potrošniške spore uporabljala za vse izvensodne postopke z nezavezujočim izidom, ne le mediacijo.

### 5.3.2. Zavezujoč izid postopka

Če pravila posameznega izvensodnega postopka določajo, da se ta konča z zavezujočim izidom, morata biti stranki s tem predhodno seznanjeni in v to pisno privoliti.<sup>121</sup> Kot rečeno potrošnik v izvensodno reševanje spora ne more privoliti še pred njegovim nastankom, za trgovca pa je situacija drugačna.<sup>122</sup> Tudi njega zaradi ustavne pravice do sodnega varstva ni mogoče prisiliti v sodelovanje v takem postopku, lahko pa vanj privoli, ko ga izvajalec IRPS na podlagi potrošnikove pobude k temu pozove, ali že prej<sup>123</sup> (npr. s članstvom v gospodarskem združenju, ki zavezuje k sodelovanju v takih postopkih). Tako spoštovanje načela prostovoljnosti pa ni povsem razvidno iz Direktive ARPS. V drugem odstavku 10. člena namreč določa, da »izrecna privolitev (v zavezujočo naravo odločbe, op. N. P. V.) trgovca ni potrebna, kadar nacionalni predpisi določajo, da so rešitve za trgovce zavezujoče«. Direktiva ARPS tako omogoča, da države članice določijo zavezujočo naravo izida za trgovca, vendar pri tem žal ne določa, da mora trgovec v takem primeru imeti možnost prostovoljno privoliti v sodelovanje v izvensodnem reševanju spora.

ZIRPS ne predvideva možnosti, da je odločba za trgovca lahko avtomatsko zavezujoča ali da je zavezujoča, če vanjo privoli potrošnik. Glede na to bodo izvajalci IRPS lahko določili le postopke, ki se bodo končali z enakim rezultatom za obe stranki (nezavezujoča ali zavezujoča odločba).<sup>124</sup> Če bo odločba zavezujoča, bo ne glede na vsebino zavezovala obe stranki. Imela bo naravo arbitražne odločbe,<sup>125</sup> kar pomeni, da bo podlaga za izvršilni postopek. Možnost poznejšega sodnega varstva bo strankama odvzeta, morebitna pozneje vložena tožba glede istega spora pa bo zavržena. Zoper odločbo ne bo mogoče vložiti pravnega sredstva pred drugim izvajalcem IRPS. Sodno varstvo zoper zavezujočo odločbo bo

<sup>121</sup> Drugi odstavek 10. člena Direktive ARPS in 19. člen ZIRPS.

<sup>122</sup> Prvi odstavek 10. člena Direktive ARPS.

<sup>123</sup> Tretji in četrti odstavek 19. člena ZIRPS sicer govorita o sprejetju zavezujočega učinka odločbe, vendar je po mojem mnenju taka dikcija nerodna. Iz tega namreč izhaja, da bi izvajalci IRPS vodili izvensodni postopek (s čimer bi se morali strinjati stranki, obveznost sodelovanja pa bi lahko trgovcu naložila tudi nacionalna zakonodaja), ki bi se, če bi se stranki s tem strinjali, končal z zavezujočo odločbo, sicer pa zgolj s priporočilom ali predlagano rešitvijo. V postopku namreč ne morejo veljati enaka pravila, če bo na koncu izdana odločba nadomestila delo sodišča ali pa če bo ta imela zgolj vlogo mnenja. Pri prvih je npr. spoštovanje procesnih jamstev bistveno pomembnejše, zaradi česar je potrebna tudi večja normiranost. In nasprotno za postopke, ki se končajo z nezavezujočim mnenjem, priporočilom ali katerih vsebina je celo zgolj pomoč pri iskanju sporazuma strank. S tako razlago pa bi ZIRPS nasprotoval tudi sam sebi, saj v petem odstavku 31. člena določa, da register nacionalnih izvajalcev IRPS vsebuje med drugim tudi podatke o tem, ali je odločba posameznega izvajalca IRPS zavezujoče ali nezavezujoče narave.

<sup>124</sup> To potrjuje tudi tretji odstavek 17. člena ZIRPS.

<sup>125</sup> Drugi odstavek 19. člena ZIRPS.

zgolj tožba za njeno razveljavitev v skladu z Zakonom o arbitraži, ki jo je treba vložiti v treh mesecih od prejete odločbe, razlogi zanjo pa so bistveno skrčeni in omejeni predvsem na procesne kršitve. Rezultat sodnega postopka bo v skrajnem primeru le razveljavitev sodne odločbe, pri čemer bo sporazum za tak način reševanja sporov še vedno ostal v veljavi.<sup>126</sup>

#### 5.4. Izvajalci izvensodnih postopkov reševanja potrošniških sporov

Opisane postopke izvensodnih postopkov bodo za domače in čezmejne potrošniške spore v vsaki državi članici izvajali zasebno- ali javnopravno ustanovljeni organi, ki že obstajajo (pa izpolnjujejo pogoje iz Direktive ARPS oziroma bodo prilagojeni tako, da jih bodo izpolnjevali)<sup>127</sup> ali bodo ustanovljeni prav v ta namen – za posamezni trgovinski sektor ali za reševanje potrošniških sporov na splošno na celotnem teritoriju posamezne države. Bistveno je, da bodo ustanovljeni trajno, ne zgolj zaradi enkratnega odločanja v konkretnem sporu.<sup>128</sup> ZIRPS načina ustanovitve izvajalcev IRPS, sestave organov odločanja in njihovega financiranja ne določa.<sup>129</sup> Ti bodo lahko glede na način ustanovitve državni ali zasebni, financirani iz proračuna ali zasebnih sredstev,<sup>130</sup> enoosebni ali večosebni (v tem primeru morajo biti sestavljeni iz enakega števila zastopnikov obeh strank<sup>131</sup>), države pa bodo za spore s specifičnega sektorja oziroma s področja, ki ga ne bo pokrival noben nacionalni izvajalec, lahko določile tudi pristojnost izvajalcev iz drugih držav članic.<sup>132</sup>

Da se bodo organi lahko šteli kot izvajalci v skladu z Direktivo ARPS<sup>133</sup> oziroma predlaganim ZIRPS, bodo morali izkazati izpolnjevanje zahtevanih pogojev in se vpisati v register, ki ga bo vodilo ministrstvo, pristojno za potro-

<sup>126</sup> Člen 40 ZArbit.

<sup>127</sup> Uvodna izjava 24 Direktive ARPS.

<sup>128</sup> Organ, ki bo ustanovljen za izvensodno reševanje zgolj enega potrošniškega spora, se ne bo štel kot izvajalec po Direktivi ARPS.

<sup>129</sup> Drugačna je bila vsebina ZARPS, ki je predvideval ustanovitev Rzsodišča za potrošniške spore. Tak organ je predvideval tudi še osnutek Nacionalnega programa za varstvo potrošnikov 2012–2017 iz leta 2011 (glej točko 72 poglavja 6.7), leto pozneje sprejeta Resolucija o nacionalnem programu za varstvo potrošnikov 2012–2017 pa ne več. Predlagatelj zakona je očitno po sprejetju Direktive ARPS vsebino predvidenega zakona prilagodil vsebini te.

<sup>130</sup> V uvodni izjavi 46 Direktive ARPS evropski zakonodajalec napotuje države, da naj izvajalce spodbujajo k zasebnemu financiranju, in opozarja, da naj zaradi morebitnih po tej Direktivi ustanovljenih izvajalcev izvensodnih postopkov z viri ne omeji že obstoječih.

<sup>131</sup> Peti odstavek 6. člena Direktive ARPS.

<sup>132</sup> Uvodna izjava 26 Direktive ARPS.

<sup>133</sup> Direktiva ARPS v druge nacionalne načine (npr. prek drugih organov) izvensodnih postopkov reševanja sporov ne posega.

šnike<sup>134</sup> (trenutno je to Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo). Če bodo izpolnjene nekatere zahteve, katerih namen je zagotavljanje neodvisnosti in nepristranskosti, se bo med te izvajalce lahko uvrstil tudi organ, v katerem sodelujejo osebe, ki so zaposlene pri trgovcu ali od njega dobivajo določeno plačilo.<sup>135</sup>

Evropska komisija bo vodila in posodabljala seznam vseh nacionalnih izvajalcev IRPS,<sup>136</sup> ki bo dostopen na njeni spletni strani. Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo pa bo pristojno tudi za nadzor nad izvajalčevim izpolnjevanjem zakonskih obveznosti, npr. primerno objavo informacij,<sup>137</sup> in bo tako tudi prekrškovni organ. Izvensodni postopki reševanja potrošniških sporov bodo namreč zaživel v praksi, če bodo dobili zaupanje strank spora, za kar pa bo potrebno ravnanje izvajalcev v skladu z zakonom. Da bi jih v to prisilili, Direktiva ARPS predvideva, da države članice za kršitve nacionalnih pravil določijo učinkovite, sorazmerne in odvračilne kazni. ZIRPS tako predvideva 500 evrov globe za izvajalca IRPS in 100 evrov za njegovo odgovorno osebo, če izvajalec IRPS ne vzdržuje svoje spletne strani, na njej ne objavi relevantnih informacij in letnega poročila o delovanju, če ministrstvu ne predloži dvoletnega poročila o delovanju ali ga ne obvesti o relevantnih spremembah.<sup>138</sup> Neizpolnjevanje zahtevanih pogojev bo lahko povzročilo tudi izbris iz registra,<sup>139</sup> postopek za to pa je v osnutku ZIRPS urejen zelo pomanjkljivo.

Poleg objave letnega poročila na spletni strani<sup>140</sup> bodo morali izvajalci IRPS vsaki dve leti o svojem delovanju poročati pristojnemu ministrstvu,<sup>141</sup> ki bo vsaka štiri leta o stanju na nacionalni ravni poročalo Evropski komisiji.<sup>142</sup> Za učinkovitost postopkov v praksi bo pomembno, da bodo izvajalci izvensodnih postopkov ministrstvu poročali tudi o najpogostejših težavah, ki so vir sporov med potrošniki in trgovci, in zanje predlagali morebitne rešitve. S tem bodo državam omogočili sistemsko reševanje sporov v teh razmerjih in tako dvignili raven varstva potrošnikov.

Glede na začetno praznino na tem področju se bo v Sloveniji verjetno sprva oblikovalo več možnosti alternativnega reševanja sporov, med katerimi bodo

<sup>134</sup> Člen 31 ZIRPS.

<sup>135</sup> Tretji odstavek 6. člena Direktive ARPS.

<sup>136</sup> Točka 6 prvega odstavka 4. člena in 29. člen ZIRPS.

<sup>137</sup> Člen 33 ZIRPS.

<sup>138</sup> Tretji in četrti odstavek 34. člena ZIRPS.

<sup>139</sup> Sedmi in osmi odstavek 31. člena ZIRPS.

<sup>140</sup> Drugi odstavek 7. člena Direktive ARPS in 26. člen ZIRPS.

<sup>141</sup> Člen 27 ZIRPS.

<sup>142</sup> Člen 32 ZIRPS.

izbirali trgovci (ti bodo namreč najprej imeli možnost povedati, v katere izvensodne postopke katerih izvajalcev IRPS bodo privolili, potrošniki pa se bodo po nastanku spora lahko odločali med njimi), na dolgi rok pa se bodo verjetno ohranili tisti, ki bodo delali kakovostno. Glede na majhnost Slovenije in posledično relativno manjše število potrošnikov in potrošniških sporov bi bil verjetno povsem dovolj le en izvajalec postopkov izvensodnega reševanja sporov, kar bi za potrošnike pomenilo najbolj jasno predstavo o tem, kje poiskati pomoč v primeru pritožbe nad potrošnikom.

Bistvena za uspeh alternativnih postopkov je privolitev trgovcev v tak način reševanja sporov, saj bo sicer posebno pravno varstvo potrošnikov ostalo brez pomena. Za soglasje trgovcev glede takih postopkov bo potrebno zaupanje vanje, kar si bodo pridobili s kakovostnim delom. Zato bo pomembno, da bodo upoštevali procesne zahteve in sprejemali vsebinsko pravilne odločbe. S tem namenom bodo izvajalci IRPS morali zagotavljati izobraževanje v postopkih sodelujočih oseb, sodelovati med seboj in z inšpekcijskimi organi ter si pomagati z izmenjavo informacij.<sup>143</sup> H kakovostnemu delovanju organov pa bo prispevalo tudi njihovo članstvo v mrežah, ki bodo povezovale nacionalne izvajalce izvensodnih postopkov, pri čemer v EU že obstajata Mreža za reševanje finančnih sporov (FIN-NET)<sup>144</sup> in Mreža evropskih potrošniških centrov (ECC-NET).<sup>145</sup>

## 6. Čezmejni spor

Čezmejni spor je opredeljen kot spor na podlagi pogodbenega razmerja, ki izhaja iz pogodbe o prodaji ali pogodbe o storitvah, če potrošnik ob naročilu blaga ali storitev prebiva v eni državi članici, trgovec pa ima sedež v drugi.<sup>146</sup> Relevanten čas za opredelitev čezmejnosti spora je tako nastanek pravnega razmerja. Če se bosta stranki ob nastanku spora nahajali v isti državi, bo spor še vedno opredeljen kot čezmejni, vendar pa bo glede načina njegovega reševanja verjetno nastalo bistveno manj vprašanj.

Direktiva ARPS posebej določa, da morajo države članice zagotoviti enako kakovostno izvensodno pravno varstvo tudi za čezmejne potrošniške spore in

<sup>143</sup> Člen 30 ZIRPS.

<sup>144</sup> Med drugim je njena naloga tudi pomoč potrošniku v sporu s tujo finančno institucijo pri iskanju pristojnega izvajalca izvensodnih postopkov.

<sup>145</sup> Leta 2005 je bila ustanovljena za obveščanje potrošnikov o njihovih pravicah, izvirajočih iz nacionalnih in evropskih aktov, brezplačno pomoč v primeru težav pri uveljavljanju pravic in po potrebi usmerjanje na pristojni nacionalni organ. Mrežo sestavljajo nacionalni organi vseh držav članic, v Sloveniji je to Evropski potrošniški center.

<sup>146</sup> Točka f prvega odstavka 1. člena Direktive ARPS.

spodbujati izvajalce IRPS k obravnavi teh sporov.<sup>147</sup> Le tako bo doseženo zaupanje potrošnikov v možnost reševanja sporov s tujimi trgovci, s čimer bo povečana čezmejna potrošnja, kar bo pozitivno vplivalo na notranji trg EU. Namen Direktive ARPS je popolna pokritost vseh potrošniških sporov z izvajalci IRPS in izvensodnimi postopki, ki jih izvajajo. Države članice pa so dolžne zagotoviti postopke samo za spore, v katere je vpleten trgovec, ki ima sedež na njihovem ozemlju.<sup>148</sup> Tako bosta potrošnikom v državi trgovca zagotovljena obstoj izvajalcev IRPS, ki bodo pokrivali tovrstne potrošniške spore, in obravnava v izvensodnem postopku, čeprav bo to pomenilo postopek v drugi državi članici v tujem postopku (Direktiva ARPS ne predvideva obveznosti vodenja postopka v jeziku potrošnika ali kaj podobnega). Štelo pa se bo, da je država članica izpolnila svojo obveznost, če bo v konkretnem primeru izvajalec IRPS, sicer pristojen za tovrstne potrošniške spore, na podlagi četrtega odstavka 5. člena Direktive ARPS oziroma tretjega odstavka 15. člena ZIRPS odklonil odločanje.<sup>149</sup> Vendar je potrošnikom s čezmejnimi spori treba nameniti še posebno pozornost, saj ti težje ugotovijo, kateri izvajalec izvensodnih postopkov je pristojen, v katerem jeziku bo tekel postopek, kogentne materialne določbe katere nacionalne ureditve ga ščitijo ipd. Direktiva ARPS nalaga državam članicam, da tem potrošnikom zagotovijo pomoč,<sup>150</sup> ti pa se lahko obrnejo tudi na mrežo ECC.

Direktiva ARPS vprašanja pristojnosti glede čezmejnih potrošniških sporov ne rešuje. Določitev sistema pristojnosti (kot je npr. glede sodne pristojnosti za čezmejne spore v Bruseljski uredbi I bis) ne bi bila smiselna,<sup>151</sup> situacija pa je še bolj zapletena, ker bo vsak izvajalec sam določil, glede katerih potrošniških sporov bo vodil izvensodne postopke. Države članice imajo zgolj obveznost zagotoviti izvajalce postopkov za spore proti domačim trgovcem. Potrošnik bo tako lahko izbral izvajalca v državi članici trgovca, pristojnost katerega bo priznaval trgovec (v praksi bo to verjetno pravilo), ali v lastni državi, če bo obstajal tak, ki bo vodil postopke tudi glede čezmejnih sporov.<sup>152</sup> Potrošnik pa bo vedno odvisen od trgovčevega soglasja za sodelovanje v takem postopku.

Direktiva ARPS pa je natančnejša pri določitvi, kogentne določbe katere nacionalne ureditve morajo biti pri reševanju čezmejnih sporov spoštovane. Če se pri

<sup>147</sup> Uvodne izjave 7, 38 in 52 Direktive ARPS, točka e drugega odstavka 5. člena in 16. člen Direktive ARPS.

<sup>148</sup> Prvi odstavek 5. člena Direktive ARPS.

<sup>149</sup> Gascón Inchausti v: Stürner, Gascón Inchausti in Caponi, str. 48.

<sup>150</sup> Podrobneje glej Gascón Inchausti v: Stürner, Gascón Inchausti in Caponi, str. 47.

<sup>151</sup> Podrobneje o tem Gascón Inchausti v: Stürner, Gascón Inchausti in Caponi, str. 40, 41. Nasprotnega mnenja, sklicujoč se na boljšo pravno varnost, pa je Kotzur v: Stürner, Gascón Inchausti in Caponi, str. 63, 64.

<sup>152</sup> Stürner v: Stürner, Gascón Inchausti in Caponi, str. 20, 21.

reševanju čezmejnega potrošniškega spora pravo, ki se uporablja, določi v skladu z Rimsko konvencijo<sup>153</sup> ali Uredbo Rim I,<sup>154</sup> mora izvajalec postopka spoštovati kogentno varstvo potrošnika, zagotovljeno v zakonodaji države članice, v kateri ima običajno prebivališče. ZIRPS v takih primerih določa uporabo kogentnih določb varstva potrošnikov, ki ga določa materialno pravo države članice, kjer je imel potrošnik prebivališče v času sklenitve pogodbe.<sup>155</sup>

Izvajalci IRPS sami določijo jezik, v katerem bodo vodili postopke.<sup>156</sup> To bo verjetno jezik države, v kateri bodo delovali, kar bo za tujega potrošnika nujno pomenilo potrebo po pomoči odvetnika, kar bo pod vprašaj postavilo učinkovitost izvensodnih postopkov reševanja čezmejnih sporov.

Čeprav bo del tveganj, ki jih za stranke čezmejnih potrošniških sporov pomenijo sodni postopki v tujini, uvedba izvensodnih postopkov zagotovo odpravila (npr. strošek sodnih taks, stroške, povezani z dolžino postopkov), pa po mojem mnenju dostop do njih za potrošnike še vedno ne bo preprost in privlačen. Čeprav Direktiva ARPS zaradi zagotovitve učinkovitosti izvensodnih postopkov poudarja, da mora biti tak postopek »na voljo in lahko dostopen tako na spletu kot drugače obema strankama, ne glede na to, kje sta«,<sup>157</sup> bo po mojem mnenju reševanje čezmejnih potrošniških sporov še vedno imelo precej slabosti (postopek v tujem jeziku, stroški odvetnika, pomoč katerega bo v tujini verjetno neizogibna, morebitni stroški potovanja v tujino na obravnavo ipd.), zaradi katerih ne bo enako učinkovito kot izvensodno reševanje domačih potrošniških sporov.

Velik del čezmejnih sporov bo izviral iz poslovnih razmerij, nastalih na spletu. Ta močno prispeva k čezmejni trgovini v EU in k njegovemu gospodarstvu. Za povečanje njene uporabe in zlasti za izgubo strahu potrošnikov pred čezmejnimi spletnimi nakupi je treba olajšati dostop do različnih postopkov reševanja sporov, nastalih na njihovi podlagi. Zanje se lahko uporablja opisana ureditev Direktive ARPS,<sup>158</sup> še učinkovitejše pravno varstvo pa predvideva sprejeta Uredba (EU) št. 524/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2013 o spletnem reševanju potrošniških sporov ter spremembi Uredbe (ES) št. 2006/2004 in Direktive 2009/22/ES,<sup>159</sup> ki predvideva platformo za spletno reševanje potrošniških sporov.

<sup>153</sup> Rimski konvencija z dne 19. junija 1980 o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih.

<sup>154</sup> Uredba (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja.

<sup>155</sup> Člen 7 ZIRPS.

<sup>156</sup> Točka h prvega odstavka 7. člena in točka f prvega odstavka 19. člena Direktive ARPS, drugi odstavek 25. člena ZIRPS.

<sup>157</sup> Točka a 8. člena Direktive ARPS.

<sup>158</sup> Na to posebej opozarja točka e drugega odstavka 5. člena Direktive ARPS.

<sup>159</sup> Uredba o spletnem reševanju potrošniških sporov, UL L 165/1 z dne 18. 6. 2013. Uporabljati se bo začela 9. januarja 2016.



Tako bosta popolno in učinkovitejše pravno varstvo potrošnikom predvidoma omogočila šele oba instrumenta skupaj.<sup>160</sup>

## 7. Sklep

Potrošnik, ki bo želel s trgovcem razrešiti spor, bo imel za to več možnosti. Ena izmed njih bo izvensodni postopek njegovega reševanja pred organom, ki bo izpolnjeval pogoje Direktive ARPS. Države članice bodo zagotovile, da bodo ti organi obstajali na celotnem geografskem področju in za potrošniške spore z vseh področij. Vendar pa obstoj ustreznih organov in postopkov ter potrošnikova odločitev zanj še ne bosta zagotovilo, da bo do postopka res prišlo. S takim načinom reševanja spora se bo moral strinjati še trgovec (razen če bodo države članice določile obvezno sodelovanje), in če se ne bo, bo potrošniku ostala le sodna pot. ZIRPS predvideva spoštovanje glavnih načel, ki jih določa Direktiva ARPS, način uresničitve postopkov pa bolj ali manj prepušča v določitev njihovih izvajalcev. Na nekaterih delih (kot je opozorjeno v prispevku) je Direktiva ARPS nejasna, zaradi česar bo bralec brez predznanja s področja alternativnega reševanja sporov lahko zaveden. V teh delih ima pri implementaciji predlagatelj zakona idealno priložnost za dopolnitev ureditve, vendar tega na žalost (za zdaj, ko predlog še ni sprejet) ni poskušal storiti. Sprejetje Direktive ARPS, njena implementacija v nacionalne ureditve in uvedba izvensodnega načina reševanja tovrstnih sporov so sicer dobrodošel korak v pravo smer, vendar bo koristnost te direktive odvisna predvsem od tega, ali se bo v praksi uporabljala. Za spodbuditev tega bi bila potrebna dobra zakonska osnova, vendar se bojim, da sedanji predlog ZIRPS tega nima. Ne predvideva ustanovitve izvajalcev IRPS, trgovcev z ničimer ne spodbuja k sodelovanju v tovrstnih postopkih in ne predvideva promoviranja alternativnega načina reševanja sporov med potrošniki. Tako obstaja velika možnost, da se po začetku uporabe ZIRPS, s katerim bo Slovenija sicer zadostila evropskim potrebam, stanje v praksi ne bo spremenilo in bo raven zaščite potrošnikov še vedno ostala na (porazni) sedanji ravni. Čeprav se strinjam, da je treba zagotoviti tako procesno možnost uveljavljanja potrošniških sporov, da bo ta zagotovo spodbudila zaupanje potrošnikov v učinkovito možnost reševanja sporov in da bo to imelo pozitiven vpliv na potrošnjo, dvomim, da bo ta tak, kot je predvideno v dokumentih za pripravo ZIRPS.

<sup>160</sup> Ocena učinkov, SEC(2011) 1408 konč.



## Literatura in viri

- Akt za enotni trg, KOM/2011/0206 konč., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/ALL/?uri=CELEX:52011DC0206> (17. 6. 2015).
- BETETTO, Nina, Reševanje sporov: ADR – quo vadis?. *Pravna praksa*, 2000, letn. 19, št. 1, str. 6–7.
- Centralna evidenca mediatorjev, <https://spvt.mp.gov.si/centralna-evidenca-mediatorjev-ki-delujejo-v-programih-sodisc.html> (12. 6. 2015).
- Eurobarometer FLASH EB 358, [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl\\_358\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_358_en.pdf) (16. 6. 2015).
- FELC, Janja, ČEŠNJEVAR, Urška, Alternativno reševanje potrošniških sporov v Sloveniji. *Pravna praksa*, 2007, letn. 26, št. 23, priloga, str. VII–VIII.
- GALIČ, Aleš, Procesni vidiki prava varstva potrošnikov, *Podjetje in delo*, 2000, letn. 26, št. 3-4, str. 550–562.
- GALIČ, Aleš, WEDAM LUKIČ, Dragica, Perspektive alternativnega reševanja civilnih sporov v Sloveniji. *Pravna praksa*, 2000, letn. 19, št. 29-30, priloga, str. I–VIII.
- GALIČ, Aleš, *Ustavno civilno procesno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- GALIČ, Aleš, Zunajsodno reševanje potrošniških sporov v Sloveniji – med pomanjkljivim, sistemsko zgrešenim in protiustavnim. *Pravna praksa*, 2012, letn. 31, št. 31-32, str. 6–8.
- GALIČ, Aleš, Kako vzpostaviti mehanizem zunajsodnega reševanja potrošniških sporov. *Podjetje in delo*, 2012, letn. 38, št. 6-7, str. 1473–1482.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, Specific Problems of Cross-Border Consumer ADR: What solutions?. V: Stürner, M., Gascón Inchausti, F., in Caponi, R. (ur.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice, New trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*. Munich: Sellier European Law Publishers, 2015, str. 31–57.
- HODGES, Christopher, BENÖHR, Iris, CREUTZFELDT-BANDA, Naomi, *Consumer ADR in Europe*. Oxford, Portland (Oregon): Hart Publishing, 2012.
- KOTZUR, Jonas, A Conflict-of-Laws Approach for Cross-Border ADR?. V: Stürner, M., Gascón Inchausti, F., in Caponi, R. (ur.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice, New trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*. Munich: Sellier European Law Publishers, 2015, str. 59–65.
- LAVRENČIČ, Jernej, Izvensodno reševanje potrošniških sporov. *Podjetje in delo*, 2000, letn. 26, št. 6-7, str. 1417–1428.
- Ocena učinkov, SEC(2011) 1408 konč., [http://ec.europa.eu/consumers/archive/redirect\\_cons/docs/impact\\_assessment\\_adr\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/redirect_cons/docs/impact_assessment_adr_en.pdf) (16. 6. 2015).
- Osutek Nacionalnega programa varstva potrošnikov 2012–2017, [http://www.mg.gov.si/fileadmin/mg.gov.si/pageuploads/DNT/aktualno/NPVP-\\_2.11.2011\\_-\\_za\\_objavo.pdf](http://www.mg.gov.si/fileadmin/mg.gov.si/pageuploads/DNT/aktualno/NPVP-_2.11.2011_-_za_objavo.pdf) (12. 6. 2015).

- Predlog Zakona o izvensodnem reševanju potrošniških sporov, [http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/varstvo\\_potrosnikov\\_in\\_konkurenca/ZIRPS/ZIRPS\\_VG\\_MU1.pdf](http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/varstvo_potrosnikov_in_konkurenca/ZIRPS/ZIRPS_VG_MU1.pdf) (13. 6. 2015).
- REJC, Luka, Tokrat malo drugače o alternativnem reševanju potrošniških sporov. *Pravna praksa*, 2012, letn. 31, št. 37, str. 13–14.
- Resolucija o nacionalnem programu za varstvo potrošnikov 2012–2017, <https://www.uradni-list.si/1/content?id=109014> (29. 6. 2015).
- STÜRNER, Michael, ADR and Adjudication by State Courts: Competitors or Complements?. V: Stürner, M., Gascón Inchausti, F., in Caponi, R. (ur.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice, New trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*. Munich: Sellier European Law Publishers, 2015, str. 11–29.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, On Minimum Standards in Consumer ADR. V: Stürner, M., Gascón Inchausti, F., in Caponi, R. (ur.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice, New trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*. Munich: Sellier European Law Publishers, 2015, str. 131–148.

# Obrazložitev sodbe in pritožba v sporu majhne vrednosti

Jerca Kramberger Škerl

## 1. Uvod

Spori majhne vrednosti so spori, pri katerih vrednost spornega predmeta ne preseže z zakonom določene meje in ki hkrati izpolnjujejo še nekatere vsebinske pogoje. Tako v Sloveniji kot v številnih drugih državah sodišča v teh sporih odločajo po posebnem postopku, ki se bolj ali manj razlikuje od splošnega pravnega postopka. Primerjalnopravno se ureditve razlikujejo glede na mejno vrednost spornega predmeta in druge kriterije, ki ločijo spore majhne vrednosti od drugih sporov, glede na pristojnost sodišč za take spore, predvsem pa glede na vsebino postopka oziroma obseg odstopanja od rednega pravnega postopka.<sup>1</sup> Vsem je skupno to, da želijo v sporih majhne vrednosti (ki so v velikem delu t. i. potrošniški spori) z raznimi poenostavitvami postopka doseči časovno in stroškovno učinkovitejše sodno varstvo.

Seveda je poenostavljanje sodnega varstva v sporih majhne vrednosti mogoče le tako, da se omejijo procesne pravice strank. Če bi bilo enake cilje mogoče doseči tudi brez »žrtev«, namreč ne bi bilo razloga, da se uveljavijo le v sporih majhne vrednosti, ne pa tudi v rednem postopku. Pri urejanju posebnega postopka mora torej zakonodajalec iskati najboljši možni kompromis med zagotavljanjem ekonomičnosti in hitrosti postopka na eni strani ter omejevanjem procesnih garancij na drugi strani. Vsekakor mora ostati v okviru minimalnih standardov za civilne postopke, ki jih določata Evropska konvencija o človekovih pravicah in ustava. V civilnih postopkih namreč ne poznamo več načela *de minimis non curat praetor*, po katerem bi bilo sodno varstvo v nepomembnih zadevah mogoče enostavno odkloniti.

Veljavni Zakon o pravnem postopku (v nadaljevanju ZPP) iz leta 1999<sup>2</sup> spore majhne vrednosti ureja v 442. do 458. členu ter gospodarske spore majhne vrednosti v 495. in 496. členu. V ureditev te materije sta pomembno posegli

<sup>1</sup> Za ažurne podatke o državah Evropske unije glej Evropska pravosodna mreža v civilnih in gospodarskih zadevah, [https://e-justice.europa.eu/content\\_small\\_claims-42-sl.do?clang=sl](https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-42-sl.do?clang=sl) (9. 7. 2015).

<sup>2</sup> UPB, Uradni list RS, št. 73/2007, z nadaljnimi spremembami.

noveli ZPP-A iz leta 2002<sup>3</sup> in predvsem ZPP-D iz leta 2008.<sup>4</sup> Slednja je mejni znesek spornega predmeta dvignila na 2.000 evrov (v gospodarskih sporih majhne vrednosti na 4.000 evrov) in ga s tem uskladila z Uredbo o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti (v nadaljevanju UEPSMV).<sup>5</sup> Uzakonila je tudi večjo diskrecijo sodnika pri organizaciji in vsebini dokaznega postopka (drugi odstavek 450. člena ZPP)<sup>6</sup> in skrajšala rok za odgovor na tožbo na osem dni (prvi odstavek 452. člena ZPP). Dodan je bil 453.a člen, ki določa, da se v primeru, ko toženec ne odgovori na tožbo, izda sodba na podlagi pripoznave. Možnost opustitve oprave glavne obravnave je novela razširila tudi na primere, ko je dejansko stanje med strankama sicer sporno, vendar sodišče oceni, da se da o zahtevku odločiti tudi brez glavne obravnave.<sup>7</sup> V 454. in 455. členu so bile na novo določene posledice izostanka strank z naroka, pri čemer posebej hude sankcije zadenejo stranko, ki je zahtevala razpis naroka, na katerega ni prišla. Novela je določila tudi pristojnost sodnika posameznika za odločanje o pritožbi.

Leta 2007 je bila sprejeta UEPSMV, uporabljati pa se je začela januarja 2009.<sup>8</sup> Problematika razmerja med vrednostjo spornega predmeta ter stroški spora in trajanjem postopka, ki je prisotna že v t. i. notranjih sporih majhne vrednosti, je namreč še toliko bolj pomembna v t. i. čezmejnih sporih majhne vrednosti (tj. tistih, ki vsebujejo tuji oziroma mednarodni element). UEPSMV se uporablja vzporedno z nacionalnimi pravili: v sporih z mednarodnim elementom lahko tožnik izbere, ali želi, da postopek teče po uredbi ali po nacionalnih pravilih. Seveda je njegova izbira omejena z uporabo uredbe *ratione materiae*, ki se ne pokriva povsem z nacionalno ureditvijo sporov majhne vrednosti.<sup>9</sup> Če tožnik izbere postopek po uredbi, bo tudi izvršba v drugih članicah EU potekala v skladu s pravili te uredbe, to pa pomeni, da bo sodna odločba praktično izenačena s sodbami, izdanimi v državi izvršbe.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 96/2002.

<sup>4</sup> Uradni list RS, št. 45/2008.

<sup>5</sup> Uredba (ES) št. 861/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti, UL L 199, 31. 7. 2007.

<sup>6</sup> Ta določba je sicer nekonkretizirana in sodišče bo težko ocenilo, kaj je še sprejemljivo »krčenje« dokazovanja oziroma kakšno dodatno oženje mu dopušča določba postopka v sporih majhne vrednosti, glede na to, da mora sodišče tudi v rednem postopku paziti, da se postopek vodi hitro in ekonomično. Testenova npr. meni, da je omenjena določba v sporih majhne vrednosti »v resnici popolnoma neuporabna«; Testen (2008), str. 13.

<sup>7</sup> Tudi do uporabe te določbe je bila ob sprejemanju novele ZPP-D Testenova zelo skeptična, tako iz pravnih (potencialna absolutna kršitev ZPP) kot iz praktičnih razlogov (vrednotenje sodnikovega dela); Testen (2008), str. 13.

<sup>8</sup> Za predstavitev uredbe glej npr. Kramberger Škerl (2007, Nova ...), str. 8–10, za podrobnejšo obravnavo pa Betetto v: Betetto in Galič, str. 207–257.

<sup>9</sup> Več o tem Kramberger Škerl (2007, Spor ...), str. 96–97.

UEPSMV ureja le nekatera postopkovna vprašanja, za druga pa predvideva subsidiarno uporabo nacionalnih predpisov. Nedodelanost uredbe in odsotnost prilagoditve in dopolnitve slovenske zakonodaje, ki bi omogočila učinkovito uporabo uredbe, sta glavna razloga, da uredba v Sloveniji ni zaživel. Šest let po njeni uveljavitvi v elektronskih bazah slovenskih sodnih odločb (ki pa ne zajemajo prvostopenjskih odločb) ni najti judikata, ki bi se nanašal na uporabo tega akta. Po dostopnih podatkih je bilo med letoma 2009 in 2012 vloženi devet zahtevkov za začetek postopka po UEPSMV in izdani dve sodbi po tej uredbi, ni pa bil sprožen noben izvršilni postopek na podlagi sodbe, izdane na podlagi uredbe v drugi državi EU.<sup>10</sup> Za odpravo pomanjkljivosti uredbe je Evropska komisija že leta 2013 objavila predlog spremembe uredbe,<sup>11</sup> ki ga je v slovenski teoriji že poglobljeno obravnavala Ivančeva.<sup>12</sup>

Postopek v sporih majhne vrednosti tako v Sloveniji še vedno poteka skoraj izključno po pravilih nacionalne zakonodaje, torej ZPP. Ta je bila, skupaj s sodno prakso do leta 2009, v slovenski teoriji že obširno obravnavana.<sup>13</sup> Ker pa je teh sporov veliko in ker je bila veljavna ureditev deležna tudi mnogih kritik,<sup>14</sup> je zanimivo spremljati njeno uporabo in razvoj v praksi. Čeprav bi bile poglobljene obravnave gotovo vredne vsaj še določbe o prekluziji navajanja dejstev in dokazov ter sankcije za nepristop strank na narok, v tem prispevku zaradi omejenega obsega obravnavam le dve pomembni in problematični vprašanji: vsebino obrazložitve sodbe in pritožbo v sporih majhne vrednosti.

## 2. Obrazložitev sodbe v sporih majhne vrednosti

Posebnost obrazložitve sodbe v sporih majhne vrednosti je, da naj bi bila manj obsežna kot tista v rednem postopku, s tem pa naj bi bilo sodišču prihranjenega nekaj časa in dela.

<sup>10</sup> Ivanc, str. 63. Ni znan podatek, koliko od teh sporov je bilo gospodarskih, torej ne potrošniških. Testenova v članku iz leta 2009 navaja, da je bil pred Okrožnim sodiščem v Ljubljani (šlo je za gospodarski spor) leta 2009 začet le en postopek na podlagi uredbe, pred Okrajnim sodiščem v Ljubljani pa niti eden; Testen (2010), str. 6.

<sup>11</sup> Predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Uredbe (ES) št. 861/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti ter Uredbe (ES) št. 1896/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog, Bruselj, 19. 11. 2013, COM(2013) 794 končna.

<sup>12</sup> Ivanc, str. 49–72.

<sup>13</sup> Glej predvsem Betetto v: Ude in Galič (2009), str. 703–732, in druge vire na seznamu uporabljenih literature.

<sup>14</sup> Galič je leta 2009 npr. ocenil, da je »očitno [...], da je prav ureditev spora majhne vrednosti ena od najbolj šibkih točk novele ZPP-D«; Galič (2009), str. 72.

## 2.1. Zakonske določbe o obrazložitvi v sporih majhne vrednosti

V sporih majhne vrednosti ZPP odstopa od siceršnjih zahtev v zvezi z obrazložitvijo prvostopenjske sodbe. Tretji odstavek 457. člena ZPP določa, da »obrazložitev sodbe obsega samo kratek povzetek dejanskih ugotovitev [ter] navedbo določb procesnega in materialnega prava, na podlagi katerih je bilo odločeno«. <sup>15</sup> Za redni postopek pa četrti odstavek 324. člena ZPP določa, da v obrazložitvi sodišče navede »zahtevke strank in njihove navedbe o dejstvih, na katera se ti zahtevki opirajo, dokaze ter predpise, na katere je oprlo sodbo«.

Iz gramatikalne primerjave zakonskih določb bi lahko sklepali, da je razlika med obrazložitvijo v rednih postopkih in tisto v negospodarskih sporih majhne vrednosti ta, da v slednjih sodišče v obrazložitvi ne navede zahtevkov strank (o teh mora seveda biti odločeno v izreku) in tudi ne navede vseh dejstev, ki sta jih stranki navajali, temveč le dejstva, ki jih je sodišče v postopku ugotavljalo (torej pravnorelevantna, sporna itd.). Sodišče po diktaciji zakona tudi ne navede dokaznih predlogov strank, niti dokazov, ki jih je izvajalo.

Omeniti je treba tudi prvi odstavek 496. člena ZPP, ki ureja gospodarske spore majhne vrednosti in določa, da »obsega obrazložitev sodbe samo navedbo tožbenih zahtevkov in dejstev, na katere stranke opirajo zahtevke«. Obrazložitev po pravilih rednega postopka se izdelata, če stranka napove pritožbo. <sup>16</sup> Če določbo primerjamo z ureditvijo obrazložitve v rednem postopku in v negospodarskih sporih majhne vrednosti, se izkaže, da naj bi bila prva (tj. skrajšana) obrazložitev v gospodarskih sporih majhne vrednosti najbolj strnjena, obrazložitev v negospodarskih sporih majhne vrednosti nekoliko širša, obrazložitev v rednem postopku pa »popolna«. Vendar pa je težko razbrati, kako konkretno naj bi se različne vrste obrazložitve med seboj razlikovale. Očitno je, da so opisi vsebine obrazložitve odločb v posameznih postopkih v ZPP nedodelani.

V zvezi z razlogi sodbe je pomembna tudi določba, da je treba v sporih majhne vrednosti sodbo vedno razglasiti takoj po koncu obravnave (prvi odstavek 457. člena ZPP). Razglasitev sodbe pa ne vključuje le razglasitve izreka sodbe, temveč tudi, da sodišče na kratko povzame razloge za svojo odločitev (prvi odstavek 322. člena ZPP). Kot »razloge« sodbe bi lahko razumeli sodnikovo pojasnilo, zakaj je

<sup>15</sup> Sklicevanje v tem členu na tretji odstavek 324. člena je napačno, saj ta odstavek ureja vsebino izreka sodbe, medtem ko četrti odstavek tega člena ureja vsebino obrazložitve v rednem postopku. Tudi sicer ni jasno, zakaj se določba v sporih majhne vrednosti, ki to vprašanje za te spore posebej ureja, sklicuje na določbo rednega postopka.

<sup>16</sup> Če sodišče izdelata obrazložitev po pravilih rednega postopka že takoj po zaključku glavne obravnave, in ne šele takrat, ko je ena od strank napovedala pritožbo, seveda ne gre za kršitev postopka, ki bi lahko vplivala na pravilnost in zakonitost sodbe (teh se s pritožbo v sporih majhne vrednosti tako in tako ne da uveljavljati); VSL sklep I Cpg 18/2013 z dne 27. 11. 2013.

odločil tako, kot izhaja iz izreka, torej kako je povezal ugotovljena dejstva s pravnimi normami. Razglasitev sodbe bi bila torej lahko za stranki zelo pomembna ne le zaradi odločitve sodišča, pač pa tudi zaradi razlogov za tako odločitev, ki bi jih sodišče takrat pojasnilo. Žal pa Betettova opozarja na »večinsko prakso sodišč, ki zelo nedosledno izvajajo zapoved o ustni razglasitvi sodbe v postopkih v sporih majhne vrednosti«. <sup>17</sup> Ker ne gre za absolutno bistveno kršitev postopka, take opustitve namreč ni mogoče grajati v pritožbi.

## 2.2. Teorija in sodna praksa o obrazložitvi v sporih majhne vrednosti

Tako v teoriji kot v sodni praksi najdemo širok spekter mnenj o vsebini obrazložitve v sporih majhne vrednosti. Kot problematično se je izkazalo predvsem, ali mora obrazložitev vsebovati razloge in ali mora obrazložitev vsebovati dokazno oceno.

### 2.2.1. Ali mora obrazložitev v sporih majhne vrednosti vsebovati razloge

Zanimivo je, da podrobnejši opis vsebine pisne obrazložitve sodbe ne v rednem postopku ne v sporih majhne vrednosti ne vsebuje izraza »razlogi«, kot da bi zadostovalo, da sodišče navaja dejanske in pravne podlage za svojo odločitev, ne pa tudi subsumpcije, ki jo je v svoji sodniški vlogi opravilo, da je lahko rešilo spor. Besedna zveza »razlogi, ki upravičujejo tako sodbo« je uporabljena le v petem odstavku 324. člena, ko zakon govori o obrazložitvi zamudne sodbe, sodbe na podlagi pripoznave, sodbe na podlagi odpovedi ali vmesne sodbe na podlagi sporazuma strank. Vendar pa so pri teh sodbah, ki temeljijo na dispozicijah strank in pri katerih (razen pri zamudni sodbi) do sodniškega silogizma sploh ne pride, mišljeni pogoji za izdajo te vrste sodbe (npr. pri zamudni sodbi, da toženec ni odgovoril na tožbo).

Bettetova meni, da mora tudi »sodba v sumarnem postopku [...] imeti vsebinsko obrazložitev, ki pa je krajša kot tista v rednem postopku«. Avtorica je zavzela stališče, da mora taka obrazložitev obsegati »ugotovljeno dejansko stanje, uporabljena pravna pravila in izrek pravne posledice glede na skladnost ugotovljenega dejanskega stanja z abstraktno pravno normo«, saj je »v nasprotnem primeru podana absolutna bistvena kršitev določb pravnega postopka iz 14. točke drugega odstavka 339. člena ZPP«. <sup>18</sup> Ta je namreč podana tudi, »če sodba sploh nima razlogov ali v njej niso navedeni razlogi o odločilnih dejstvih«. Ne zadostuje torej le navedba ugotovljenih dejstev in uporabljenih predpisov, temveč mora biti podana argumentacija, ki ugotovljena dejstva in pravne norme povezuje

<sup>17</sup> Bettetto v: Ude in Galič (2009), str. 728.

<sup>18</sup> Bettetto v: Ude in Galič (2009), str. 729.

v odločitev sodišča. S tem stališčem se je strinjalo tudi Višje sodišče v Ljubljani v sodbi iz leta 2013.<sup>19</sup>

Isto sodišče je istega leta odločalo tudi v sporu majhne vrednosti, pri katerem je bilo vezano na odločitev drugega sodišča v vzorčnem postopku (279.b člen ZPP). Glede obrazložitve sodbe v takem primeru je zapisalo: *»Prav pa ima pritožnik, ko trdi, da sodbe ni mogoče preizkusiti, ker ne vsebuje razlogov o odločilnih dejstvih (14. točka 2. odstavek 339. člena ZPP). V obrazložitvi izpodbijane sodbe je namreč sodišče prve stopnje navedlo zgolj to, da je pri odločitvi upoštevalo odločitev v vzorčnem primeru, da terjatev temelji na isti dejanski in pravni podlagi, saj je tožeča stranka uveljavljala obligacijsko pravni zahtevek proti vsem delničarjem družbe D., d. d., v izogib ponavljanju pa se sklicuje na argumente v vzorčni sodbi, zlasti na argumentacijo, da je pravna podlaga za nastanek solidarne dolžniškega razmerja lahko le zakon ali pogodba oziroma sporazum med upnikom in sodolžniki. Čeprav gre za spor majhne vrednosti, takšna obrazložitev ne izpolnjuje kriterija obrazloženosti v smislu 3. odstavek 457. člena ZPP. Tega ne spremeni niti dejstvo, da je sodišče prve stopnje pravdnima strankama poslalo kopijo štirih strani vzorčne sodbe skupaj z izpodbijano sodbo. Vzorčna sodba namreč ni in ne more biti del izpodbijane sodbe. Po 279.b členu ZPP sodišče prve stopnje ni oproščeno obrazložitve sodbe, to določilo le onemogoča stranki, ki je imela možnost sodelovati v vzorčnem postopku, da [bi oporekala] [...] dejanskim in pravnim ugotovitvam in stališčem, ki jih je zavzelo sodišče v vzorčnem postopku.«<sup>20</sup>*

Višje sodišče v Ljubljani je pri odločanju o pritožbi v sporu majhne vrednosti leta 2010 tudi zapisalo: *»Absolutna bistvena kršitev določb postopka iz 14. točke 2. odstavek 339. člena ZPP je podana, če ima sodba takšne pomanjkljivosti, zaradi katerih se ne more preizkusiti. Tu je mišljen preizkus po stranki in preizkus po pritožbenem sodišču. Ker se lahko stranka proti sodbi kvalitetno pritoži le, če je iz razlogov sodbe razbrala, zakaj je sodišče izdalo takšno sodbo, kot jo je, je s sankcioniranjem teh kršitev varovana predvsem pravica do pritožbe. V konkretnem primeru je takšen preizkus možen, saj je sodišče prve stopnje navedlo razloge o vseh (spornih) odločilnih dejstvih, upoštevajoč pri tem trditveno podlago tožbe in materialnopravno presojo spora.«<sup>21</sup>*

Lahko bi torej sklepali, da praksa višjih sodišč potrjuje sklep, da mora obrazložitev v sporih majhne vrednosti vsebovati tudi sodniški silogizem, torej ne le navedbo zgornje in spodnje premise, temveč tudi njuno povezavo v odločitev sodišča. Vendar pa je Višje sodišče v Ljubljani leta 2013 v drugi zadevi zavzelo drugačno stališče: *»Tožena stranka v pritožbi navaja, da sodišče prve stopnje za*

<sup>19</sup> VSL sklep II Cp 2612/2012 z dne 27. 6. 2013.

<sup>20</sup> VSL sklep I Cpg 1041/2011 z dne 5. 3. 2013.

<sup>21</sup> VSL sodba II Cp 3100/2010 z dne 1. 12. 2010.



svoj zaključek, da je bila terjatev pravočasno prijavljena, ni podalo razlogov. S tem očitkom uveljavlja pritožbeni razlog absolutne bistvene kršitve določb pravnega postopka iz 14. točke 2. odstavka 339. člena ZPP. Ta kršitev pa ni podana. Že zgoraj je višje sodišče poudarilo, da gre za spor majhne vrednosti, v takih sporih pa v skladu s 3. odstavkom 457. člena ZPP obrazložitev že tako ali tako obsega samo kratek povzetek dejanskih ugotovitev in navedbo določb procesnega in materialnega prava, na podlagi katerih je bilo odločeno. To pa pomeni, da je standard obrazloženosti v primeru sporov majhne vrednosti bistveno nižji, kot pa je v primeru drugih sporov.«<sup>22</sup> Res pa je sodišče v nadaljevanju dodalo, da »kaka posebna obrazložitev« v konkretnem primeru ni bila potrebna, saj so bili razlogi za odločitev prvostopenjskega sodišča razvidni že iz drugih navedb sodišča.

Isto sodišče je istega leta v drugi zadevi tudi zapisalo: »Glede odgovorov na njegove pripombe, ki jih v sodbi pogreša pritožnik, mu je treba pojasniti, da gre za spor majhne vrednosti [...], za takšne spore pa veljajo določena posebna pravila. Eno izmed njih je to, da obsega obrazložitev sodbe le kratek povzetek dejanskih ugotovitev in navedbo določb procesnega in materialnega prava, na podlagi katerih je bilo odločeno (3. odst. 457. čl. ZPP).«<sup>23</sup> Leta 2010 pa je ljubljansko višje sodišče razsodilo: »Kolikor gre za pritožbene trditve v zvezi s pomanjkljivo obrazložitvijo sodbe oziroma manjkajočimi razlogi, pa je treba opozoriti na 3. odst. 457. člena ZPP. Po tej določbi mora obrazložitev sodbe v sporu majhne vrednosti obsegati samo kratek povzetek dejanskih ugotovitev, navedbo določb procesnega in materialnega prava, na podlagi katerih je bilo odločeno. Tem zahtevam obrazložitev ustreza. Sodba tako nima pomanjkljivosti.«<sup>24</sup>

Glede na to, da pri omejitvi pritožbenih razlogov v sporih majhne vrednosti zakon ne izključuje uporabe 14. točke 339. člena, tudi sama menim, da je treba v obrazložitev sodbe v sporih majhne vrednosti vključiti razlogovanje sodišča. To je potrebno tako zaradi možnosti instančnega sodišča, da preveri pravilno uporabo materialnega prava, kakor tudi zaradi strank, ki ob pogosti opustitvi razglasitve sodbe in razlogov zanjo takoj po koncu glavne obravnave in zaradi možnosti, da glavna obravnava sploh ni izvedena, ne bodo vedno razumele, zakaj je sodišče sprejelo konkretno odločitev. Glede na predstavljeno različno sodno prakso višjih sodišč (in pri istem višjem sodišču) pa je to tudi bolj »varno«, če se želimo izogniti razveljavljanju prvostopenjskih sodnih odločb.

<sup>22</sup> VSL sodba I Cpg 1003/2013 z dne 17. 10. 2013.

<sup>23</sup> VSL sodba II Cp 2915/2012 z dne 2. 4. 2013.

<sup>24</sup> VSL sodba II Cp 4031/2009 z dne 4. 1. 2010.

## 2.2.2. Ali mora obrazložitev v sporih majhne vrednosti vsebovati dokazno oceno

V zvezi z vprašanjem, ali mora sodba v sporu majhne vrednosti vsebovati dokazno oceno, je Višje sodišče v Ljubljani leta 2012 zapisalo: *»V skladu s tretjim odstavkom 457. člena ZPP obsega obrazložitev sodbe v postopku v sporih majhne vrednosti samo kratek povzetek dejanskih ugotovitev ter navedbo določb procesnega in materialnega prava, na podlagi katerih je bilo odločeno, zato niso utemeljeni pritožbeni očitki, da izpodbijana sodba ne vsebuje dokazne ocene izvedenih dokazov.«* O pritožbenih očitkih, da zavrnitev dokaznih predlogov ni obrazložena in da se sodišče prve stopnje ni opredelilo do pravno relevantnih ugovorov toženke, sodišče ni odločalo, ker nista bila konkretizirana.<sup>25</sup> Tudi leta 2010 je isto sodišče razsodilo: *»Sodišče prve stopnje bi sicer lahko kljub določbi 3. odst. 457. čl. ZPP pojasnilo razloge za svojo ugotovitev o višini obratovalnih stroškov glede vode, saj je bila v bistvu sporna le ta postavka. Vendar ravno vzlic navedenemu zakonskemu določilu, po katerem vsebuje pisna sodba v sporu majhne vrednosti le kratek povzetek dejanskih ugotovitev, ni mogoč očitek, da v sodbi manjkajo razlogi o odločilnih dejstvih. Glede na določbo 3. odst. 457. čl. ZPP velja izhodišče, da je sodišče prve stopnje odločilna dejstva skrbno in na podlagi prepričljivih razlogov zanesljivo ugotovilo, v sodbi pa je naveden le kratek povzetek (rezultat) tega miselno spoznavnega procesa.«<sup>26</sup>*

Isto sodišče pa je leta 2010 glede odsotnosti dokazne ocene v obrazložitvi sodbe odločilo, da bi šlo lahko za relativno bistveno kršitev postopka, ki je v sporih majhne vrednosti ni mogoče uveljavljati, poleg tega pa za razlog napačne oziroma nepopolne ugotovitve dejanskega stanja, ki prav tako ni pritožbeni razlog v sporih majhne vrednosti.<sup>27</sup> Iz tega bi lahko sklepali, da sodišče sicer meni, da bi bilo pravilno, da bi obrazložitev konkretne sodbe vsebovala tudi dokazno oceno, da pa take kršitve zaradi omejenosti pritožbenih razlogov v sporih majhne vrednosti v pritožbi ni mogoče uveljavljati.

Še drugače je Višje sodišče v Kopru v razveljavitvenem sklepu iz leta 2013 odločilo, da morajo biti v obrazložitvi v sporu majhne vrednosti navedeni dokazi in dokazna ocena. Zapisalo je namreč: *»Pač pa pritožba utemeljeno opozarja, da sodišče prve stopnje v izpodbijani sodbi ni navedlo, na podlagi česa je zaključilo, da je tožeča stranka obratovalne stroške dejansko plačala. Kljub temu, da je standard obrazložitve sodbe v postopkih v sporih majhne vrednosti drugačen, saj skladno z določbo tretjega odstavka 457. člena ZPP obrazložitev obsega samo kratek povzetek dejanskih ugotovitev, navedbo določb procesnega in materialnega prava, na podlagi*

<sup>25</sup> VSL sodba I Cp 160/2011 z dne 2. 11. 2012.

<sup>26</sup> VSL sodba I Cp 3656/2009 z dne 5. 1. 2010.

<sup>27</sup> VSL sodba II Cp 3100/2010 z dne 1. 12. 2010.

katerih je bilo odločeno, mora sodba vsebovati vse odločilne razloge. Iz podatkov spisa izhaja, da je toženka v postopku na prvi stopnji nedokazanost opravljenih plačil obratovalnih stroškov s strani tožeče stranke izrecno uveljavljala, sodišče prve stopnje pa se do teh navedb ni opredelilo. Ugotovitve prvostopenjskega sodišča, da je tožeča stranka obratovalne stroške plačala, zato ni mogoče preizkusiti (14. točka drugega odstavka 339. člena ZPP).<sup>28</sup>

V tej smeri je tudi Višje sodišče v Ljubljani leta 2010 razsodilo: »V pritožbenem postopku je v sporu majhne vrednosti dovoljeno grajati dokazno oceno samo takrat, kadar je ta opravljena brez upoštevanja metodološkega napotka, ki ga daje 8. člen ZPP, ne pa tudi, kadar je vsebinsko prepričljiva (zmotna ugotovitev dejanskega stanja). Formalni okviri proste dokazne ocene namreč zahtevajo, da je le-ta vestna, skrbna (preverljivo obrazložena) ter analitično sintetična.«<sup>29</sup> Sklepamo lahko, da torej dokazna ocena v obrazložitvi prvostopenjskega sodišča mora biti navedena.

V sodni praksi torej najdemo stališča, da pomanjkanje dokazne ocene ni kršitev pravnega postopka, da je relativna kršitev postopka in da je absolutno bistvena kršitev postopka. Sama menim, da je zakonskim zahtevam zadoščeno, če sodišče navede, katera dejstva je ugotovilo, ni pa mu treba navajati, na podlagi katerih dokazov in zakaj ga je določen dokaz prepričal ali ga ni prepričal o resničnosti dokazanega dejstva. Delo instančnega sodišča s tem ni prizadeto, saj pritožbenega razloga napačne ali nepopolne ugotovitve dejanskega stanja ni mogoče uveljavljati s pritožbo. Žal pa zaradi neenotnosti sodne prakse spet lahko ugotovimo, da je »varneje«, da prvostopenjska sodišča v obrazložitvi vseeno vključijo tudi dokazno oceno.

Opozoriti je treba še, da je odsotnost opisa dokaznega postopka lahko problematična v primerih, ko bi se stranka v pritožbi sklicevala na neupravičeno zavrnitev dokaznega predloga, ki lahko pomeni kršitev načela kontradiktornosti iz 8. točke drugega odstavka 339. člena ZPP.<sup>30</sup> Kadar dokaz ni že na prvi pogled nerelevanten, bi bilo zato dobro, da bi sodišče v obrazložitvi navedlo razlog za zavrnitev njegove izvedbe.

### 2.3. Sklepno o obrazložitvi v sporih majhne vrednosti

Ugotovimo lahko, da je razlika med obrazložitvijo v rednem postopku in sumarno obrazložitvijo precej zabrisana tako zaradi ne povsem jasnih zakonskih določb kakor tudi zaradi neenotne sodne prakse višjih sodišč. Jerebova predlaga, da naj bi obrazložitev v sporih majhne vrednosti vsebovala »navedbo tožbenega

<sup>28</sup> VSK sklep Cp 3/2013 z dne 21. 5. 2013.

<sup>29</sup> VSL sodba I Cp 3744/2009 z dne 17. 2. 2010.

<sup>30</sup> Glej npr. Galič (2004), str. 224–227, in Zobec v: Ude in Galič (2009), str. 296–299.

zahtevka in bistvenega ugovora tožene stranke, zaključke, do katerih je sodišče prišlo na podlagi izvedenega dokaznega postopka, in navedbo uporabljenih določb materialnega in procesnega prava ter pravne posledice, ki jo navedene določbe ob dejanskih zaključkih utemeljujejo«; tako bo »sodba vsebovala vse, kar od nje pričakujejo njeni 'končni' uporabniki«. <sup>31</sup> Strinjam se, da bi bila to zaželena vsebina skrajšane obrazložitve, vendar pa bi po eni strani vsebovala več, kot izrecno zahteva 457. člen, po drugi strani pa je iz predstavljene sodne prakse razvidno, da bi lahko višje sodišče grajalo tudi tako obrazložitev, npr. zaradi odsotnosti dokazne ocene. Ni torej težko razumeti, zakaj naj bi v praksi sodišča tudi v sporih majhne vrednosti izdajala sodbe po pravilih rednega postopka. <sup>32</sup>

Veljavna ureditev torej v praksi ne dosega cilja poenostavitve postopka v sporih majhne vrednosti. Zastavlja se vprašanje, kakšne spremembe bi bile potrebne, da bi bil ta cilj vendarle dosežen, hkrati pa ne bi bilo bistveno poseženo v temeljne procesne garancije strank. Menim, da bi se bilo mogoče zgledovati po ureditvi v gospodarskih sporih majhne vrednosti, z nekaterimi prilagoditvami.

Kot najbolj zožena vrsta obrazložitve v ZPP se pokaže obrazložitev v gospodarskih sporih majhne vrednosti, ki jo sodišče izdela pred morebitno napovedjo pritožbe. Ta ne vsebuje niti navedbe pravne podlage za odločanje. Očiten je zakonodajalčev namen razbremenitve sodišč, vprašljivo pa je, ali ima tako okrnjena obrazložitev sploh kakšno korist. O tožbenih zahtevkih strank je odločeno že v izreku, ponavljanje dejanskih navedb strank pa tudi nima nobene dodane vrednosti, saj se stranki z navedbami nasprotnne stranke seznanita že med postopkom. Zato menim, da bi lahko obrazložitev v gospodarskih sporih majhne vrednosti v prvi fazi povsem opustili, v primeru napovedi pritožbe pa bi sodišče izdelalo obrazložitev po pravilih rednega postopka, kot to stori že po veljavni ureditvi.

Po stališču teorije <sup>33</sup> je obrazložitev sodb na prvi stopnji namenjena predvsem strankam, tj. njihovemu razumevanju sodniške odločitve, kar je pomembno predvsem za stranko, ki je v sporu izgubila (t. i. pomiritveni učinek). <sup>34</sup> Poleg tega se v civilnih postopkih poudarja pomen »odprtega sojenja«, ko naj bi sodišče strankam (nedvomno tudi v sporih majhne vrednosti) <sup>35</sup> že med postopkom pojasnjevalo svoje videnje zadeve, pravne podlage, ki jih namerava uporabiti,

<sup>31</sup> Jereb, str. 8.

<sup>32</sup> Jereb, str. 6.

<sup>33</sup> Šorli, str. 8–13, 114.

<sup>34</sup> Ustavni sodnik Zobec je v pritrilnem ločenem mnenju k odločbi US št. Up-147/09 zapisal: »[...] 'pomiritveni učinek' sodbe pomeni, da naj bo ta pisana predvsem z mislijo na [...] stranko [ki je pravdo izgubila], z empatijo do nje in njenega položaja.«

<sup>35</sup> Tudi Betettova meni, da mora sodišče tudi v sporih majhne vrednosti izvajati materialno procesno vodstvo, sicer v nekoliko okrnjeni obliki, vendar glede pravnih naziranj v enakem obsegu kot v rednem postopku; Betetto v: Ude in Galič (2009), str. 717.

itd. Tako si lahko zamislimo, da bi bila rešitev, predlagana za gospodarske spore majhne vrednosti, *de lege ferenda* lahko sprejeta tudi v negospodarskih sporih majhne vrednosti. Če sodišče primerno izvaja svojo razjasnjevalno oblast, naj ne bi prišlo do »sodbe presenečenja«, kar pomeni, da naj stranke za razloge za sodbo praviloma ne bi izvedele šele iz obrazložitve. Če je poleg tega sodišče sodbo ustno razglasilo že ob koncu glavne obravnave, kar je v sporih majhne vrednosti pravilo, ki bi ga morala sodišča spoštovati, v rednem postopku pa možnost, je s tem še dodatno zadostilo potrebi strank po razumevanju rezultata postopka.<sup>36</sup> Če se nobena od strank ne namerava pritožiti, pomen obrazložitve za instanco odpade, drugih negativnih strani omenjene ureditve pa tudi ni videti (javni interes razvoja in enotnosti sodne prakse je pri prvostopenjskih odločbah v ozadju).<sup>37</sup> Nasprotno pa je videti pomembne pozitivne učinke v tem, da sodišču v primerih, ko stranki ne vložita pritožbe, sodbe sploh ne bi bilo treba pisno obrazlagati. Ker določba o skrajšani obrazložitvi v sporih majhne vrednosti v praksi ni zaživela, kot je bilo že pojasnjeno, in sodišča tudi v teh sporih izdelujejo »popolne« obrazložitve, bi bila predlagana novost lahko pomembna razbremenitev za sodnike. Vseeno pa bi bilo dobro, da bi stranki v primerih, ko ne med postopkom ne ob ustni razglasitvi sodbe (ker npr. sploh ni bila opravljena glavna obravnava) ne bi bili deležni zadovoljive obrazložitve odločitve sodišča, imeli možnost zahtevati obrazloženo odločbo tudi brez napovedi pritožbe.

Pri tem je treba opozoriti še, da je sodbe, izdane na podlagi nacionalnih pravil v sporih majhne vrednosti, mogoče izvršiti tudi v tujini (v državah članicah EU predvsem na podlagi uredbe Bruselj I bis<sup>38</sup> ali pod določenimi pogoji Uredbe o evropskem izvršilnem naslovu,<sup>39</sup> v drugih državah pa na podlagi mednarodnih konvencij ali nacionalnih pravil teh držav). V teh postopkih se odsotnost obrazložitve lahko pokaže kot problematična, saj lahko tuja država oceni, da ne more preveriti izpolnjevanja pogojev za izvršitev. Po opozorilu stranke, da bo izvršitev sodbe predlagala v tujini, bi torej morale sodišče tudi v tem primeru izdelati ustrezno obrazložitev.

Dokler pa ne pride do spremembe zakona bodisi v zgoraj predlagani smeri bodisi v smeri natančnejše določitve vsebine obrazložitve v sporih majhne vrednosti in uskladitve različnih členov ZPP, ki se posredno nanašajo na to vsebino, lahko glede na trenutno dikcijo zakona in omejene pritožbene razloge sklenemo,

<sup>36</sup> Glej tudi Betetto v: Ude in Galič (2009), str. 728.

<sup>37</sup> Prim. Šorli, str. 8–13, 114.

<sup>38</sup> Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (prenovitev), UL L 351, 20. 12. 2012.

<sup>39</sup> Uredba Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov, UL L 143, 30. 4. 2004.

da v obrazložitvah v sporih majhne vrednosti ni treba povzemati dejanskih navedb strank ter dokaznega postopka in dokazne ocene (z izjemo navedbe razloga za zavrnitev dokaznih predlogov strank, ki niso že na prvi pogled nerelevantni). Po drugi strani pa bi morala, čeprav ZPP tega izrecno ne zahteva, taka sodba vsebovati povezavo med zgornjo in spodnjo premiso sodniškega silogizma, saj je drugače tudi v okviru omejenih pritožbenih razlogov ni mogoče preizkusiti. Ker silogističnega sklepa zakon ne zahteva izrecno niti v rednem postopku (četrti odstavek 324. člena ZPP), lahko štejemo, da gre za samoumevni del obrazložitve sodne odločbe. Golo nizanje dejstev in pravnih norm vsaj pri prava nevesčih strankah najpogosteje ne bo dovolj, da bi razumele, zakaj je do konkretne odločitve prišlo, zato pa v pritožbi tudi ne bodo mogle podati nasprotno argumentacije. Zahtevki nasprotno stranke in dejstva, ki jih je navajala, so stranki znani, iz navedbe pravne podlage pa pogosto ni razvidno, zakaj se je sodišče odločilo za uporabo te, in ne katere druge norme. Tudi prvi odstavek 6. člena EKČP zahteva, da sodba vsebuje bistvene razloge, na katerih je utemeljena,<sup>40</sup> pri tem pa ne zadostuje le navajanje pravnih predpisov.<sup>41</sup> Vsebina in podrobnost obrazložitve sta po praksi ESČP odvisni od narave odločbe in okoliščin posameznega primera.<sup>42</sup>

### 3. Pritožba

Posebnosti pritožbe v sporih majhne vrednosti sta omejenost pritožbenih razlogov in osemdnevni pritožbeni rok.

#### 3.1. Zakonska ureditev in ustavna presoja omejenosti pritožbenih razlogov

V skladu s prvim odstavkom 458. člena ZPP je v sporih majhne vrednosti mogoče v pritožbi uveljavljati le dva pritožbena razloga: absolutno bistvene kršitve pravnega postopka iz drugega odstavka 339. člena ZPP in zmotno uporabo materialnega prava. Če pritožbeno sodišče ugotovi, da je bilo zaradi zmotne uporabe materialnega prava tudi dejansko stanje ugotovljeno nepopolno, lahko zadevo vrne v novo sojenje na prvostopenjsko sodišče.<sup>43</sup> Sicer pa »[s]odišče druge stopnje v primeru nepravilne ali nepopolne ugotovitve dejanskega stanja nima ne

<sup>40</sup> Galič (2004), str. 188; Van Dijk, str. 595.

<sup>41</sup> V več primerih je ESČP odločilo, da lahko pride do kršitve 6. člena, če je v sodbi navedena samo zakonska določba, ne pa tudi razlogovanje sodišča. Glej npr. sodbo v zadevi *Sakkopoulos proti Grčiji* z dne 15. 1. 2004, tč. 51 in 52.

<sup>42</sup> Glej npr. sodbo v zadevi *Ruiz Torija proti Španiji* z dne 9. 12. 1994, tč. 29, in Guide on Article 6, tč. 241.

<sup>43</sup> Glej npr. VSL sklep I Cpg 18/2013 z dne 27. 11. 2013.

*kasatoričnih ne reformatoričnih pooblastil*«. <sup>44</sup> V ponovljenem postopku stranki ne moreta navajati novih dejstev in dokazov, četudi jih prej brez svoje krivde nista mogli navesti (drugi odstavek 458. člena ZPP).

Leta 2002 je Ustavno sodišče RS odločalo o (ne)skladnosti omejenih pritožbenih razlogov v sporih majhne vrednosti z 22. členom Ustave RS, ki določa pravico do enakega varstva pravic. Odločilo je, da taka ureditev ne pomeni kršitve omenjenega člena. <sup>45</sup> Aprila 2014 pa sta bili na Ustavno sodišče RS vloženi ustavna pritožba in pobuda za oceno ustavnosti, v katerih je bila zatrjevana neskladnost prvega in drugega odstavka 458. člena ZPP s 25. členom Ustave RS, ki ureja pravico do pravnega sredstva. Ustavno sodišče RS je vlogi zavrglo, ker pritožnica oziroma pobudnica v postopku z rednimi pravnimi sredstvi navedenih kršitev vsebinsko ni uveljavljala. Čeprav je bila namreč v pravnem pouku zoper prvostopenjsko sodbo poučena o omejenih pritožbenih razlogih, v pritožbi neustavnosti teh omejitev ni uveljavljala. <sup>46</sup> Sama menim, da tudi s stališča pravice do pritožbe omejitev ni neustavna, saj ima ustavno dopusten cilj (hitrost in ekonomičnost postopka), je primerno sredstvo za doseg tega cilja, pri tem pa ni nesorazmerna.

### 3.2. Pouk strank o omejenosti pritožbenih razlogov v sporih majhne vrednosti

V skladu s 456. členom ZPP mora sodišče stranki v vabilu na glavno obravnavo opozoriti tudi na omejenost pritožbenih razlogov. V skladu z drugim odstavkom 457. člena ZPP morajo biti stranke o tem, »pod katerimi pogoji se lahko pritožijo« (zakonodajalec je imel najverjetneje v mislih pritožbeni rok in dopustne pritožbene razloge), poučene tudi ob razglasitvi sodbe takoj po koncu glavne obravnave. Ta pouk mora biti vsebovan v zapisniku o glavni obravnavi (4. točka prvega odstavka 448. člena ZPP). Zanimivo pa tretji odstavek 457. člena, ki določa vsebino pisne sodbe, našteva le uvod, izrek in obrazložitev (drugače od prvega odstavka 324. člena, ki ureja vsebino sodbe v rednem postopku in navaja poleg omenjenih treh še pravni pouk o pritožbi). Glede na to, da se takrat, ko so v poglavju o sporih majhne vrednosti posebne določbe, določbe rednega postopka ne uporabljajo, bi lahko sklepali, da prvostopenjska sodba v sporih majhne vrednosti pravnega pouka ne vsebuje. Lahko bi pomislili, da je zakonodajalec ravno zato določil obveznost pouka ob razglasitvi sodbe in njegovo navedbo v zapisniku, čeprav rok za vložitev pritožbe po mnenju teorije nato teče od vročitve

<sup>44</sup> VS RS sklep II Ips 380/2007 z dne 5. 6. 2008.

<sup>45</sup> Sklep Up-128/01 z dne 26. 2. 2002.

<sup>46</sup> Sklep U-I-99/13, Up-303/13 z dne 28. 4. 2014.



sodbe strankam.<sup>47</sup> Vseeno pa se zdi bolj verjetno, da določba o sestavini sodbe ni bila najbolj premišljena, saj je vsaj v primerih, ko do glavne obravnave sploh ne pride, za kar zakon daje široke možnosti, lahko pravni pouk podan le v pisni sodbi. Določba o sestavinah sodbe v sporih majhne vrednosti je zato po mojem mnenju odveč in zavajajoča. Po informacijah iz prakse sicer sodišča v pisne sodbe v sporih majhne vrednosti vedno vključijo pravni pouk (hkrati pa naj bi sodbe le izjemoma razglašala po opravljeni glavni obravnavi).

### 3.2.1. Sodna praksa o opustitvi pouka o posebnostih pritožbe v sporih majhne vrednosti

Zastavlja se vprašanje, kako reagirajo pritožbena sodišča, kadar prvostopenjska sodišča strank ne poučijo o posebnostih pritožbe v sporih majhne vrednosti.

Leta 2010 je Višje sodišče v Ljubljani razsojalo v primeru, v katerem bi morale prvostopenjsko sodišče izpeljati postopek v sporih majhne vrednosti, vendar je izvedlo redni postopek. V sodbi zato strank tudi ni opozorilo, da je v pritožbi v sporih majhne vrednosti mogoče uveljavljati le omejene pritožbene razloge. Ko je pritožnik nato želel uveljavljati pritožbeni razlog napačne ugotovitve dejanskega stanja, je sodišče zapisalo: *»Četudi je pravni pouk delno pomanjkljiv in ne navaja, da sodbe v sporih majhne vrednosti ni mogoče izpodbijati zaradi nepravilne in nepopolne ugotovitve dejanskega stanja, pa ta okoliščina ne more spremeniti določila 458. člena ZPP, ki navaja razloge, iz katerih se sme izpodbijati sodba in sklep, s katerim je končan spor v postopku o sporih majhne vrednosti. Pomanjkljiv pravni pouk namreč ne more vzpostaviti pravice do pritožbenega razloga, ki ni dopusten.«*<sup>48</sup> V podobnem primeru leta 2009 je isto sodišče razsodilo, da sodišče, ki spor pomotoma vodi po pravilih rednega postopka namesto po pravilih postopka v sporih majhne vrednosti, strankam omogoči več procesnih upravičenj in zato to ni absolutno bistvena kršitev pravnega postopka: *»[...] določbe rednega pravnega postopka zagotavljajo sodno presojo z višjo stopnjo materialne resnice, s tem pa tudi večjo varstvo pravic pravnih strank, zaradi česar sodišče ni zagrešilo bistvene kršitve določb pravnega postopka.«*<sup>49</sup> Do spornosti opustitve pravnega pouka o omejenih pravicah strank v sporih majhne vrednosti se sodišče ni opredelilo, je pa štelo, da ima stranka na voljo le omejene pritožbene razloge. Tudi leta 2014 je Višje sodišče

<sup>47</sup> Betettova zapiše, da je pouk ob razglasitvi sodbe brezpredmeten, saj rok teče od vročitve odločbe; Betetto v: Ude in Galič (2009), str. 711.

<sup>48</sup> VSL sodba I Cp 3744/2009 z dne 17. 2. 2010.

<sup>49</sup> VSL sodba I Cp 1277/2009 z dne 8. 7. 2009. Teorija sicer utemeljeno opozarja, da zaradi upoštevanja dejstev in dokazov, glede katerih bi morala biti stranka prekludirana, ne pride nujno do pravilnejše sodbe, kar naj bi pojmovno izključevalo obstoj relativno bistvene kršitve postopka, saj bi se morali vprašati predvsem, ali bi bila sodba brez procesne kršitve drugačna; Zobec v: Ude in Galič (2009), str. 260, 261. Glej tudi Galič v: Ude in Galič (2006), str. 603, 604.



v Ljubljani potrdilo sodbo prvostopenjskega sodišča z obrazložitvijo: »V sporih majhne vrednosti so razlogi za izpodbijanje sodbe zakonsko omejeni. Pritožnica z omejitvijo pritožbenih razlogov niti s pravnim poukom v izpodbijani sodbi niti z vabilom na glavno obravnavo ni bila seznanjena, a to kogentnih zakonskih določb ne more spremeniti.«<sup>50</sup>

Zanimivo pa je še leta 2009 isto sodišče v drugi zadevi menilo: »Ne gre za spor majhne vrednosti kljub izpolnjenemu pogoju glede višine zahtevka. Iz spisa namreč ni razvidno, da bi postopek pred prvim sodiščem tekel po določbah 442. člena ZPP in naslednjih. Stranke so bile le z vabilom na glavno obravnavo opozorjene na omejene procesne pravice. Ostala posebna procesna pravila za tovrstne spore niso bila spoštovana. Sodba ni bila razglašena takoj ob koncu glavne obravnave, stranke pa niso bile ne ob razglasitvi ne v pisnem odpravku sodbe pravilno poučene, pod katerimi pogoji se lahko pritožijo (3. in 4. odstavek 458. člena ZPP) in o krajšem osemdnevnem pritožbenem roku. Napačni pravni pouk o pravici do pritožbe ne sme škoditi stranki, ki se ravna po njem. Zato pritožniku ni mogoče odreči obravnave njegove pritožbe na drugi stopnji v okviru vseh pritožbenih razlogov, ki jih uveljavlja, torej tudi zaradi zmotne in nepopolne ugotovitve dejanskega stanja, kar je drugače v sporih majhne vrednosti izključeno.«<sup>51</sup>

Leta 2003 je Vrhovno sodišče RS obravnavalo zahtevo za varstvo zakonitosti, ki jo je tožilec vložil v zadevi, v kateri je prvostopenjsko sodišče v pravnem pouku zapisalo, da ima stranka na voljo petnajstdnevni pritožbeni rok, ko pa je ta rok izkoristila, je pritožbeno sodišče pritožbo zavrglo, saj je bil zamujen osemdnevni pritožbeni rok, ki je stranki na voljo v sporu majhne vrednosti. Sodišče je namreč menilo, da je določba o roku kogentna in prekluzivna. Vrhovno sodišče RS je zapisalo: »Napačen pravni pouk o pravici do pritožbe ne more biti v škodo stranke, ki se po njem ravna. V skladu z določbo 25. člena URS je pravica do pritožbe ustavna pravica in ena izmed temeljnih človekovih pravic. Pritrditev drugačnemu stališču bi pomenila, da bi pravdni stranki (pravni pouk o pravici do pritožbe veže obe stranki postopka) bili prikrajšani v svoji ustavni pravici do vložitve pravnega sredstva, če bi vložili pritožbo po preteku zakonskega roka, vendar še vedno v okviru roka, podeljenega – sicer v nasprotju z zakonom – s pravnim poukom. Z napačnim pravnim poukom o pravici do pritožbe je stranka v eni od svojih temeljnih, ustavnih pravic zavedena v zmoto glede dolžine pritožbenega roka, zaradi česar ne sme trpeti škodljivih posledic.«<sup>52</sup>

<sup>50</sup> VSL sodba II Cp 2226/2014 z dne 15. 10. 2014.

<sup>51</sup> VSL sodba III Cp 929/2009 z dne 21. 4. 2009.

<sup>52</sup> VS RS sklep II Ips 488/2002 z dne 25. 9. 2003.

### 3.2.2. Sklepno o odsotnosti pravnega pouka v zvezi s posebnostmi pritožbe v sporih majhne vrednosti

Menim, da je treba razlikovati med neobstoječim ali nepopolnim pravnim poukom in napačnim pravnim poukom, poleg tega je razlika, ali je bila pritožba le bolj omejena, kot je stranka zaradi odsotnosti pravnega pouka mislila, ali pa zaradi ravnanja sodišča stranka pritožbe sploh ni mogla vložiti. Treba je pritrditi Vrhovnemu sodišču RS, da v situaciji, ko je sodišče stranko napačno poučilo o pritožbenem roku, stranka pa je nato vložila pritožbo v roku, ki ga je v pravnem pouku zapisalo sodišče, napačen pravni pouk ne more iti v škodo stranke. Poleg tega, da je sodišče stranko zavedlo, bi bila posledica zavrženja za stranko zelo huda, tudi protiustavna, saj po poteku osem dnevnega roka sploh ne bi mogla vložiti pravnega sredstva.

Strinjati pa se je treba tudi s prevladujočo sodno prakso, da v primerih, ko stranka ni bila poučena o omejenosti pritožbenih razlogov, pritožbenemu sodišču ni treba upoštevati tistih pritožbenih razlogov, ki jih v sporu majhne vrednosti zakon ne dopušča, saj bi sicer lahko pretirano poseglo v pravice nasprotne stranke. Pravni pouk namreč ni bil napačen, ampak neobstoječ (v rednem postopku v skladu s šestim odstavkom 324. člena v povezavi s 335. členom ZPP sodišče izrecno ne navede pritožbenih razlogov, ki jih je mogoče uveljavljati). Seveda pa je stranka, če je sodišče vodilo prvostopenjski postopek po pravilih o rednem postopku, vseeno zavedena, tako da rešitev ni enoznačna. Vendar je pri tehtanju treba upoštevati tudi dejstvo, da zaradi odsotnosti pouka o omejenih pritožbenih razlogih ne more priti do tega, da stranka ne bi uveljavljala katerega od dopustnih pritožbenih razlogov, temveč le do tega, da je uveljavljala kakšnega »preveč«. Lahko pa se zgodi, da stranka v primeru, da bi vedela, da ne more uveljavljati napačne ali nepopolne ugotovitve dejanskega stanja, pritožbe sploh ne bi vložila, tako pa so ji v zvezi s tem nastali stroški. Tu je treba opozoriti na mnenje teorije, da se pritožba, ki uveljavlja nedovoljene pritožbene razloge, ne zavrže, temveč se obravnava in se preverijo tisti pritožbeni razlogi, ki jih pritožbeno sodišče preverja po uradni dolžnosti.<sup>53</sup> Tako bo lahko sodišče tudi ugotovilo, da je zaradi zmotne uporabe materialnega prava prišlo do nepopolne ugotovitve dejanskega stanja in zadevo vrnilo v novo sojenje.

Betettova meni, da opustitev pouka o posebnostih postopka v sporih majhne vrednosti v vabilu na glavno obravnavo v primeru, ko sodišče nato vseeno vodi postopek po pravilih za spore majhne vrednosti, pomeni absolutno bistveno kršitev določb pravnega postopka, saj stranki ni bila dana možnost obravna-

<sup>53</sup> Betetto v: Ude in Galič (2009), str. 730, in tam citirani viri.

vanja pred sodiščem (8. točka drugega odstavka 339. člena ZPP).<sup>54</sup> Vprašanje je, ali je sankcija, ki sledi ugotovitvi absolutno bistvene kršitve postopka, primerna ob opustitvi pouka o vsaki od teh posebnosti ali le pri nekaterih. Menim, da pri opustitvi pouka o omejenosti pritožbenih razlogov ne gre za kršitev načela kontradiktornosti iz 8. točke drugega odstavka 339. člena ZPP in da naj višje sodišče sodbo presoja v okviru omejenih pritožbenih razlogov. Kot (sicer v kontekstu nedovoljene pretvorbe rednega postopka v spor majhne vrednosti zaradi znižanja zahtevka po koncu glavne obravnave) zapiše tudi Galič: »Upravičenih razlogov, da bi stranka v postopku ravnala glede česar koli drugače, če bi vedela, da so pritožbeni razlogi omejeni, ni.«<sup>55</sup> Situacija se namreč bistveno razlikuje od tiste, ko stranka ne bi bila pravočasno opozorjena na prekluzijo navajanja dejstev in dokazov na prvi stopnji, ki ima za stranko neprimerno hujše posledice.<sup>56</sup> Takrat je absolutno bistvena kršitev postopka nedvomno podana in je treba zadevo vrniti prvostopenjskemu sodišču v novo sojenje. Naj še omenim, da tudi Vrhovno sodišče RS pri presoji pravice do revizije v gospodarskih sporih, ki so bili na prvi in drugi stopnji pomotoma vodeni kot redni postopki, uporabi določbe ZPP o gospodarskih sporih in temu ustrezne višje mejne vrednosti za dopuščeno in dovoljeno revizijo.<sup>57</sup> Ker revizije v sporih majhne vrednosti ni, je v primeru, ko je bil postopek pred tem voden kot redni postopek, predlog za dopustitev revizije zavrglo, ko je ugotovilo, da gre za gospodarski spor majhne vrednosti.<sup>58</sup>

### 3.3. Dvofazni pritožbeni postopek v gospodarskih sporih majhne vrednosti

Kot je že bilo pojasnjeno, 496. člen ZPP določa, da v gospodarskih sporih majhne vrednosti sodišče najprej izda sodbo z zelo okrnjeno obrazložitvijo, če pa stranka napove pritožbo, sodišče izdelava obrazložitev sodbe po pravilih rednega postopka. Zoper tako obrazloženo sodbo se nato stranka lahko pritoži. Višje sodišče v Ljubljani je leta 2012 razsojalo v zadevi, v kateri je stranka zoper prvostopenjsko sodbo s skrajšano obrazložitvijo vložila vlogo, ki jo je, kolikor se da razbrati iz pritožbene odločbe, poimenovala »pritožba«. Sodišče je zaradi posebne dvofazne ureditve pritožbe v gospodarskih sporih majhne vrednosti to

<sup>54</sup> Betetto v: Ude in Galič (2009), str. 727.

<sup>55</sup> Avtor še nadaljuje: »Ne moremo reči, da je stranka upravičeno v postopek na prvi stopnji 'vložila nekoliko manj truda', saj se je zanesla, da bo tako in tako še možna polna pritožba.« Galič (2009), str. 73.

<sup>56</sup> Prim. Galič, prav tam.

<sup>57</sup> Glej npr. VS RS sklep II Ips 345/2009 z dne 15. 11. 2012 in sklep III DoR 112/2010 z dne 8. 3. 2011. Podrobneje o tem vprašanju Betetto (2014), str. 1093 in 1094.

<sup>58</sup> Sklep III DoR 36/2010 z dne 13. 7. 2010.

vlogo štelu za napoved pritožbe in nato izdalo sodbo z obrazložitvijo po pravilih rednega postopka. Stranka pa zoper to sodbo pritožbe ni vložila. V pritožbenem postopku je stranka trdila, da je bila že njena prva vloga pritožba, sodišče pa je zapisalo: *»Sama napoved pritožbe brez vložene pritožbe ne more biti predmet vsebinskega obravnavanja v pritožbenem postopku. Tožena stranka namreč nima pravnega interesa za obravnavanje napovedi pritožbe, ker pojmovno ne gre za pritožbo, ampak le za napoved bodoče pritožbe, ki bi morala biti šele vložena zoper sodbo s polno obrazložitvijo.«*<sup>59</sup> Napoved pritožbe je zato na podlagi smiselne uporabe pravil o pritožbi zavrglo.

Menim, da je taka strogost pretirana. Popolna obrazložitev je pravica stranke, in če je ta že na podlagi sumarne obrazložitve vložila vlogo, ki jo je poimenovala »pritožba«, bi jo moralo sodišče tudi upoštevati kot pritožbo. Vprašanje je le, ali mora sodišče v takem primeru vseeno izdelati popolno obrazložitev – ker je ta pomembna za instančno odločanje, mora biti odgovor pritrdilen. Naj omenim, da je Višje sodišče v Ljubljani odločalo tudi v primeru, ko prvostopenjsko sodišče samo ni upoštevalo dvofaznega postopka, ampak je takoj izdalo sodbo s »polno« obrazložitvijo. Pritožbeno sodišče je menilo, da ima prvostopenjsko sodišče le možnost izdati sodbo s skrajšano obrazložitvijo, te možnosti pa lahko tudi ne izkoristi.<sup>60</sup> V obravnavani zadevi je namreč stranka po prejemu polno obrazložene sodbe s pravnim poukom o pritožbi (ne pa o »napovedi pritožbe«) vložila vlogo, ki jo je poimenovala »napoved pritožbe«. Ker v njej ni navajala nobenih pritožbenih razlogov (ugibamo lahko, da jih je nameravala v kasnejši »pritožbi«, čeprav to ni nujno), je pritožbeno sodišče prvostopenjsko odločbo preverilo glede kršitev, na katere je moralo paziti po uradni dolžnosti. Presenetljivo je, da naj bi bila torej skrajšana odločba nekakšna pravica sodišča, ki jo lahko izkoristi ali pa ne, stranka pa mora v vsakem primeru počakati na polno obrazloženo sodbo in ne more pritožbe vložiti že zoper skrajšano sodbo, čeprav so ji ugotovitve sodišča in razlogi za odločbo lahko v celoti znani.

Zanimiva je tudi odločba Vrhovnega sodišča RS, s katero je odločilo o primeru, ko je sodišče stranki pomotoma dvakrat vročilo sodbo z okrnjeno obrazložitvijo, namesto da bi ji potem, ko je napovedala pritožbo, vročilo sodbo s popolno obrazložitvijo. Kolikor je razbrati iz odločbe, je bila pritožba zavržena kot prepozna, saj je pritožnik zamudil pritožbeni rok, ki je začel teči od vročitve sodbe po napovedi pritožbe, čeprav je sodišče pomotoma vročilo enako – skrajšano – sodbo kot prvič, češ da bi se pritožnik moral pravočasno odzvati in sodišče opozoriti, da je že drugič prejel skrajšano sodbo. Vrhovno sodišče RS je zapisalo:

<sup>59</sup> VSL sklep I Cpg 1148/2012 z dne 17. 10. 2012. Enako tudi VSL sklep II Cpg 18/2015 z dne 2. 2. 2015.

<sup>60</sup> VSL sodba II Cpg 757/2014 z dne 14. 9. 2014.

»Pri presoji dopustnosti zavrženja pritožbe, ki temelji na domnevno nevestnem pritožnikovem ravnanju, je treba upoštevati, da je bila revidentu s tem odvzeta pravica do pravnega sredstva, ki jo zagotavlja 25. člen Ustave. Stranka ne more nositi tako hudih posledic napake sodišča pri vročanju, četudi bi jih bila z vestnim ravnanjem morda lahko omilila ali preprečila.« Pritožbo je zato v tem primeru treba šteti za pravočasno.<sup>61</sup>

Glede vprašanja, kateri del odločbe mora sodišče po napovedi pritožbe polno obrazložiti, je Vrhovno sodišče RS leta 2002 sprejelo naslednje načelno pravno mnenje: »V gospodarskih sporih majhne vrednosti in postopkih za izdajo plačilnega naloga veljajo določbe o pritožbenem postopku po 496. členu ZPP tudi za sklepe, izdane hkrati s sodbo. Stranka lahko napove, zoper kateri del odločbe bo vložila pritožbo. V takem primeru mora sodišče prve stopnje izdelati obrazloženo odločbo samo glede tistega dela izreka, proti kateremu je napovedana pritožba. Če stranka ne napove, v katerem delu bo vložila pritožbo, je treba obrazložiti odločbo v celoti v tistem delu, s katerim stranka, ki je napovedala pritožbo, v sporu ni uspela. V vsakem primeru pa mora obrazložena odločba vsebovati celoten izrek, enak kot odločba s skrajšano obrazložitvijo.«<sup>62</sup> Na isti seji je Vrhovno sodišče RS sprejelo tudi načelno pravno mnenje glede možnosti, da v določenih primerih polno obrazložitev izdelata drug sodnik, kot je sodil v sporu: »V primeru, ko je odločbo po prvem odstavku 496. člena ZPP izdal sodnik, ki po izdaji odločbe iz objektivnih razlogov ne more v roku iz petega odstavka 496. člena ZPP izdelati obrazložitve (zaradi prenehanja sodniške funkcije, daljše bolezni ...), lahko izdelata obrazložitev drug sodnik, ki mu je zadeva dodeljena v skladu s Sodnim redom.«<sup>63</sup> Če se je s prvim načelnim mnenjem mogoče brez zadržkov strinjati in le konkretizira zakonsko določbo, pa je drugo vprašanje bolj kompleksno in je bilo treba tehtati, ali cilj ekonomičnosti in hitrosti postopka upravičuje, da razloge za odločitev, med drugim tudi dokazno oceno, pojasnjuje drug sodnik, kot je tisti, ki je odločitev sprejel. Vrhovno sodišče RS je očitno menilo, da s tem temeljna načela postopka (npr. načelo neposrednosti) niso kršena oziroma da je njihova omejitev dopustna zaradi doseganja hitrosti in ekonomičnosti postopka v gospodarskem sporu majhne vrednosti.

## 4. Sklep

Spori majhne vrednosti niso tudi spori majhnega pomena. Za večino posameznikov 2.000 evrov ni majhen znesek, majhen je pravzaprav le s stališča, da ta

<sup>61</sup> Sklep III Ips 23/2010 z dne 2. 4. 2010.

<sup>62</sup> Načelno pravno mnenje, občna seja VSS, 26. 6. 2002.

<sup>63</sup> Načelno pravno mnenje, občna seja VSS, 26. 6. 2002.

znesek hitro dosežejo stroški postopka in je zato utemeljeno postopkovna pravila prilagoditi tako, da bo reševanje teh sporov »rentabilno«. Spori majhne vrednosti tudi s širšega ekonomskega stališča še zdaleč niso nepomembni. Nasprotno, gre za najpogostejše sodne postopke, njihova učinkovitost pa ima dolgoročne posledice na obnašanje potrošnikov in podjetij na trgu.

Preučitev zakonskih določb, stališč teorije in sodne prakse v zvezi z obrazložitvijo sodbe v sporih majhne vrednosti kažejo, da bi bilo treba določbe ZPP na tem področju dopolniti in delno spremeniti. Z uporabo obstoječih so namreč v praksi takšne težave, da se prvostopenjska sodišča iz previdnosti raje odločajo za izdelavo obrazložitve z enakimi sestavinami kot v rednem postopku, s tem pa določbe v sporu majhne vrednosti ne dosežejo cilja pospešitve postopka in razbremenitve sodišča. Že brez spremembe zakona pa se je treba zavzeti za enotno sodno prakso višjih sodišč, ki bi lahko prvostopenjskim posredovala nedvoumen signal o tem, kakšne obrazložitve pričakujejo.

Tudi v zvezi s pritožbo in predvsem poukom o posebnostih pritožbe v sporih majhne vrednosti je sodna praksa morala zavzeti stališče do številnih vprašanj, ki v ZPP niso izrecno urejena. Prvostopenjska sodišča namreč nemalokrat opustijo pouk ali stranke poučijo napačno. Le redko tudi spoštujejo pravilo, da je treba v sporih majhne vrednosti sodbo ustno razglasiti takoj po koncu glavne obravnave, ob tem pa stranki tudi poučiti o pogojih, pod katerimi se lahko pritožita. Ker do teh težav pogosto pride zato, ker je prvostopenjsko sodišče spor pomotoma vodilo po pravilih rednega postopka, namesto da bi uporabilo določbe o sporih majhne vrednosti, bi bilo smiselno tudi ozaveščanje prvostopenjskih sodnikov o pomembnosti natančnega razmejevanja med rednim in posebnimi postopki (podobne težave, ko šele instančna sodišča ugotovijo, da gre za posebni postopek, so tudi v gospodarskih sporih). Menim, da pri obravnavi tovrstnih napak višja in Vrhovno sodišče RS razmeroma dobro krmilijo med upravičenimi pričakovanji strank in upoštevanjem kogentnosti zakonskih določb.

Nedodelane zakonske določbe in neenotna sodna praksa, ki smo jim vsaj glede nekaterih pomembnih vprašanj v sporih majhne vrednosti priča v Sloveniji, povečujejo stroškovno in časovno tveganje sprožanja takih postopkov. Možne posledice takega stanja so manj sproženih sporov, bolj zadržano obnašanje potrošnikov (pri razmisleku o nakupu določenega izdelka bo ozaveščen potrošnik upošteval tudi, kakšne so možnosti za reševanje morebitnih težav s sopogodbениkom), in manj dosledno spoštovanje zakonodaje pri podjetjih. Zato bi bilo treba določbe ZPP o postopkih v sporih majhne vrednosti izpopolniti, na sodiščih pa se zavzeti za njihovo enotno razlago in dosledno uporabo.

## Literatura in viri

- BETETTO, Nina, Postopek v sporih majhne vrednosti, *Pravosodni bilten*, 2009, str. 91–112.
- BETETTO, Nina, Postopek v sporih majhne vrednosti, *Pravosodni bilten*, 2002, str. 65–71.
- BETETTO, Nina, Razmejitev med rednim pravnim postopkom in gospodarskim sporom. *Podjetje in delo*, 2014, št. 6-7, str. 1081–1095.
- Council of Europe/European Court of Human Rights. Guide on Article 6, Right to a fair trial (civil limb), European Court of Human Rights, 2013, [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf) (10. 7. 2015).
- GALIČ, Aleš, *Ustavno civilno procesno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- GALIČ, Aleš, *Prve praktične izkušnje z novelo ZPP-D v postopku na prvi stopnji*. Pravni letopis, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2009, str. 55–76.
- GALIČ, Aleš, BETETTO, Nina, *Evropsko civilno procesno pravo I*. Ljubljana: GV Založba, 2011.
- IVANC, Tjaša, Učinkovitost Uredbe o postopkih v sporih majhne vrednosti in analiza predvidenih novosti po predlogu o spremembi uredbe, *LeXonomica – Revija za pravo in ekonomijo*, 2014, let. VI, št. 1, str. 49–72.
- JEREB, Ana, Sodbe majhne vrednosti in dolge obrazložitve. *Pravna praksa*, 2014, št. 10, str. 6–8.
- KRAMBERGER ŠKERL, Jerca, Spor majhne vrednosti – predlog evropske uredbe in možne novosti v ZPP. V: Ude, L. (ur.), *Izbrane teme civilnega prava II*. Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, 2007, str. 89–106.
- KRAMBERGER ŠKERL, Jerca, Nova uredba o evropskem postopku v sporih majhne vrednosti. *Pravna praksa*, 2007, št. 33, str. 8–10.
- UDE, Lojze, GALIČ, Aleš (ur.), *Zakon o pravnem postopku s komentarjem*, 2. knjiga. Ljubljana: GV Založba in Uradni list Republike Slovenije, 2006.
- UDE, Lojze, GALIČ, Aleš (ur.), *Zakon o pravnem postopku s komentarjem*, 3. knjiga, Ljubljana: GV Založba in Uradni list Republike Slovenije, 2009.
- ŠORLI, Tjaša, *Standard obrazloženosti sodnih odločb v civilnih zadevah* (s poudarkom na praksi Ustavnega sodišča Republike Slovenije). Magistrska naloga (neobjavljena). Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, maj 2015.
- TESTEN, Ana, Postopek v sporih majhne vrednosti. *Pravna praksa*, 2008, št. 47, str. 11–13.
- TESTEN, Ana, Evropski postopek v sporih majhne vrednosti. *Pravna praksa*, 2010, št. 5, str. 6–8.
- VAN DIJK in drugi (ur.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. izd. Antwerpen, Oxford: Intersentia, 2006.





# Uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov za znižanje plačila po OZ in ZVPot v sodni praksi – je res potrebno razlikovanje?

Špelca Mežnar

## 1. Uvod

V zadnjih letih je bila razprava o tem, ali je zahtevek za znižanje kupnine (*actio quanti minoris*) kot ena izmed kupčevih pravic v okviru jamčevalnih zahtevkov tožbena oblikovalna pravica, ki jo je treba uveljaviti sodno, ali opcijsko upravičenje, ki se uveljavlja zgolj z izjavo stranke, precej živahna.<sup>1</sup> Lahko bi rekli, da gre za primer koristne in uspešne strokovne izmenjave pogledov, saj je Vrhovno sodišče v letu 2013<sup>2</sup> zavzelo stališče, da gre v primeru uveljavljanja zahtevka na podlagi druge točke prvega odstavka 468. člena Obligacijskega zakonika<sup>3</sup> (v nadaljevanju: OZ) za tožbeno oblikovalno upravičenje. To pomeni, da je treba znižanje kupnine (če je kupec še ni plačal) oziroma vračilo »preplačanega« zneska (v primeru, ko je kupec že plačal celotno kupnino) zahtevati ne le z dajatenim, pač pa tudi oblikovalnim zahtevkom. Kadar se kupec prodajalčevega zahtevka za plačilo celotne kupnine brani z uveljavljanjem tega jamčevalnega zahtevka, pa mora vložiti nasprotno oblikovalno tožbo; ugovor ne zadošča.<sup>4</sup> Stališče Vrhovnega sodišča, ki je s tem rešilo precej zadreg v praksi, je treba vsekakor pozdraviti.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Glej npr. Bernard, str. 14; Galič (2009), str. 9; Velkaverh; Georgievski, str. 631.

<sup>2</sup> Sodba II Ips 38/2012 z dne 17. 10. 2013. Svoje stališče je potrdilo tudi v sodbi II Ips 68/2012 z dne 18. 9. 2014 (točka 10 obrazložitve).

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 83/2001.

<sup>4</sup> Galič, str. 9. Vendar takšno stališče ni dosledno sprejeto v sodni praksi, zato v zvezi z vprašanjem, ali mora tudi toženec zoper prodajalčev dajaten zahtevek za plačilo celotne kupnine vložiti nasprotno tožbo ali ne, v praksi še naprej vlada negotovost. V zvezi z zahtevkom za znižanje najemnine je Vrhovno sodišče letos avgusta dopustilo revizijo (II DoR 210/2015 z dne 27. 8. 2015), ki bo gotovo razjasnila dvome glede tega vprašanja: »Revizija se dopusti glede pravnega vprašanja, ali gre v konkretnem primeru tudi po nasprotni tožbi dejansko za upravičen zahtevek jamčevalne narave in ali je treba v primeru, če gre po nasprotni tožbi za jamčevalni zahtevek, postaviti ... poleg dajatvenega zahtevka (iz naslova preveč zaračunane in preveč terjane najemnine) tudi oblikovalni zahtevek za znižanje najemnine.«

<sup>5</sup> Vendar pa dilema očitno ni bila dokončno razrešena: Vrhovno sodišče je namreč junija 2014 (VS RS sklep II DoR 134/2014 z dne 18. 6. 2014) dopustilo revizijo »glede vprašanja, ali je pri

Žal pa je Vrhovno sodišče v letu 2014, ko je presojalo ustreznost pravne podlage za uveljavljanje jamčevalnega zahtevka za nakup stanovanja, zamudilo priložnost, da bi se opredelilo še do načina uveljavljanja potrošnikovega zahtevka za znižanje kupnine na podlagi 37.c člena Zakona o varstvu potrošnikov<sup>6</sup> (v nadaljevanju: ZVPot). Nakazalo je celo možnost, da je drugače od kupčevega zahtevka na podlagi OZ potrošnikov zahtevkov za znižanje kupnine (37.c člen ZVPot) zgolj opsijska oblikovalna pravica; za njegovo uveljavitev torej ne bi bila potrebna posebna oblikovalna tožba, pač pa zadošča že pravilno izražena in sporočena potrošnikova izjava volje.<sup>7</sup> Ker je v letu 2015 takšno (po mojem mnenju zmotno) stališče izrecno zavzelo Višje sodišče v Ljubljani<sup>8</sup> in s tem v določenem obsegu usmerilo bodoči razvoj sodne prakse pri uporabi 37.c člena ZVPot, se bojim, da je razprava o načinu uveljavljanja jamčevalnega zahtevka za znižanje kupnine še vedno (ali pa spet) aktualna.

Pojasnila bom, zakaj je po mojem mnenju treba zahtevke za znižanje kupnine v vseh procesnih položajih uveljavljati z oblikovalno tožbo, zaradi česar tudi različno obravnavanje jamčevalnih zahtevkov za znižanje kupnine v ZVPot in OZ ni utemeljeno (čeprav zakonodajalcu nesporno lahko očitamo malomarnost pri oblikovanju določb ZVPot). Zavzemam se za to, da bi sodna praksa sledila predstavljenim argumentom v podporo sodnemu uveljavljanju vseh zahtevkov za znižanje (ali delno vračilo) kupnine (oziroma plačila storitev) in bi citirani judikat Višjega sodišča v Ljubljani (p)ostal izjema. V zvezi s tem predstavljam tudi svoj pogled na primerno sodniško vodenje postopka v primeru, ko kupec postavi oblikovalni zahtevek za znižanje kupnine, sodišče pa mu ne namerava (v celoti) ugoditi.

---

*uveljavljanju jamčevalnega zahtevka za znižanje kupnine dovolj postaviti samo dajatveni zahtevek ali je predhodno potrebno postaviti tudi oblikovalni zahtevek ter pomen večinske sodne prakse v trenutku vložitve zahtevka in odločanja o njem pred sodiščem prve stopnje za odgovor na navedeno vprašanje».* To bi lahko pomenilo, da namerava Vrhovno sodišče znova premisliti o pravilnosti lastnega stališča glede sodnega uveljavljanja zahtevka za znižanje kupnine, poleg tega pa bo razjasnilo tudi, ali je bila odločitev nižjih sodišč, ki so kljub poznavanju judikata Vrhovnega sodišča iz leta 2013 dopustila uveljavitev znižanja kupnine zgolj z dajatvenim zahtevkom, ker je bila sodna praksa pred letom 2013 neenotna, pravilna.

<sup>6</sup> Uradni list RS, št. 20/1998.

<sup>7</sup> Sodba II Ips 68/2012 z dne 18. 9. 2014. Kot bo razvidno iz nadaljevanja, se Vrhovno sodišče sicer izrecno o tem ni izreklo, je pa opozorilo na takšna stališča v teoriji in poudarilo, da samo o tem (še) ne bo odločilo.

<sup>8</sup> II Cp 1438/2014 z dne 28. 1. 2015.

## 2. Splošno o naravi in načinu uveljavljanja zahtevka za znižanje kupnine v OZ

### 2.1. Zahteva za znižanje kupnine v OZ v povezavi z enakopravnostjo pogodbenih strank in drugimi splošnimi načeli obligacijskega ter civilnega procesnega prava

Pravica do znižanja kupnine je po svoji naravi oblikovalno (pravotvorno) upravičenje, katerega bistvena značilnost je, da ima ena od strank sama možnost vplivati na nastanek, prenehanje ali spremembo (obstoječega) pravnega razmerja z drugo stranko.<sup>9</sup> Glede na to, ali se oblikovalno upravičenje uveljavlja s preprosto izjavo volje ali s tožbenim zahtevkom, razlikujemo opcijska in tožbena oblikovalna upravičenja. Pri tem se je treba zavedati, da ne pri prvih ne pri drugih nastanek posledice ni odvisen od volje nasprotne stranke (to bi bilo v nasprotju z bistvom oblikovalnih pravic), pač pa zgolj od volje ene izmed strank (oblikovalnega upravičenca, v primeru zahteve za znižanje kupnine je to kupec).<sup>10</sup> Razlikovanje med prvimi in drugimi zato ne more biti logično utemeljeno s tem, ali stranka znižanje kupnine zahteva od sodišča ali od druge stranke.<sup>11</sup> Narava oblikovalnih pravic zahteva, da jo stranka uveljavi sama, enostransko. Ugotoviti je treba le, ali svojo pravico uveljavi z izjavo ali s tožbo. V obeh primerih je dejanje usmerjeno proti nasprotni stranki (tožba je vložena zoper oblikovalnega zavezanca; njemu mora upravičenec podati pisno izjavo); res pa obstaja bistvena razlika v časovnem učinkovanju oblikovalnega upravičenja: do spremembe pravnega razmerja z realizacijo opcije (pogodba z nižano kupnino) bi moralo priti takoj, ko oblikovalni zavezanec (prodajalec), prejme obvestilo (izjavo) o tem, medtem ko pri tožbeni oblikovalni pravici učinek spremembe pogodbenega razmerja nastopi šele s pravnomočnostjo sodne odločbe.

Kupec ima po splošnih pravilih o jamčevanju v primeru stvarnih napak (te so v praksi pogostejše od pravnih) na voljo več zahtevkov, med katerimi je znižanje kupnine relativno priljubljen ukrep. Gre za tako imenovano spreminjevalno oblikovalno pravico (stranka spreminja vsebino pravnega razmerja).<sup>12</sup> Pridružujem se Galičevemu stališču o tem, da jezikovna razlaga druge točke prvega odstavka 468. člena OZ zahteva sodno uveljavljanje znižanja kupnine s pomočjo obliko-

<sup>9</sup> Georgievski, str. 631.

<sup>10</sup> Georgievski, str. 631. Avtorica opozarja, da je v bistvu oblikovalnih pravic dejstvo, da mora oblikovalni zavezanec oblikovanje trpeti.

<sup>11</sup> Tako Galič, str. 9. Enako tudi Plavšak v: Plavšak in drugi, str. 169.

<sup>12</sup> Georgievski, str. 644.

valne tožbe.<sup>13</sup> Res je sicer, da dosledno izpeljavo sodnega uveljavljanja znižanja kupnine v obeh procesnih položajih (tožnika in toženca) nekoliko zaplete omejevanje »ugovora« v 480. členu OZ,<sup>14</sup> na kar opozarja tudi Velkaverh. Vendar je po mojem mnenju treba šteti, da gre za zakonsko nedoslednost, saj pisci zakona niso vedno upoštevali procesnopравnih vidikov uveljavljanja obligacijskih pravic.<sup>15</sup> Ni logično trditi, da gre za tožbeno oblikovalno pravico, pri tem pa dopustiti, da se jo, kadar upravičenec nastopa na pasivni strani, po določenem času uveljavlja z ugovorom. Če dosežemo večinski konsenz o tem, da je potrebno sodno uveljavljanje zahtevka za znižanje kupnine, je strokovno edino sprejemljivo, da takšno zahtevo dosledno uveljavimo v vseh procesnih položajih – tako na aktivni kot na pasivni strani in neodvisno od tega, kdaj (pred potekom prekluzivnega roka ali po njem) se toženec sklicuje na znižanje kupnine.<sup>16</sup> Vidik procesne pravne varnosti mora prevladati nad dejstvom, da OZ govori o »ugovoru«.<sup>17</sup> Smisel 480. člena OZ primarno namreč ni v tem, da uredi način uveljavljanja pravice, pač pa v tem, da omogoči kupcu, da se pod določenimi pogoji na jamčevalno pravico sklicuje tudi po poteku prekluzivnega roka, ki sicer velja za jamčevalne zahtevke. Če mu to omogočimo, je v resnici manj pomembno, ali zahtevamo, da to stori z ugovorom ali nasprotno tožbo. Menim tudi, da ima sodišče v takšnem primeru v okviru materialnega procesnega vodstva pooblastilo, da toženca opozori na pravilno procesno uveljavljanje njegovega ugovora v situaciji, ko je praksa (še) nejasna oziroma ni ustaljena.<sup>18</sup> Na ta način je kupčev položaj dovolj zavarovan.

<sup>13</sup> Smiselno enako tudi Plavšak v: Plavšak in drugi, str. 169, 197, 198. Enako tudi Georgievski.

<sup>14</sup> Drugi odstavek 480. člena OZ določa: »Kupec, ki je pravočasno obvestil prodajalca o napaki, pa lahko po preteku tega roka (enoletnega prekluzivnega, op. Š. M.), če še ni plačal kupnine, kot ugovor zoper prodajalčev zahtevek, naj mu plača kupnino, uveljavlja svoj zahtevek, naj mu zniža kupnino ali povrne škodo.«

<sup>15</sup> Enako stališče glede uveljavljanja paulijanskega ugovora v izločitveni pravdi z oblikovalnim zahtevkom v nasprotni tožbi (ko se upnik na podlagi ugovora tretjega v izvršilnem postopku zoper dolžnika v postopku zaradi tožbe za ugotovitev nedopustnosti izvršbe brani z ugovorom na podlagi 259. člena OZ) zastopata tudi Ovčak Kos in Razdrih, str. 714. Tudi 259. člen OZ namreč izrecno govori o »ugovoru«. Drugačno stališče glede 259. člena OZ zastopa Georgievski, str. 632.

<sup>16</sup> Zdi se sicer, da vsaj glede 480. člena OZ in 259. člena OZ Galič zastopa stališče, da mora prevladati jezikovna razlaga in je torej po preteku prekluzivnega roka za uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov dopusten ugovor (brez posebnega oblikovalnega zahtevka), vendar je težko razumeti, zakaj bi do izteka prekluzivnega roka od toženca zahtevali vložitev nasprotno tožbe, po izteku roka pa dopustili uveljavljanje znižanja kupnine zgolj z ugovorom. Na to opozarja tudi Velkaverh, vendar drugače od njega menim, da je treba 480. člen OZ razlagati tako, kot razlagata 259. člen OZ Ovčak Kosova in Razdrih: da je torej kljub uporabi besede »ugovor« ob upoštevanju procesnopравnih zahtev potrebna oblikovalna tožba. Na podlagi 480. člena pa bi moralo biti dopustno nasprotno tožbo za znižanje kupnine vložiti tudi po preteku enoletnega prekluzivnega roka.

<sup>17</sup> Podobno glede 590. člena OZ Georgievski, str. 647, 648.

<sup>18</sup> Obširno o pooblastilih sodišča v teh primerih z navedbo sodne prakse in teorije Ovčak Kos in Razdrih, str. 712.

Celo jezikovna razlaga podpira takšno stališče. OZ namreč napotuje kupca, da (kot ugovor) »uveljavlja **svoj zahtevek, naj mu zniža kupnino**«.

Za takšno rešitev govori tudi dejstvo, da se toženci zoper zahtevek za (celotno ali delno) plačilo mnogokrat branijo s precej pavšalnimi ugovori znižanja kupnine (oziroma plačila, če gre za storitve), obveznost vložitve nasprotno tožbe pa takšna taktiziranja omejuje. Zakonska rešitev, po kateri bi se kupec po preteku enoletnega prekluzivnega roka kot toženec v pravdi na plačilo kupnine res smel braniti samo z ugovorom, bi končno pomenila neuravnoteženo delitev obveznosti v škodo prodajalca. Kupcu bi se namreč splačalo z uveljavljanjem zahtevka za znižanje kupnine čakati, saj s tem ničesar ne bi izgubil, kvečjemu pridobil: medtem ko mora v prvem letu po pregledu in grajanju znižanje kupnine v obeh procesnih položajih uveljavljati z oblikovalno tožbo, bi po preteku tega roka zadoščal zgolj ugovor, s čimer bi se izognil tudi plačilu sodne takse.

## 2.2. Zakaj opcijsko oblikovalno upravičenje v primeru *actio quanti minoris* ni primerno

S pogledi Velkaverha, da bi zadoščalo, da se jamčevalni zahtevki za znižanje kupnine uveljavijo zunajsodno z navadno izjavo, se ne morem strinjati tudi iz drugih razlogov: zahtevek na znižanje kupnine je edini izmed jamčevalnih zahtevkov, ki bistveno posega v vsebino (prodajne) pogodbe. Izpolnitvena zahtevka (odprava napake ali zamenjava stvari) namreč ne spreminjata niti predmeta niti cene, odstop od pogodbe pa pomeni njeno prenehanje. Ni neobičajno, da ima ena od strank obligacijskega razmerja enostransko (opcijsko) odstopno upravičenje, zelo neobičajno v pogodbenem pravu pa je, da ima ena izmed strank brez tožbe pravico naknadno spreminjati bistvene sestavine pogodbenega razmerja. Prav do slednjega bi pripeljala uveljavitev stališča, da sme znižanje kupnine kupec realizirati zunaj pravde.<sup>19</sup> Primeri, ko sme stranka zahtevati enostransko spremembo pogodbenega razmerja, so v našem obligacijskem pravu brez izjeme vezani na sodno intervencijo, torej potrebo po oblikovalni tožbi.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Podobno tudi Cigoj, ko se je izrecno zavzel za tožbeno uveljavljanje znižanja kupnine, medtem ko za uveljavljanje odstopnega upravičenja (v okviru jamčevalnih zahtevkov) zadošča izjava volje. Cigoj, str. 857: »Zaradi tega ne more biti pomislekov, da bi naše pravo vpeljalo splošno možnost odstopa od pogodbe, medtem ko znižanje plačila ne bi smelo biti enostransko. Če ni sporazuma, je treba zahtevek uveljavljati pred sodiščem.«

<sup>20</sup> Primera spreminjivalnih oblikovalnih pravic sta še sprememba obveznosti na podlagi spremenjenih okoliščin ter znižanje previsoke pogodbene kazni in are. V vseh teh primerih se Georgievski zavzema, da je potrebno sodno uveljavljanje pravic z oblikovalno tožbo, temu pa večinoma sledi tudi sodna praksa. Tako npr. Vrhovno sodišče v primeru, ko nasprotna stranka v postopku na podlagi rebus sic stantibus predlaga prilagoditev (spremembo) pogodbenih pogojev, zahteva, da to stori z nasprotno tožbo (VS RS sodba in sklep II Ips 1034/2007 z dne 11. 12. 2008 ter VS RS sodba II Ips 153/2011

Če namreč pravilno razumemo naravo opcijskega upravičenja, bi moralo biti jasno, da gre za enostransko pravico stranke, ki glede svoje vsebine ne sme biti (več) podvržena sodni kontroli. To pomeni, da se sodišče v pravdi z dajatvenim zahtevkom na vrnitev »preplačane« kupnine (če predpostavimo, da dajatveni zahtevek zadošča) ne bi smelo spuščati v »pravilnost«, »utemeljenost« in »pravičnost« obsega znižanja, ki ga je izvedel kupec, ampak bi smelo preverjati zgolj, ali so bili za takšno dejanje izpolnjeni materialnopravni pogoji (je bila izjava o znižanju pravilno izražena in vročena prodajalcu; ali napaka dejansko obstaja). Če priznamo kupcu opcijsko pravico znižati kupnino, mora takšna pravica po mojem mnenju obsegati pooblastilo, da kupec (dokončno) odloči o obsegu tega znižanja. Če sodišču damo možnost, da vsebinsko preverja, ali je kupčevo znižanje utemeljeno po višini, s tem povsem izvotlimo pomen opcijskega oblikovalnega upravičenja, saj upravičencu dejansko odvzamemo možnost oblikovanja pravnega razmerja – kar je bistvo opcijskega upravičenja.<sup>21</sup> Pravilna razlaga procesnih posledic v primeru uveljavljanja znižanja kupnine z zunajsodno izjavo volje bi bila po mojem mnenju zato takšna, da ima sodišče v postopku na podlagi dajatvene tožbe, ki znižanju sledi, zgolj omejena pooblastila presojeti obstoj pogojev za uveljavitev opcije, ne more pa presojeti utemeljenosti obsega znižanja. To je seveda nesprejemljivo, ker odpira vrata nevarnosti, da bi kupec obstoj stvarne napake zlorabil za nesorazmerno znižanje kupnine. Mislim, da to ni bil cilj zakonodajalca.

Drugače povedano: ker mora sodišče v vsakem primeru, torej tudi v primeru, da bi dopustili uveljavljanje znižanja kupnine zgolj z dajatvenim zahtevkom, presojeti, ali je bilo znižanje realizirano v ustreznem sorazmerju (dejansko torej presoja, ali je kupčevo znižanje kupnine upravičeno),<sup>22</sup> je bolj logičen sklep, da je pri preverjanju obsega znižanja kupnine potrebna sodna intervencija, kar govori v prid stališču, da zakon predpisuje tožbeno oblikovalno upravičenje.<sup>23</sup>

z dne 15. 9. 2011). Enako stališče je že pred tem zavzelo za spremembo pogodbe o dosmrtnem preživljanju. Sodba II Ips 13/95 z dne 4. 7. 1996, cit. po Georgievski, str. 639.

<sup>21</sup> V primeru klasične opcijske pogodbe o nakupu delnic (call opcija) ima opcijski upravičenec opcijsko oblikovalno upravičenje, z uresničljivijo katerega povzroči sklenitev pogodbe pod točno določenimi in vnaprej znanimi pogoji. Kupec (opcijski upravičenec) torej nima pravice, da bi ob uresnitvi opcije enostransko določal bistvene sestavine pogodbe – te so v soglasju z drugo stranko določene vnaprej. To bi v primeru znižanja kupnine pomenilo, da bi morali biti za učinkovito uveljavljanje opcije v prodajni pogodbi vnaprej določeni pogoji za znižanje kupnine (za določene vrste stvarne napake določen odstotek ali znesek).

<sup>22</sup> Pri čemer pri tem presojanju ne gre za odločanje o predhodnem vprašanju, ker je to institut, ki je po svojem bistvu vezan na ugotovitveno, ne pa na oblikovalno tožbo. Glej Galič, str. 9.

<sup>23</sup> Georgievski v zvezi s tem opozarja na tri elemente, ki so imanentni tožbenim oblikovalnim pravicam: (i) očitno nesorazmerje med obveznostmi strank; (ii) pravica prizadete stranke, da zahteva spremembo obveznosti in (iii) vloga sodišča, da obveznost spremeni.

Čeprav se na prvi pogled zdi obveznost uveljavljanja znižanja kupnine s tožbo (ali nasprotno tožbo) bolj zapletena za kupca kot zgolj dajatveni zahtevek ali ugovor, je to le navidezni problem. Če bo sodna praksa glede tega vprašanja jasna in bo dosledno zahtevala oblikovalno tožbo, je očitek o pravni negotovosti neutemeljen. Pravilo je namreč zelo preprosto: pri znižanju kupnine je treba vedno postaviti oblikovalni zahtevek. Za tožbe, ki so bile vložene pred oktobrom 2013,<sup>24</sup> pa v skladu s sodno prakso Vrhovnega sodišča že zdaj velja, da napačna postavitev zahtevka stranki ne sme iti v škodo.<sup>25</sup>

Menim, da tudi obremenitev s plačilom sodne takse ni prepričljiv argument v prid opciji naravi te pravice. Ko gre za kupca tožnika, ki toži za vračilo »preplačane« kupnine, je z vidika plačila sodne takse vseeno, ali ob dajatvenem postavi še oblikovalni zahtevek. Kupec je obremenjen s plačilom sodne takse v primeru, ko nastopa bodisi kot toženec, ki se zoper prodajalčev zahtevek na plačilo kupnine brani z nasprotno tožbo na znižanje kupnine (kar se bo praviloma zgodilo), bodisi kot tožnik, ki še pred plačilom kupnine toži na njeno znižanje (kar bo v praksi redko). Vendar se to ne zdi nesorazmerna zahteva, saj velja enako v vseh primerih, v katerih je oblikovalno upravičenje treba uresničiti s tožbo (npr. izpodbijanje pravnega posla, tudi ob nasprotni tožbi). Navsezadnje je bistvena prednost oblikovalne tožbe ta, da postane odločitev o spremembi pogodbe (znižana kupnina) pravnomočna, medtem ko v primeru zgolj dajatvene tožbe ali ugovora učinka erga omnes ni.

Glede na probleme, ki jih omenjam v prejšnjem odstavku, sem prepričana, da je tudi za kupca (vsaj dolgoročno) bolje, da uveljavi oblikovalni zahtevek in si zagotovi pravnomočno odločitev o znižani pogodbeni ceni.

V nadaljevanju ob predstavitvi aktualne sodne prakse analiziram, ali so predstavljeni argumenti v korist oblikovalne tožbe prepričljivi tudi v primeru znižanja kupnine v potrošniški prodajni pogodbi (37.c člen ZVPot).

### **3. Ali 468. člen OZ in 37.c člen ZVPot res zahtevata različno uveljavljanje znižanja kupnine**

Analiza določbe 37.c člena ZVPot, ki ureja pravico potrošnika (kupca) do znižanja kupnine v okviru jamčevalnih sankcij, kaže predvsem to, da je bil zakonodajalec malomaren pri uporabi strokovne terminologije. Tako ZVPot (med drugim) določa, da ima potrošnik »pravico od prodajalca zahtevati, da vrne del

<sup>24</sup> Takrat je Vrhovno sodišče zavzelo stališče o potrebnosti oblikovalnega zahtevka, II Ips 38/2013.

<sup>25</sup> Npr. VS RS sodba in sklep II Ips 348/2013 z dne 20. 8. 2015 (točka 22) ter sklep II Ips 261/2014 z dne 19. 3. 2015.



plačanega zneska v sorazmerju z napako«. Formulacija je slaba,<sup>26</sup> saj se določba ukvarja s posledico (vrnitev preplačanega zneska je le kondicijski zahtevk zaradi odpadle podlage za plačilo), ne pa s potrošnikovim jamčevalnim zahtevkom (ki je v znižanju kupnine), pa še to pomanjkljivo, saj ureja le eno izmed situacij, do katere lahko pride zaradi znižanja kupnine.<sup>27</sup>

Znižanja kupnine kot samostojnega jamčevalnega zahtevka ZVPot torej ne ureja neposredno, zato pri iskanju odgovora na vprašanje, ali enako kot OZ od potrošnika zahteva sodno uveljavljanje ali zadošča izjava volje, sama ne bi izhajala iz jezikovne razlage te (res slabo koncipirane) določbe. Zaradi slabe jezikovne kakovosti<sup>28</sup> je namreč pri njenem vsebinskem napolnjevanju primerneje primarno iskati namen določbe in upoštevati njen položaj v sistemu obligacijskega prava. Pri tem ne smemo zanemariti pomena in razlag sodne prakse (vključno s Sodiščem EU). Določba 37.c člena ZVPot je namreč v ZVPot prišla s prenosom *Direktive 1999/44 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in s tem povezanih garancijah*,<sup>29</sup> za razlago katere je v skladu z načelom avtonomne razlage pristojno Sodišče EU. Čeprav je doseg direktive omejen z njeno osebno veljavnostjo (velja le v razmerjih med podjetji in potrošniki), ureja tudi vprašanja, ki sicer spadajo v kanon obligacijskega prava: posledice kršitve pogodbe in kupčeve zahtevke v primeru izpolnitve z napako.<sup>30</sup>

Glede na povedano je seveda logično vprašanje, ali, kdaj in zakaj je utemeljena različna ureditev kupčevih jamčevalnih zahtevkov v ZVPot in OZ. Medtem ko so nekatere razlike posledica kogentnih določb direktive, ki smo jih bili zavezani implementirati v potrošniško zakonodajo<sup>31</sup> (ne pa tudi prenesti v splošna pravila obligacijskega prava, čeprav bi to lahko bilo v določenih primerih smiselno), pa drugih razlik direktiva ne zahteva, so se pa zaradi njenega površnega prenosa v ZVPot vseeno pojavile v sodni praksi. Ena takšnih je tudi razlikovanje med sodnim uveljavljanjem zahtevka za znižanje kupnine v primeru klasične prodajne pogodbe po OZ in opcijskim oblikovalnim upravičenjem potrošnika v primeru potrošniške prodajne pogodbe po ZVPot, ki je po mojem mnenju povsem nepotrebno in neutemeljeno.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Enako glede formulacije pri odstopnem upravičenju Možina (2012), str. 1437.

<sup>27</sup> ZVPot tako sploh ne predvideva, da potrošnik kot tožnik zahteva zgolj znižanje kupnine (ker še ničesar ni plačal) ali pa enak zahtevk postavi kot toženec, ki se upira plačilu celotne kupnine.

<sup>28</sup> Na splošno o slabi kakovosti ZVPot glej Možina (2012), str. 1437.

<sup>29</sup> Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ Nr. L 171 z dne 7. 7. 1999.

<sup>30</sup> Podrobno o tem Možina (2012), str. 310.

<sup>31</sup> Npr. dveletni jamčevalni rok po tretjem odstavku 37.c člena ZVPot (OZ pozna šestmesečnega).

<sup>32</sup> Da je vsebina zahtevkov v 468. členu OZ enaka zahtevkom iz 37.c člena ZVPot, meni tudi Plavšakova (Plavšak, str. 164). Je pa na straneh 165 in 169 komentarja OZ najti nasprotno stališče avtorice o tem, kdaj začne učinkovati znižanje kupnine.



### 3.1. Sodna praksa Vrhovnega sodišča in višjih sodišč v zadnjih letih

Do leta 2013 je v praksi vladalo precej kaotično stanje, saj so sodišča v pravnih zahtevkah za znižanje kupnine večinoma dopuščala zgolj dajatvene, včasih pa celo ugotovitvene zahtevke.<sup>33</sup>

Vrhovno sodišče je leta 2013<sup>34</sup> pri odločanju o vprašanju načina uveljavljanja zahtevka na znižanje kupnine na podlagi 468. člena OZ jasno povedalo, da je potrebna oblikovalna tožba:

»O znižanju kupnine ... ni mogoče odločiti kot o predhodnem vprašanju. Gre namreč za oblikovalno pravico, ki jo je mogoče uresničiti samo s tožbo, z oblikovalnim zahtevkom, in o njej odločiti z oblikovalno sodbo (drugi odstavek 480. člena OZ). Z njeno pravnomočnostjo odpade podlaga za plačilo tistega pogodbeno dogovorjenega zneska kupnine, za katerega jo je sodišče znižalo. S predhodnim vprašanjem se nasprotno ugotovi obstoj in vsebino (ali pa neobstoj) relevantnega pravnega razmerja ali pravice; o njem sodišče ne odloči, pač pa le zavzame stališče, katerega narava je deklaratorna.«

Enako stališče je zastopalo tudi v letih 2014 in 2015, ko je odločalo o tem, ali se za jamčevalne zahtevke kupca-potrošnika nepremičnine uporabi ZVPot ali OZ.<sup>35</sup>

»Zakonska določba iz 2. točke prvega odstavka 468. člena OZ, da stranka zahteva znižanje kupnine, pove, da gre za tožbeno oblikovalno pravico (nasprotna revizijska trditev ne drži): stranka lahko znižanje kupnine le zahteva od sodišča, ne more pa je doseči sama z enostransko izjavo. Zahteva jo z oblikovalno tožbo. Te v konkretnem primeru ni bilo in torej tudi ne oblikovalne sodbe, ki bi bila podlaga uveljavljanemu kondikcijskemu zahtevku.«

<sup>33</sup> Podrobneje o tem Georgievski, str. 645, 646 z napotili na judikate.

<sup>34</sup> Sodba II Ips 38/2012 z dne 17. 10. 2013.

<sup>35</sup> Sodba II Ips 68/2012 z dne 18. 9. 2014. Enako tudi v sodbi in sklepu II Ips 348/2013 z dne 20. 8. 2015. Glede na to, da je stališče Vrhovnega sodišča o načinu uveljavljanja zahtevka za znižanje kupnine od leta 2013 dalje jasno in ustaljeno, me nekoliko čudi dopustitev revizije glede istega pravnega vprašanja v juniju 2014. Sklep DoR 134/2014 z dne 18. 6. 2014: »Revizija se dopusti glede vprašanja, ali je pri uveljavljanju jamčevalnega zahtevka za znižanje kupnine dovolj postaviti samo dajatveni zahtevke ali je predhodno potrebno postaviti tudi oblikovalni zahtevke ter pomen večinske sodne prakse v trenutku vložitve zahtevka in odločanja o njem pred sodiščem prve stopnje za odgovor na navedeno vprašanje.« Če bi namreč nameravalo Vrhovno sodišče RS spremeniti svoje stališče, bi to lahko storilo že v citirani poznejši zadevi (II Ips 68/2012, o kateri je odločalo tri mesece po dopustitvi revizije), iz česar sklepam, da bo v postopku dopuščene revizije sedanje stališče le potrjeno.

Novejša sodna praksa Vrhovnega sodišča torej sledi v teoriji zastopanemu večinskemu stališču, po katerem je treba znižanje kupnine zahtevati od sodišča s postavitvijo oblikovalnega zahtevka. Tak razvoj je treba podpreti, saj kaže na dobro sodelovanje teorije in prakse.

Enake jasnosti pa v sodni praksi žal ni v primeru, ko isti zahtevek uveljavlja potrošnik.

Vsaj v času po oktobru 2013 (ko je obveljalo stališče Vrhovnega sodišča o nujnosti oblikovalnega zahtevka) lahko v praksi višjih sodišč najdemo pravilno stališče, da je treba tudi potrošnikov zahtevek za znižanje kupnine na podlagi ZVPot uveljavljati s tožbo:<sup>36</sup>

»Ureditev jamčevanja za stvarne napake po ZVPot je v razmerju do Obligacijskega zakonika specialna, vendar ne ureja vseh vidikov uveljavljanja tovrstnih zahtevkov. Način, kako uveljaviti jamčevalne zahteve, v ZVPot ni urejen, zato je potrebno uporabiti določbe OZ. Pri zahtevku na vrnitev sorazmernega dela plačane kupnine gre dejansko za zahtevek na znižanje kupnine, kar pomeni, da ima potrošnik oblikovalno upravičenje, da zahteva znižanje kupnine, in šele nato kondicijski zahtevek za vračilo že plačanega. Oblikovalno upravičenje za znižanje kupnine pa lahko doseže le z oblikovalno sodbo, s katero bi od sodišča dosegel spremembo sicer veljavne in zavezujoče pogodbe, tako da bi sodišče določilo nižjo kupnino.«

Na žalost pa je v zadnjem letu v praksi višjih sodišč najti tudi nasprotno stališče. Menim, da je to vsaj deloma posledica neodločnosti Vrhovnega sodišča, ki je v zadevi II Ips 68/2012 v obrazložitvi med drugim zapisalo:

»ZVPot kot specialni zakon nekatera vprašanja odgovornosti za stvarne napake res ureja drugače kot OZ. Pravica kupca do znižanja kupnine izhaja iz druge alineje prvega odstavka 37.c člena ZVPot, po kateri ima potrošnik, ki je pravilno obvestil prodajalca o napaki, pravico od prodajalca zahtevati, da »vrne del plačanega zneska v sorazmerju z napako«. Po stališču teorije, da ima potrošnik »pravico od prodajalca« zahtevati vrnitev preplačila, je mogoče sklepati, da ZVPot glede uveljavljanja zahtevka za znižanje kupnine daje kupcu na voljo opcijsko oblikovalno upravičenje, torej tako, glede kakršnega sodna intervencija ni potrebna: kadar bo kupec plačal celotno kupnino, bo od

<sup>36</sup> VSK v sodbi Cp 1010/2011 z dne 27. 3. 2012. Enako VSM v sodbi I Cp 24/2014 z dne 3. 6. 2014: »V zvezi s šele v pritožbi (in tako prepozno – prvi odstavek 337. člena ZPP) izrecno uveljavljanem sorazmernim znižanjem kupnine (v smislu sankcije za pravne napake prodane stvari) pa sodišče druge stopnje opozarja na že uveljavljeno stališče, da gre pri zahtevi za znižanje kupnine za oblikovalno pravico, ki je stranka ne more uresničiti sama, ampak zgolj s pomočjo sodišča preko oblikovalne tožbe.«

prodajalca zahteval vrnitev preplačila zgolj z dajatveno tožbo, saj bo v skladu z ZVPot uveljavljal znižanje kupnine nasproti prodajalcu že zunaj pravde z enostransko izjavo volje. Vrhovno sodišče se o tem vprašanju, ki za konkreten primer ni relevantno, ni izreklo.<sup>37</sup>

Višje sodišče v Ljubljani je nato, domnevam, da tudi pod vplivom navedene zadeve, v zadevi II Cp 1438/2014 dne 28. januarja 2015 zavzelo naslednje stališče:

»Ena od kupčevih pravic po ZVPot je tudi zahteva za znižanje kupnine, ki sodi med oblikovalna upravičenja. Po materialnem pravu se ločijo oblikovalna upravičenja, ki jih stranka lahko uveljavlja le s pomočjo sodišča, in tista, ki jih stranka uveljavlja z enostransko izjavo volje (opsijsko upravičenje). Iz trditvene podlage tožeče stranke smiselno izhaja, da uveljavlja vrnitev preplačila, za kar ima podlago v določbi 38. člena ZVPot. Ta daje potrošniku, ki je pravilno obvestil izvajalca o napaki, pravico zahtevati vrnitev dela plačanega zneska v sorazmerju s pomanjkljivostjo pri opravljeni storitvi. **Iz same dikcije je moč razbrati, da ZVPot glede uveljavljanja zahtevka za znižanje kupnine daje kupcu na voljo opsijsko upravičenje. To je vrsta oblikovalnega upravičenja, ki ne terjaja sodne intervencije, kar je sicer značilnost ureditve po OZ, ko mora stranka poleg dajatvenega zahtevka postaviti še oblikovalni zahtevek za znižanje kupnine (*actio quanti minoris*).** Ker je tožeča stranka uresničila pravico do sorazmernega znižanja plačila – ugotovljeno je bilo, da so izpolnjene vse predpostavke, ki jih zakon predvideva za grajanje napak – je zaradi uresničitve te pravice prenehal pravni temelj za preplačilo. Z uresničitvijo pravice do sorazmernega znižanja plačila je tožeča stranka pridobila kondicijski zahtevek za vračilo razlike, zato so neutemeljeni pritožbeni očitki o obstoju pravne podlage.«

Iz obrazložitve judikata ni moč razbrati, kaj natančno v 37.c členu ZVPot je prepričalo sodišče, da za znižanje kupnine v primeru potrošniške pogodbe zadošča zgolj potrošnikova izjava volje. »Iz same dikcije« ZVPot vsaj po mojem mnenju ne izhaja, da se pravica uveljaviti znižanje kupnine uveljavlja kot opsijsko upravičenje.<sup>38</sup> Kvečjemu velja obratno: zelo podobno kot 468. člen OZ tudi ZVPot določa, da »ima potrošnik pravico zahtevati«, kar kaže na to, da je treba

<sup>37</sup> Gre za točko 14 obrazložitve sodbe ter sklicevanje na članek Bernarda. Glej Bernard, str. 14

<sup>38</sup> Uporaba besednih zvez, kot je »potrošnik ima pravico od prodajalca zahtevati«, nikakor ne sme avtomatično voditi k sklepu, da pravice ni treba uveljavljati pred sodiščem samo zato, ker zakon omenja »prodajalca«, ne pa »sodišča«. Bistvo oblikovalnih (tako tožbenih kot opsijskih) pravic je namreč v tem, da njihovo učinkovanje ni odvisno od volje nasprotne stranke (od nasprotne stranke torej ni treba ničesar zahtevati). Glej Galič, str. 9.

to pravico uveljavljati z ustreznim oblikovalnim zahtevkom. Še bolj od pikolovske jezikovne analize obeh določb pa prepriča njuna smiselna razlaga in dejstvo, da gre vendarle za vsebinsko popolnoma enake zahtevke.

Ne vidim ne razloga ne potrebe, da bi se način uveljavljanja iste pravice v primeru, ko jamčevalni zahtevek za znižanje kupnine temelji na potrošniški (ZVPot) oziroma nepotrošniški prodajni pogodbi (OZ), bistveno razlikoval. Če uveljavljam znižanje kupnine za avtomobil z napako, bi moralo biti za odločitev, ali moram vložiti oblikovalno tožbo ali ne, brezpredmetno, ali sem ga kupila od podjetja ali druge fizične osebe. Tudi argument varstva potrošnika kot šibkejše stranke ne prepriča – procesna pravila preprosto morajo imeti prednost.

V slovenskem obligacijskem pravu je po mojem mnenju smiselno in primerno, da za vse primere znižanja kupnine, ne glede na vrsto prodajne pogodbe (pa tudi za druge vrste pogodb, ki poznajo smiselno enak jamčevalni zahtevek, npr. podjemna, najemna), dosledno in brez izjem uveljavimo pravilo, da se ta pravica uveljavlja pred sodiščem s postavitvijo ustreznega oblikovalnega zahtevka.

### 3.2. Pooblastila inšpekcije pri znižanju kupnine v ZVPot

Ugotovimo lahko, da je bila sprememba 71. člena ZVPot v letu 2011 zgrešena.<sup>39</sup> Citirani člen daje precejšnja pooblastila inšpekciji za ukrepanje v primeru neaktivnih prodajalcev, ki potrošnikom neupravičeno zavrnejo uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov. Do novele ZVPot v letu 2011 je Tržni inšpektorat (v nasprotju s sodno prakso) zastopal pravilno stališče, da ima pooblastila za ukrepanje zgolj v primeru, ko je potrošnik uveljavil odstopno upravičenje (posledica česar je kondicijski zahtevek za vračilo celotne kupnine) ali zahteva zamenjavo stvari oziroma odpravo napake. V neobvezujočih mnenjih se ministrstvo sicer ni sklicevalo na dejstvo, da je znižanje kupnine treba uveljavljati z oblikovalno tožbo, zaradi česar odločanje inšpekcije o dajatvenem delu tega zahtevka do pravnomočnosti odločitve o oblikovalnem delu ne more biti dopustno, pač pa je izhajalo zgolj iz jezikovne razlage 71. člena ZVPot.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Uradni list RS, št. 78/2011.

<sup>40</sup> Člen 71 ZVPot je pred novelo določal: *»Če podjetje neupravičeno zavrne potrošnikovo zahtevo, naj mu blago z napako zamenja z novim blagom ali naj mu vrne znesek za plačano blago ali naj odpravi napako na blagu, lahko izda pristojni tržni inšpektorat ali drugi pristojni inšpekcijski organ na potrošnikov predlog odločbo, s katero podjetju odredi, naj ugotovi zahtevo.«*

Zdaj 71. člen ZVPot določa:

*(1) Če podjetje neupravičeno zavrne potrošnikovo zahtevo, naj odpravi napako na blagu, naj blago z napako zamenja z novim blagom, naj vrne del plačanega zneska v sorazmerju z napako na blagu*

Očitno je hotel zakonodajalec to določbo na podlagi nekaterih stališč<sup>41</sup> »popraviti«, s čimer pa je v že sicer slab zakon vnesel še eno sistemsko napako. Zdaj zakon namreč nedvoumno določa, da sme inšpekcijski organ podjetju naložiti tudi vrnitev »dela plačanega zneska v sorazmerju z napako«,<sup>42</sup> pri čemer ne upošteva, da bi takšno pooblastilo inšpektor lahko imel samo v primeru, ko bi potrošnik že razpolagal s pravnomočno oblikovalno sodbo o znižanju kupnine. Do tega trenutka namreč pogodba velja z vsebino, s kakršno je bila sklenjena (vključno z višino kupnine), in nihče, sploh pa ne državni organ, je ne sme enostransko spreminjati.

## 4. Oblikovalni zahtevek v praksi

Pri uveljavljanju zahtevka na podlagi znižanja kupnine je potrebna posebna pozornost sodišča. Ker je praksa (zlasti prvostopenjskih in višjih) sodišč v preteklosti zelo nihala, menim, da je prav, da sodišča v okviru materialnega procesnega vodstva stranke usmerijo k pravilnemu oblikovanju zahtevka, torej oblikovalnega in dajatvenega na aktivni strani (za kar sicer glede na jasna stališča VS najbrž ne bi smelo biti niti potrebe) oziroma oblikovalnega na pasivni.<sup>43</sup>

Menim tudi, da bi moralo sodišče v okviru odprtega sojenja stranki povedati, v kolikšnem delu namerava oblikovalnemu zahtevku ugoditi. Če npr. stranka zahteva znižanje kupnine s 100 na 50, sodišče pa ji namerava ugoditi le za 10 (torej znižati kupnino na 90), je prav, da sodišče ponudi stranki možnost tožbo umakniti, s čimer si ohrani možnost uveljavljati drug jamčevalni zahtevek. Za kupca je znižanje na 90 lahko nesprejemljivo; ker to ni njegova edina pravna možnost (pri čemer drugih alternativnih jamčevalnih zahtevkov ni dolžan uveljavljati sodno, zato jih ne more vključiti v tožbo), je namreč lahko sodna odločitev o bistveno nižjem znižanju kupnine od vtoževanega ne le »manj« od zahtevanega, ampak tudi nekaj drugega. Kupec morda ne želi nujno kakršnegakoli znižanja kupnine v okviru postavljenega oblikovalnega zahtevka, pač pa mu je sprejemljivo

---

*ali ves plačani znesek za blago, lahko izda Tržni inšpektorat RS ali drug pristojni inšpekcijski organ odločbo, s katero podjetju odredi, naj ugotovi zahtevi.*

...

*(3) V primeru potrošnikovega zahtevka po vračilu dela plačanega zneska v sorazmerju z napako lahko pristojni organ odločbo iz prvega odstavka izda le, če je na podlagi ugotovljene delne napake mogoče nedvoumno ugotoviti višino zneska za delno napako na blagu.*

<sup>41</sup> Skumavec, str. 9.

<sup>42</sup> Omejitev iz tretjega odstavka 71. člena ZVPot pri tem ni bistvena.

<sup>43</sup> Pravilen zahtevek tožnika na znižanje kupnine bi se glasil:

1. »Pogodba med tožečo in toženo stranko se spremeni tako, da se kupnina zniža na ... EUR.«
2. »Tožena stranka je dolžna toženi plačati ... (razliko med prvotno in znižano kupnino)«.

le takšno znižanje, ki zanj pomeni ugodnejšo jamčevalno sankcijo od preostalih, ki jih ima na izbiro.<sup>44</sup>

## 5. Sklep

Zavzemam se za to, da se pravica do znižanja kupnine, ne glede na vrsto prodajne pogodbe (potrošniška ali nepotrošniška) in ne glede na procesni položaj strank ter potek prekluzivnega roka, dosledno in brez izjem uveljavlja pred sodiščem s postavitvijo ustreznega oblikovalnega zahtevka. Menim tudi, da bi bilo smiselno razmisliti o uvedbi enake rešitve za vse primere v posebnem delu obligacij, v katerih je ena od strank zaradi spremenjenih okoliščin ali napak pri izpolnitvi upravičena do znižanja pogodbene cene.

### Literatura in viri

- BERNARD, Luka, Zahteva za znižanje kupnine pri prodajni pogodbi po OZ in ZVPot. *Pravna praksa*, 2012, št. 24-25, str. 14.
- CIGOJ, Stojan, *Obligacije*. Ljubljana: Uradni list, 1976.
- GALIČ, Aleš, Znižanje pogodbene cene – z nasprotno tožbo ali z ugovorom?, *Pravna praksa*, 2014, št. 8, str. 9.
- GEORGIEVSKI, Tina, Oblikovalna tožba za zmanjšanje pogodbenih obveznosti. *Pravnik*, št. 9-10/2014, str. 631.
- MOŽINA, Damjan, Kaj je narobe z Zakonom o varstvu potrošnikov. *Podjetje in delo*, 2012, št. 6-7, str. 1437.
- MOŽINA, Damjan, Potrošniška prodajna pogodba v evropskem in slovenskem pogodbenem pravu. *Podjetje in delo*, 2004, št. 2, str. 310.
- OVČAK KOS, Maja, RAZDRIH Žiga, Nekatera vprašanja v zvezi z izpodbijanjem dolžnikovih pravnih dejanj zunaj stečaja. *Pravnik*, št. 11-12/2014, str. 714.
- PLAVŠAK, N., in soavtorji, *Obligacijski zakonik s komentarjem* (posebni del), 3. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2004.

<sup>44</sup> Plavšakova sicer zastopa drugačno stališče: »Če prodajalec uresniči pravico do sorazmernega znižanja kupnine, je njegova izbira dokončna, in drugih jamčevalnih zahtevkov v zvezi z isto napako ne more več uveljavljati ... Izjava kupca o uresničitvi pravice do sorazmernega znižanja kupnine kot enostransko oblikovalno upravičenje pa začne učinkovati s tem, ko jo prodajalec prejme.« Plavšak, str. 165. Na strani 169 sicer nato zastopa stališče, da gre za tožbeno oblikovalno pravico. Menim, da ima kupec v primeru, da tožbo za znižanje kupnine umakne, pravico izbirati med preostalimi upravičenji (ali jih še lahko sodno uveljavlja, je drugo vprašanje). Dokler je pravda v teku, pa velja, da je izbral znižanje kupnine in drugih zahtevkov hkrati ne more uveljaviti.

SKUMAVEC, Katja, Ali lahko tržni inšpektor izda odločbo, s katero prodajalcu odredi vračilo dela kupnine. *Pravna praksa*, 2010, št. 33, str. 9.

VELKAVERH, Aleš, Še o ugovoru znižanja kupnine. *Pravna praksa*, 2014, št. 45, str. 11.





# Uveljavljanje znižanja kupnine in drugih jamčevalnih zahtevkov

Damjan Možina

## 1. Uvod

Z znižanjem kupnine kot enim od jamčevalnih zahtevkov, s katerimi lahko upnik reagira na dolžnikovo izpolnitev pogodbe s stvarno ali pravno napako, je, kot se zdi, zadnje časa povezana precejšnja negotovost. Tako v sodni praksi kot med pisci namreč ni enotnega odgovora na vprašanje, kako lahko upnik to pravico uveljavlja.<sup>1</sup> Nekateri predvsem na podlagi jezikovne razlage člena 468 (2) OZ, ki govori o kupčevi »zahtevi« za znižanje kupnine, menijo, da gre za t. i. tožbeno oblikovalno pravico, kar pomeni, da lahko pogodbeno ceno zniža le sodišče, in predpostavlja tudi ustrezen (oblikovalni) tožbeni zahtevek.<sup>2</sup> Temu stališču so v nekaterih odločbah sledila tudi sodišča.<sup>3</sup> Ob tem se je pojavilo tudi mnenje, da (nasprotna) tožba vendarle ni potrebna v primeru, kadar kupec uveljavlja znižanje kupnine na podlagi člena 480 OZ kot obrambo proti zahtevku prodajalca za plačilo, tedaj naj bi glede na besedilo zakona zadoščal že ugovor.<sup>4</sup> Po nasprotnem stališču, ki ga je prav tako mogoče zaslediti v sodni praksi, pa gre pri znižanju kupnine za oblikovalno upravičenje, ki se uveljavlja z izjavo, izvensodno (t. i. opcijska oblikovalna pravica), dajatveni (kondikcijski) zahtevek za vračilo preveč plačane kupnine pa mu sledi.<sup>5</sup> V eni izmed nedavnih odločb sodišče razlikuje celo znižanje kupnine na podlagi OZ, ki naj bi predstavljalo tožbeno oblikovalno pravico, in znižanje kupnine v potrošniški prodajni pogodbi, kjer naj bi bilo znižanje kot opcijsko oblikovalno pravico mogoče uveljaviti izvensodno.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Glej npr. Bernard, str. 14.

<sup>2</sup> Galič, str. 9. Enako stališče z drugimi argumenti zastopa Plavšak v: Juhart in Plavšak, str. 169 in 197. Glej tudi Georgievski, str. 669.

<sup>3</sup> Glej tudi VS RS sodba II Ips 38/2012 z dne 17. 10. 2013 ter VS RS sodba II Ips 68/2012 z dne 18. 9. 2004.

<sup>4</sup> VS RS sodba III Ips 77/2011 z dne 21. 5. 2013.

<sup>5</sup> Glej npr. VSK sklep I Cp 1309/2006 z dne 27. 11. 2007, ter Velkaverh, str. 11–13. Za znižanje pri zakupni pogodbi z navadno izjavo se zavzema Juhart v: Juhart in Plavšak, str. 655–671.

<sup>6</sup> VSL sodba II Cp 1438/2014 z dne 28. 1. 2014.

Ker daje soobstoj različnih odgovorov na osnovno vprašanje v sodni praksi uporabnikom prava zelo nejasen signal, je Vrhovno sodišče RS glede tega vprašanja dopustilo revizijo.<sup>7</sup> Čeprav je bilo glede uveljavljanja znižanja kupnine predstavljenih že veliko dobrih argumentov, menim, da ti še niso povsem izčrpani.

## 2. Znižanje pogodbene cene

Znižanje cene je eno od upnikovih pravnih sredstev za primer dolžnikove nepravilne izpolnitve pogodbe. Izhaja iz rimskopravne *actio quanti minoris*, preko Justinijanove kodifikacije je prišla v *ius commune*, od tam pa v evropske kodifikacije civilnega prava.<sup>8</sup> Nekateri evropski pravni redi to sredstvo predvidevajo tudi v primeru nepravilne izpolnitve drugih pogodb, denimo najemne, podjemne in gradbene pogodbe.<sup>9</sup>

Znižanje kupnine med kupčeva pravna sredstva za primer prodajalčeve kršitve pogodbe uvršča tudi Konvencija ZN o mednarodni prodaji blaga (CISG).<sup>10</sup> Kot eno izmed splošnih upnikovih sredstev za primer dolžnikove kršitve pogodbe ga poznajo tudi Načela evropskega pogodbenega prava (PECL),<sup>11</sup> prav tako tudi DCFR.<sup>12</sup>

Sprejel jo je tudi jugoslovanski ZOR (člen 488), njegovo ureditev pa je prevzel slovenski OZ v členu 468 (1), 479 in drugih določbah. Na podlagi Direktive EU 1999/44/ES o potrošniški prodaji in garancijah<sup>13</sup> je znižanje kupnine v primeru stvarnih ali pravnih napak v potrošniških prodajnih pogodbah predpisal tudi ZVPot (člen 38).

Gre za oblikovalno upravičenje, s katerim lahko upnik enostransko spremeni pogodbeno razmerje. Znižanje kupnine pomeni, da se ekvivalenca pogodbenih obveznosti, ki sta jo stranki s sklenitvijo pogodbe zasledovali in je zaradi stvarne ali pravne napake porušena, ponovno vzpostavi na način, da

<sup>7</sup> VS RS sklep II DoR 133/2014 z dne 18. 6. 2014.

<sup>8</sup> Glej npr. Rabel, str. 232; Zimmermann, str. 318. Glej člen 206 (1) švicarskega OR, § 441 nemškega BGB, § 932 avstrijskega ODZ, člen 1644 francoskega Code civil, člen 1492 italijanskega Codice civile.

<sup>9</sup> Glej § 536 BGB (najemna pogodba), § 634 BGB (gradbena pogodba), člen 1668 Codice civile (gradbena pogodba).

<sup>10</sup> Glej člen 50 CISG. Določen je tudi način znižanja, t. i. proporcionalna metoda: znižanje v razmerju vrednosti blaga brez napake in blaga z napako v trenutku dobave.

<sup>11</sup> Člen 9:401 PECL. Znižanje je predvideno v razmerju vrednosti med izpolnitvijo z napako in brez napake v trenutku, ko je bila izpolnitev ponujena.

<sup>12</sup> Člen III.-3:601 DCFR.

<sup>13</sup> Glej člen 3 (5) Direktive o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij, UL L 171.

pogodba ostane v veljavi in kupec stvar obdrži, zniža pa kupnino.<sup>14</sup> Položaj je po eni strani funkcionalno podoben delnemu odstopu od pogodbe, saj kupec (upnik) na koncu namesto tega, da bi kupil celotno stvar, pravzaprav kupi »manj« stvari oz. »cenejšo« stvar (z napako). Do enakega rezultata pride npr. pri delnem odstopu pri pogodbi, ki se izpolnjuje po delih oz. sukcesivno: če dolžnik krši pogodbo le glede ene delne izpolnitve, potem upnik odstopi le glede te izpolnitve, sicer pogodba ostane v veljavi. Po drugi strani pa je znižanje kupnine funkcionalno podobno tudi odškodninskemu zahtevku, kjer se škoda računa kot zmanjšanje vrednosti stvari zaradi napake.<sup>15</sup> V pravnih redih *common law* denimo znižanja kupnine kot posebnega pravnega sredstva ne poznajo, a dosegaajo zelo podobne učinke z zahtevkom na povrnitev škode v višini razlike med vrednostjo dobavljenega blaga (z napako) in (hipotetično) vrednostjo blaga za napako.<sup>16</sup>

### 3. Kaj pravi jezikovna razlaga?

Zakon v členu 468 (1) OZ med pravicami kupca sicer omenja kupčevo »zahtevo« po znižanju kupnine, kar bi lahko govorilo za sodno intervencijo. Vendar pa zakon v isti določbi govori o kupčevi »zahtevi« za popravilo in zamenjavo. Ni dvoma, da lahko kupec popravilo ali zamenjavo zahteva zgolj z izjavo prodajalcu. Težko je sprejeti, da bi izraz »zahteva«, ki ga člen 468 (1) OZ uporabi dvakrat, enkrat pomenil pravico, ki se uveljavlja izvensodno, drugič pa pravico, ki jo je mogoče uresničiti le na sodišču.

Res je, da sodna praksa v drugem položaju »zahtevo« po razveljavitvi izpodbojne pogodbe iz členov 45, 46, 49 ter 95 OZ (izpodbojnost zaradi napak volje in drugih razlogov) razlaga v smislu oblikovalne tožbe in konstitutivne sodne razveze, ne pa kot opcijo, ki bi se lahko uveljavila tudi izvensodno, vendar so ta razlaga in njeni učinki tudi predmet resne in utemeljene kritike.<sup>17</sup>

Zakonodajalec večinoma tudi jasno pove, kdaj misli na sodno intervencijo. To je storil denimo pri zmanjšanju pogodbene kazni, kadar je ta določena nesorazmerno glede na vrednost in pomen predmeta obveznosti,<sup>18</sup> ali pri razvezi zaradi spremenjenih okoliščin.<sup>19</sup> Vendar ne gre za primerljive položaje.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> Huber v: Schlechtriem, str. 565; Schwartz, str. 220.

<sup>15</sup> Druga možnost je računanje škode na podlagi cene vzpostavitve prejšnjega stanja (npr. popravila).

<sup>16</sup> Glej npr. Lando in Beale, str. 432.

<sup>17</sup> Dolenc, str. 191.

<sup>18</sup> Člen 252 OZ.

<sup>19</sup> Glej člen 112 (5) OZ.

<sup>20</sup> Razveza zaradi spremenjenih okoliščin je možna le v izjemnih okoliščinah, nikakor pa ne v primeru običajnih dogodkov (npr. običajnih tržnih nihanj). Sodna intervencija je bolj razumljiva

Kljub temu da OZ v členu 468 (1) omenja »zahtevo« po znižanju kupnine, že v naslednjem členu govori o kupčevi »pravici znižati kupnino«. V členu 484 OZ, ki govori o kupčevih pravnih sredstvih na podlagi garancije za brezhibno delovanje prodane stvari, ki so urejena po modelu jamčevalnih zahtevkov,<sup>21</sup> zakon pravi, da lahko kupec »zniža« kupnino, v členu 490 OZ, ki našteva pravice na podlagi pravne napake pri prodajni pogodbi, pa spet govori o kupčevi »zahtevi po sorazmernem znižanju kupnine«. Pri ureditvi znižanja pri zakupni (najemni) pogodbi zakon v členu 597 (2) OZ celo jasno pove, da lahko zakupnik »zahteva, da mu zakupodajalec napako v primernem roku odpravi ali zniža zakupnino«. Med drugim ima »pravico znižati plačilo« v primeru napake tudi naročnik dela pri podjemni pogodbi na podlagi člena 637 (3) OZ. V skladu s členom 100 OZ se pravica znižanja pogodbene cene, kot je urejena pri prodajni pogodbi, skupaj z drugimi jamčevalnimi zahtevki smiselno uporablja tudi v primeru izpolnitve katerekoli vzajemne pogodbe s stvarno ali pravno napako, kolikor pri posamezni pogodbi ni specialnega predpisa. Enostransko znižanje pogodbene cene je torej eno od splošnih pravnih sredstev za primer nepravilne izpolnitve pogodbe. Zato bi veljalo znižanje pogodbene cene v primeru nepravilne izpolnitve, vključno z načinom uveljavljanja, v pogodbenem pravu razlagati čim bolj enotno. Nobenega razloga namreč ni, da bi bilo denimo mogoče znižati zakupnino z navadno izjavo, za znižanje kupnine pa bi bila potrebna sodna odločba.

Čeprav zakonodajalec pri uporabi zakonskega izrazja ni bil najbolj dosleden, se zdi, da jezikovna razlaga določb o znižanju pogodbene cene ne le pri prodajni pogodbi, ampak tudi pri garanciji ter najemni in podjemni pogodbi, vendarle govori bolj za razlago, da je znižanje pogodbene cene oblikovalna pravica, ki jo upnik uresniči nasproti dolžniku z izjavo, ne pa preko sodišča, s pravnomočnostjo sodbe na podlagi oblikovalne tožbe.

ZVPot pri prenosu Direktive 99/44/ES o potrošniški prodaji ni sledil njeni hierarhiji kupčevih pravnih sredstev, ampak je kupčeve zahtevke uredil po modelu OZ ter jih prilagodil zahtevam Direktive. V členu 37c ZVPot določa, da ima potrošnik, ki je obvestil prodajalca o napaki, »pravico od prodajalca zahtevati, da vrne del plačanega zneska v sorazmerju z napako«. Besedilo zakona je nerodno, saj omenja le kupčev vrnitveni (kondikcijski) zahtevek, pozablja pa na oblikovalno upravičenje, ki je seveda njegova predpostavka. Iz ZVPot ne izhaja, da bi želel zakonodajalec uveljavljanje znižanja v potrošniški prodajni pogodbi urediti

---

iz razloga, ker gre za vprašanje razbremenitve celotne pogodbene obveznosti dolžnika, preširoka uporaba instituta bi lahko načela zaupanje v pogodbeno pravo. Pogodbena kazen se zniža, ker je bila določena previsoko glede na pomen obveznosti, kar implicira neenak položaj pogodbenih strank. Čeprav je pogodbena kazen namenjena utrditvi obveznosti in ima tudi kaznovialno funkcijo, saj se dolguje ne glede na škodo, želi zakon z možnostjo znižanja varovati dolžnika pred morebitno zlorabo.

<sup>21</sup> Več v: Možina (2008), str. 143 in nasl.

drugače kot v splošni ureditvi prodajne pogodbe. Prej bi bilo mogoče domnevati, da je zakonodajalec znižanje (in odstop) v OZ razumel kot opcijski oblikovalni pravici in ju – pa čeprav pomanjkljivo – v tem smislu želel urediti tudi v ZVPot.

#### **4. Znižanje cene kot tožbena oblikovalna pravica?**

Na znižanje pogodbene cene moramo pogledati v kontekstu celotnega sistema upnikovih pravic v primeru dolžnikove kršitve pogodbe. Izhodišče je, da lahko upnik vse druge pravice zaradi kršitve uveljavi z izjavo dolžniku, izvensodno. Kadar v civilnem pravu ni posebnih pravil za učinkovanje izjave volje, potem izjava učinkuje v trenutku, ko jo naslovnik prejme.

Tudi popravilo oziroma zamenjavo stvari z napako lahko kupec zahteva z izjavo, brez posebne oblike. OZ tudi tu govori o »zahtevi« kupca, kar še dodatno potrjuje, da »zahteva« ni zahtevak v procesnem, ampak v materialnem smislu, torej pravica. Seveda je tudi povrnitev škode mogoče zahtevati z izjavo, sodna intervencija ni potrebna.

Še posebej pa je treba poudariti, da lahko upnik tudi odstopi od pogodbe zgolj z izjavo, brez sodne intervencije. Odstop je bistveno intenzivnejša oblikovalna pravica kot znižanje kupnine, zato se zdi zahteva po oblikovalnem zahtevku in sodbi za znižanje kupnine še toliko bolj nenavadna. OZ v členu 471 celo določa, da je pogodba v primeru, ko je kupec zahteval popravilo oz. zamenjavo, prodajalec pa tega ni v primernem roku izpolnil, razvezana po samem zakonu, torej sploh brez izjave, kupčevo oblikovalno upravičenje pa je reducirano na možnost, da nemudoma izjavi prodajalcu, da pogodba ostaja v veljavi. Splošno pravilo odstopa od pogodbe v primeru zamude (neizpolnitve) določa, da lahko upnik »odstopi od pogodbe z navadno izjavo« (člen 103 OZ). Vendar pa je v skladu s členom 104 OZ pogodba, pri kateri je čas izpolnitve bistvenega pomena, ob nastopu dolžnikove zamude (»neizpolnitve«) prav tako razvezana brez posebne izjave, na podlagi zakona, pri čemer jo ima upnik možnost ohraniti v veljavi le, če to dolžniku nemudoma izjavi. Kadar rok ni bistvena sestavina, mora upnik, če želi odstopiti, pustiti dolžniku primeren dodatni rok za izpolnitev; če ta poteče brez uspeha, pa je pogodba razvezana avtomatično na podlagi zakona, brez posebne izjave (člen 105 OZ).

Ker torej ne more biti dvoma, da lahko upnik z odstopom enostransko preoblikuje pogodbeno razmerje do te mere, da doseže njegovo prenehanje, se izostri vprašanje, zakaj bi moral za znižanje pogodbene cene, ki precej manj radikalno preoblikuje pogodbo, vložiti oblikovalno tožbo. Sprašujemo se, z drugimi besedami, ali za zahtevo po sodnem znižanju pogodbene cene obstajajo tudi kakšni vsebinski razlogi. Navaja se argument pravne varnosti in gotovosti: ker ni mogoče

pričakovati, da se bo dolžnik strinjal z dejstvom znižanja in obsegom znižanja, naj bi bilo koristno vztrajati pri tem, da lahko pogodbo spremeni le sodišče.<sup>22</sup> Potreba po pravni varnosti je seveda univerzalna. Še večja potreba po pravni varnosti izhaja iz odstopnega upravičenja kot oblikovalne pravice, ki veliko bolj radikalno spremeni položaj strank in ima torej večji vpliv na potencialne spore, pa sodna intervencija ni predpisana.<sup>23</sup> To, da je znižanje mogoče doseči le na sodišču, samo po sebi ne prispeva k pravni varnosti. Prej nasprotno: če mora upnik, ki želi znižati ceno, v vsakem primeru za to vložiti tožbo in nositi s tem povezane odvetniške in sodne stroške, potem je to dodatna ovira na njegovi strani, zaradi katere bo dolžnik manj pripravljen sodelovati, kajti računal bo lahko s tem, da vsi nezadovoljni kupci pač ne bodo pripravljeni na sodno uveljavljanje znižanja. Pri pogodbah, predmet katerih je razmeroma nizke vrednosti glede na prag stroškov sodnega uveljavljanja, sodno znižanje kupnine v praksi ne bo realistično pravno sredstvo. Upniki se bodo raje odločali za druge možnosti. Če je delovanje sodišč počasno ali nepredvidljivo, je pravna varnost še toliko manjša.

Res je, da bo tudi v primeru, če bo upnik lahko enostransko preoblikoval pogodbo z opcijskim upravičenjem, morebiten spor med strankama glede upravičenosti in višine znižanja končal na sodišču. Če dolžnik dela kupnine ne bo vrnil, ga bo moral upnik zahtevati nazaj z dajatvenim zahtevkom. Pri odločanju o tem pa bo sodišče presojalo tudi, ali gre za stvarno napako, ali je bil upnik upravičen do znižanja (tj. ali so bile izpolnjene predpostavke jamčevalnih zahtevkov) in ali je ceno znižal v primernem znesku (v skladu z razmerjem vrednosti stvari z in brez napake ob sklenitvi pogodbe), skratka, dotakniti se bo moralo tudi uveljavitve oblikovalne pravice. V tem smislu se zdi, da praktični učinki sodnega in izvensodnega znižanja v številnih primerih ne bodo tako različni, kot se zdi na prvi pogled, in bo šlo predvsem za razmeroma formalistična vprašanja oblikovanja zahtevka (ali tudi oblikovalni ali le dajatveni zahtevke). Vendar to ne govori za to, da bi moralo biti sodno znižanje predpisano.<sup>24</sup>

S tem, ko bi za znižanje kupnine zahtevali vložitev tožbe na sodišču, bi upniku – stranki, ki je že tako ali tako prikrajšana za pravilno izpolnitev pogodbe – naložili dodatno oviro. Sodno uveljavljanje pravic je povezano z negotovostjo in stroški. Znižanje kupnine je razmeroma »normalen« dogodek v življenju pogodbe: namesto odpravljanja napak in odstopa se pogodbeni cena prilagodi nižji

<sup>22</sup> Galič, str. 9.

<sup>23</sup> V primeru odstopa so posledice za prodajalca praviloma bistveno bolj neugodne: vrniti mora plačilo, svojo izpolnitev pa vzeti nazaj in je torej ne more »unovčiti«, poleg tega pa mora kupcu povrniti škodo, morebiti tudi v zvezi s kritnim poslom.

<sup>24</sup> Podobno Velkaverh, str. 13.

vrednosti stvari z napako. Financiranje spora in večletno čakanje na pravnomočno sodbo je neživljenjska rešitev.

Ob tem ni odveč spomniti, da je pravni položaj kupca v slovenskem pravu že tako bistveno slabši od položaja kupcev v drugih pravnih redih, saj je šestmesečni jamčevalni rok (v potrošniški prodajni pogodbi velja rok dveh oziroma enega leta) izjemno kratek, pravzaprav najkrajši v evropskem okolju, sledi pa mu še enoletni rok za uveljavljanje zahtevkov.<sup>25</sup>

Iz okoliščine, da OZ v naslovu nad členom 480 govori o »izgubi pravic« po poteku leta dni od notifikacije, kar nakazuje na prekluzivno naravo tega roka, po mojem mnenju ni mogoče sklepati o sodnem uveljavljanju vseh jamčevalnih zahtevkov, še manj pa o sodnem uveljavljanju zgolj znižanja kupnine.<sup>26</sup> Gre sicer za rok, katerega narava je nekoliko nejasna. V osnutku ZOR je bil nad členom z enako vsebino naslov »zastaranje«, do kasnejše spremembe pa je prišlo brez obrazložitve.<sup>27</sup> Poleg tega ima v skladu s členom 480 (2) OZ kupec tudi po preteku tega roka možnost ugovora zoper morebiten prodajalčev zahtevek na plačilo kupnine (perpetuacija ugovora). Pisci opozarjajo, da sodišča roka ne smejo upoštevati po uradni dolžnosti, ampak le na podlagi prodajalčevega ugovora,<sup>28</sup> kar ga približuje zastaralnemu roku, ki je sicer običajna časovna omejitev zahtevkov v obligacijskem pravu.

Tudi v primerjalnem pravu se upnikovi zahtevki zaradi dolžnikove kršitve pogodbe uveljavljajo praviloma avtonomno, z izjavo nasprotni stranki in brez posebne oblike, skratka brez sodne intervencije. Izjema je ureditev odstopa od pogodbe v francoskem pravu, kjer se zahteva sodna intervencija.<sup>29</sup> Vendar pa se poudarja, da sodna razveza ne ustreza zahtevam današnjega poslovnega prometa.<sup>30</sup> Ker Francozi niso najbolj navdušeni nad spreminjanjem svojega slavnega zakonika častitljive starosti, skuša sodna praksa na različne načine omiliti negativne posledice zahteve po sodni razvezi, zlasti negotovost do pravnomočne odločbe, in upniku v celi vrsti položajev omogoča enostranski (izvensodni) odstop, dolo-

<sup>25</sup> Glej člena 462 in 480 OZ. To je rok, v katerem lahko kupec sodno uveljavlja jamčevalne zahtevke, z izjemo povrnitve škode iz člena 468 (3) OZ. Glede na stališče, da se oblikovalni zahtevek lahko uveljavi z izjavo, izvensodno, torej ta enoletni rok velja za dajatveni zahtevek, ki sledi oblikovalnemu. Glej tudi Možina (2008). Res je sicer, da lahko prodajalec s svojim obnašanjem (npr. zavlačevanjem) dejansko skrajša čas, ko lahko kupec vloži tožbo v okviru enega leta. Vendar tega argumenta ni mogoče uporabiti za zahtevo, da lahko kupec zniža kupnino le s tožbo, in mu tako dodatno otežiti položaj.

<sup>26</sup> O pravopolitični zgrešenosti določbe glej Možina (2008).

<sup>27</sup> Glej Konstantinović, str. 133.

<sup>28</sup> Plavšak v: Juhart in Plavšak, str. 198.

<sup>29</sup> Člen 1184 Code civile.

<sup>30</sup> Kötz, str. 322.

čene izjeme pa dopušča že zakon.<sup>31</sup> V določenem smislu je izjema tudi avstrijska ureditev jamčevanja (glej spodaj). Po CISG se lahko znižanje cene, kot tudi vsi drugi kupčevi zahtevki v primeru prodajalčeve kršitve pogodbe, uveljavljajo brez posebne oblike, izvensodno.<sup>32</sup> Enako velja za znižanje kupnine in odstop v nemškem pravu.<sup>33</sup> Vložitev tožbe se za uresničenje oblikovalnih pravic zahteva le izjemoma, denimo pri tožbi za znižanje pogodbene kazni, kjer to izrecno predpisuje zakon.<sup>34</sup> Tudi v švicarskem pravu spada znižanje pogodbene cene med klasične oblikovalne pravice, kar pomeni, da se z izjavo volje ene stranke spremeni pravni položaj druge stranke brez njenega sodelovanja, tako velja npr. tudi za odpoved, odstop in razdor pogodbe; drugačne pa so tožbene oblikovalne pravice, ki se lahko uresničijo le s tožbo in na njeni podlagi izdano sodbo.<sup>35</sup>

## 5. Znižanje kupnine v Direktivi 99/44 o potrošniški prodaji

Direktiva v členu 3 (2) med potrošnikovimi pravicami v primeru neskladnosti s pogodbo določa tudi, da ima potrošnik pod določenimi pogoji pravico »zahtevati znižanje kupnine«. Ta in pravica »zahtevati odstop od pogodbe« sta t. i. sekundarni pravni sredstvi, ki ju potrošnik lahko v skladu s členom 5 (5) izbere šele, če ne more zahtevati primarnih pravnih sredstev, tj. popravila ali zamenjave (ker sta nemogoča ali nesorazmerna), ali če prodajalec ni ustregel njegovi zahtevi po popravilu ali zamenjavi v razumnem roku oziroma brez znatnih neprijetnosti za potrošnika.

Direktiva neposredno ne določa načina uveljavljanja potrošnikovih pravic. Iz okoliščine, da člen 2 (3) govori o »pravici zahtevati« znižanje oziroma odstop, pa tudi popravilo ali zamenjavo, ni mogoče sklepati o zahtevi po sodnem uveljavljanju, saj se direktiva izraža v jeziku materialnega, ne procesnega prava. Pravica nekaj zahtevati pomeni pravico oz. upravičenje do tega, ne pa načina uveljavljanja pravice.

Poleg tega direktiva v členu 5 (2) sama določa državam članicam možnost uvedbe dodatnega pogoja za vse kupčeve zahtevke, ki ga države članice lahko predpišejo v svojih pravnih redih – to je zahteve po notifikaciji (grajanju) neskladnosti, pri čemer mora imeti potrošnik za notifikacijo na voljo čas najmanj dveh mesecev (to opcijo je Slovenija izkoristila). Iz tega je mogoče sklepati, da direktiva

<sup>31</sup> Prav tam.

<sup>32</sup> Glej npr. Müller-Chen v: Schlechtriem in Schwenger, str. 772.

<sup>33</sup> Glej Westermann, § 441, r. št. 4, ter § 323 in § 346 BGB.

<sup>34</sup> Glej § 343 (1) BGB.

<sup>35</sup> Huguenin, str. 20. Kot primer tožbene oblikovalne pravice se navaja prenehanje enostavne družbe iz pomembnega razloga, člen 545 (1) tč. 7 OR.



drugih pogojev za uveljavljanje kupčevih pravic ne dopušča.<sup>36</sup> Glede na to, da oblika uveljavljanja ni določena, za uveljavljanje pravic zadošča že ustna izjava, iz katere pa mora jasno izhajati, katero sredstvo (pravico) je kupec izbral.<sup>37</sup> Po mnenju komentatorjev direktiva državam članicam ne dopušča, da bi od potrošnika za uveljavljanje pravic zahtevale vložitev tožbe, kar utemeljujejo tudi s tem, da direktive, namenjene doseganju visoke ravni varstva potrošnikov, ki je bila zasnovana na modelu CISG, po kateri sodna intervencija ni potrebna,<sup>38</sup> ni mogoče razlagati tako, da bi bili potrošniki v slabšem položaju kot kupec pri gospodarski prodaji (CISG).<sup>39</sup>

Kljub temu pa Avstrija zaradi direktive v tem delu ni spremenila določbe svojega ODZ, po kateri mora kupec znižanje in razvezo zaradi stvarne napake uveljaviti pred sodiščem v (zastaralnem) roku dveh oz. treh (nepremičnine) let. Po mnenju nekaterih določba tudi ne nasprotuje direktivi.<sup>40</sup> V smislu sodnega uveljavljanja zadošča tudi ugovor, sodna intervencija pa ni potrebna, kadar se stranki o znižanju oz. razvezi strinjata.<sup>41</sup> V skladu s sodno prakso tudi ugotovljena tožba prepreči zastaranje.<sup>42</sup>

## 6. Sklep

Za to, da bi se za uveljavitev znižanja kupnine kot edini jamčevalni zahtevek zahtevala oblikovalna sodba sodišča na podlagi ustrezne tožbe, ni prepričljivega razloga. Na ta način bi se zgolj otežil položaj kupca.<sup>43</sup> Sodna intervencija mora biti možnost, ne pa obveznost. V skladu z logiko pogodbenega prava in civilnega prava nasploh za uresničitev znižanja kupnine kot oblikovalne pravice zadošča izjava stranke nasprotni stranki. Izjava je lahko podana v kakršnikoli obliki, tudi konkludentno, denimo s tem, da stranka zahteva vrnitev dela kupnine. Torej je mogoče šteti, da stranka že s tem, ko postavi dajatveni zahtevek, uveljavi tudi oblikovalnega.

Znižanja kupnine v potrošniški prodaji ni smiselno obravnavati drugače kot na podlagi OZ, saj je bila po modelu OZ zasnovana tudi ureditev jamčevalnih zahtevkov v ZVPot. Enako velja za znižanje na podlagi garancije za brezhibno

<sup>36</sup> Magnus v: Grabitz in Hilf, člen 3 Direktive 99/44/ES, r. št. 14.

<sup>37</sup> Prav tam.

<sup>38</sup> Glej člen 49 in 50 CISG.

<sup>39</sup> Bianca v: Bianca in Grundmann, str. 173. Da sodna intervencija kot pogoj ni dopustna, meni tudi Magnus v: Grabitz in Hilf, člen 3 Direktive 99/44/ES, r. št. 14.

<sup>40</sup> Glej § 933 ODZ ter Zöchling-Jud v: Kletečka in Schauer, str. 2120.

<sup>41</sup> Zöchling-Jud v: Kletečka in Schauer, str. 2120.

<sup>42</sup> Bydlinski v: Koziol, Bydlinski in Bollenberger, str. 971.

<sup>43</sup> Tako tudi Velkaverh, str. 13.

delovanje. Ker je znižanje pogodbene cene tudi pri drugih pogodbah, denimo pri najemni in podjemni pogodbi, izraz istega splošnega instituta, bi ga veljalo tudi pri teh pogodbah obravnavati čim bolj enotno. Proti stališču, da lahko ceno zniža le sodišče, govori tudi Direktiva 99/44/ES o potrošniški prodaji, saj države članice ne smejo postavljati dodatnih pogojev za uveljavljanje kupčevih zahtevkov.

Za pogodbeno pravo je v največji meri značilna avtonomija strank. Avtonomija ne pomeni le, da lahko stranke (čim bolj) svobodno odločajo o sklenitvi in vsebini pogodb, ampak tudi, da je – kolikor je le mogoče – tudi uveljavljanje pravic iz pogodb v rokah strank. V to smer gredo tudi tendence v primerjalnem pravu.

### Literatura in viri

- BERNARD, Luka, Zahteva za znižanje kupnine pri prodajni pogodbi po OZ in ZVPot. *Pravna praksa*, 2012, letn. 31, št. 24–25, str. 14–15.
- BIANCA, Massimo, GRUNDMANN, Stefan (ur.), *EU Sales Directive – Commentary*. Morsel: Intersentia, 2002.
- DOLENC, Mile, *Napake volje pri sklepanju pravnih poslov*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 2003.
- GALIČ, Aleš, Znižanje pogodbene cene – z nasprotno tožbo ali z ugovorom? *Pravna praksa*, 2014, letn. 33, št. 8, str. 9–11.
- GEORGIEVSKI, Tina, Oblikovalna tožba za zmanjšanje pogodbenih obveznosti. *Pravnik*, 2014, letn. 69, št. 9–10, str. 631–649.
- HUBER, Ulrich, v: SCHLECHTRIEM, Peter, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. 3. izd. München: Beck, 2000.
- HUGUENIN, Claire, *Obligationenrecht*. Zürich: Schulthess, 2012.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.), *OZ s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2003–2004.
- KONSTANTINOVIĆ, Mihailo, *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Centar za dokumentacijo i publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, 1969.
- KÖTZ, Hein, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. izd. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- KOZIOL, Helmut, BYDLINSKI, Peter, BOLLENBERGER, Raimund, *ABGB Kommentar*, 2. izd. Wien, New York: Springer, 2005.
- LANDO, Ole, BEALE, Hugh (izd.), *PECL parts I and II*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- MAGNUS, Ulrich, v: GRABITZ, Eberhard, HILF, Meinhard (ur.), *Das Recht der EU*. München: Beck, 2007.

- MOŽINA, Damjan, Garancija za brežhibno delovanje in odgovornost za stvarne napake. *Zbornik znanstvenih razprav*, 2009, letn. 69, str. 143–167.
- MOŽINA, Damjan, Predpostavke in časovni okviri odgovornosti prodajalca za stvarne napake. *Podjetje in delo*, 2008, letn. 34, št. 3–4, str. 407–426.
- MÜLLER-CHEN, Markus, v: SCHLECHTRIEM, Peter, SCHWENZER, Ingeborg, *CISG Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- RABEL, Ernst, *Das Recht des Warenkaufs – eine rechtsvergleichende Darstellung*. Berlin, Leipzig: Walter de Gruyter, 1936.
- SCHWARTZE, Andreas, *Europäische Sachmängelhaftung beim Warenkauf*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
- VELKAVERH, Aleš, Še o ugovoru znižanja kupnine. *Pravna praksa*, 2014, letn. 33, št. 45, str. 11–13.
- WESTERMANN, Harm-Peter, v: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, 6. izd. München: Beck, 2012.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *Law of obligations*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- ZÖCHLING-JUD, Brigita, v: KLETEČKA, Andreas, SCHAUER, Martin (ur.), *ABGB-ON Kommentar*. Wien: Manz, 2010.



# IV.

## Materialnopravni vidiki varstva potrošnikov

Ureditev predpogodbenih dolžnosti informiranja pri potrošniški prodaji  
blaga v Sloveniji

*Andreja Fakin*

Varstvo potrošnikov pri prodaji (nakupu) bivalnih nepremičnin

*Miha Juhart*

Jamstvo za vloge kot instrument varstva potrošnikov

*Meta Ahtik*

Krediti v švicarskih frankih: čigave so težave?

*Boštjan Koritnik*

Pravice potnikov pri zamudi leta

*Gregor Dugar*

Varstvo potrošnikov pri osebnih zavarovanjih obveznosti

*Ana Vlahek, Matija Damjan*



# Ureditev predpogodbenih dolžnosti informiranja pri potrošniški prodaji blaga v Sloveniji

Andreja Fakin

## 1. Uvod

Pogodbena svoboda in avtonomija pri sklepanju pravnih poslov sta bistvo pogodbenega prava. Za doseganje teh dveh ciljev je treba udeležencem v pravnem prometu pri sklepanju pravnih poslov zagotoviti informacijski položaj, ki jim omogoča oblikovanje poslovne volje brez napak.<sup>1</sup> Za zagotavljanje tega pravo v posebej utemeljenih primerih<sup>2</sup> poseže v sicer primarno načelo lastne odgovornosti<sup>3</sup> na ta način, da pravilo dopolni z vzpostavitvijo predpogodbenih dolžnosti informiranja.<sup>4</sup> Te zavezujejo stranko, ki želi skleniti pravni posel, da svojemu sopogodbeniku pred sklenitvijo pogodbe razkrije informacije, ki so pomembne za oblikovanje njegove poslovne odločitve, s čemer mu zagotovi, da to odločitev sprejme v ustreznem informacijskem položaju.<sup>5</sup> Na ta način, to je svobodno, oblikovana volja omogoča, da posamezniki s sklepanjem pravnih poslov uresničujejo svoje interese, kar je tudi namen pogodbene svobode.

V potrošniškem pravu je ustreznemu informiranju potrošnika namenjena posebna pozornost. Pravica potrošnika do informacije je bila uvrščena v program

---

<sup>1</sup> Markesinis, str. 44–46; Kramer, str. 3; Roth, str. 89; Schwarze, str. 13, 43; Grigoleit (1997), str. 77, 138; Huguenin, str. 142; Bork, str. 323; Schäfer in Ott, str. 296–298. Poleg ustreznega informacijskega položaja mora biti volja, da ta ustreza zahtevam svobode volje, oblikovana in izjavljena v odsotnosti vsakršne prisile in grožnje.

<sup>2</sup> Gre za situacije:

- ko sopogodbenik poda napačno izjavo, izjavitelj pa se nanjo (na njeno pravilnost) zanese, tako da na njeni podlagi oblikuje svojo poslovno voljo,
- ko izjavitelj oblikuje svojo poslovno voljo na podlagi informacije, ki je napačna, pri čemer je sopogodbeniku ta motnja pri oblikovanju poslovne volje razvidna,
- ko izjavitelj v nasprotju s sopogodbenikom ne ve, da je določeno dejstvo pomembno za oblikovanje njegove poslovne volje oziroma mu je informacija o tem dejstvu nedostopna.

<sup>3</sup> »Selbstverantwortung« – Schwarze, str. 1–20; Bork, str. 307; Grigoleit (1997), str. 34–35. Več o tem: Singer, str. 525; Markesinis, str. 130; Schäfer in drugi, str. 296.

<sup>4</sup> Grigoleit (1997), str. 77; Schwarze, str. 8, 13; Markesinis, str. 44–46; Schäfer in Ott, str. 355.

<sup>5</sup> Markesinis, str. 130; Roth, str. 85.

potrošniške zakonodaje iz leta 1975 in 1981 kot ena od petih potrošniških pravic, svoj izraz pa je našla v sekundarni zakonodaji ES<sup>6</sup>, kjer se pojavlja na področjih reklamiranja, pogodbenega prava, varstva osebnih podatkov in celo označevanja izdelkov.<sup>7</sup> Z direktivami, ki razmeroma podrobno urejajo okoliščine vzpostavitve dolžnosti informiranja, je pravo ES močno vplivalo na razvoj tega področja v državah članicah, tudi v Sloveniji.

Obravnavali bomo predpogodbene dolžnosti informiranja, ki jih je zakonodajalec v slovenski ureditvi predvidel z namenom zagotavljanja ustreznega informacijskega položaja potrošnika pri pogodbah o prodaji blaga. S preučevanjem posebnosti, ki so se oblikovale pri potrošniški prodaji glede časovnih zamejitev vzpostavitve dolžnosti informiranja, njihove vsebine in drugih predpostavk, ki morajo biti izpolnjene za njihovo aktivacijo, bomo poskušali ugotoviti razlike glede na splošne predpogodbene dolžnosti informiranja. Preverjali bomo tudi ustreznost prenosa direktiv z (glede na postavljene okvire prispevka) relevantno vsebino v slovenski pravni red. Poglavju o kršitvah dolžnosti informiranja sledi preučevanje možnih posledic kršitev predpogodbenih dolžnosti informiranja na področju obligacijskega prava, pri čemer je kot referenca v zvezi s problematiko pri implementaciji direktiv predstavljena rešitev nemškega sistema, v katerem so tudi sicer področju predpogodbenih dolžnosti informiranja s številnimi poglobljenimi analizami in teorijami posvetili veliko pozornosti.

## 2. Osnovne delitve dolžnosti informiranja in podlage za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja

V primerjalnopravni literaturi s pojmom predpogodbenih dolžnosti informiranja označujejo dolžnosti, ki eno od strank pravnega razmerja v fazi njegovega nastajanja (predpogodbena faza) zavezujejo, da svojemu bodočemu sopogodbenu razkrije informacije, ki jih ta potrebuje za oblikovanje svoje poslovne volje.<sup>8</sup>

Poleg predpogodbenih dolžnosti informiranja so v teoriji poznane tudi pogodbene dolžnosti informiranja,<sup>9</sup> ki se drugače od predpogodbenih vzpostavijo na podlagi pogodbenega razmerja, torej po sklenitvi pravnega posla in prav zaradi

<sup>6</sup> Npr. Direktiva 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij, UL L 171/12 (v nadaljevanju: Direktiva 1999/44/ES), Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu, UL L 149/22 (v nadaljevanju: Direktiva 2005/29/ES), Direktiva 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, UL L 204/64.

<sup>7</sup> Reich, str. 21 in nasl.; Drol Novak, str. 7.

<sup>8</sup> Markesinis, str. 130; Roth, str. 85; Faust in Grigoleit, str. 196.

<sup>9</sup> Von Mehren, str. 97–98; Schwarze, str. 14; Loos, str. 94.



njega. Vsebina tako pogodbenih kot predpogodbenih dolžnosti je v zagotavljanju informacij upravičencu, vendar med njimi poleg drugačne časovne točke aktivacije<sup>10</sup> obstaja tudi druga pomembna razlika, ki je v namenu informiranja. Ta je pri predpogodbenih dolžnostih informiranja v zagotavljanju pogojev za oblikovanje svobodne poslovne odločitve, medtem ko gre pri pogodbenih dolžnostih informiranja za izpolnjevanje pogodbene obveznosti (izpolnitvena faza), bodisi glavne obveznosti, pri kateri je svetovanje oziroma informiranje stranke predmet pogodbe (npr. pogodba o poslovnem, pravnem svetovanju), bodisi stranske obveznosti (npr. splošna dolžnost obveščanja iz 245. člena Obligacijskega zakonika, OZ<sup>11</sup>).

Predpogodbene dolžnosti informiranja lahko temeljijo na izrecni zakonski določbi, v tem primeru govorimo o zakonskih dolžnostih informiranja, ali neposredno na načelu vestnosti in poštenja (dobra vera).<sup>12</sup> Zakonske dolžnosti najdemo predvsem na specialnih področjih obligacijskega prava,<sup>13</sup> na katerih so se zaradi njihove specifičnosti razvila posebna pravila.

V zvezi z zakonskimi dolžnostmi informiranja je potrebno nadaljnje razlikovanje, ki se nanaša na vsebino dolžnosti. Zakonsko določene dolžnosti informiranja so tako lahko dolžnosti s splošno vsebino (generalna klavzula), ki se nanašajo na motive upravičenca za vstop v pravno razmerje, ali pa je njihova vsebina izrecno določena (specificirano določene dolžnosti).<sup>14</sup> Za pravo varstva potrošnikov kot izbrano področje preučevanja tega prispevka je značilno, da je zakonodajalec predvidel aktivacijo zakonskih predpogodbenih dolžnosti informiranja, ki zavezujejo prodajalca (podjetje), v obeh opisanih različicah.

Splošna zakonska dolžnost informiranja je predvidena v 6. členu Direktive 2005/29/ES, ki vzpostavlja več domnev, kdaj je ravnanje prodajalca nepošteno v smislu možnega izkrivljanja ekonomskega obnašanja povprečnega potrošnika.<sup>15</sup> Zavajajoče poslovne prakse kot eno od oblik nepoštenega ravnanja prodajalca Direktiva 2005/29/ES deli na dva dela, in sicer zavajajoča dejanja in zavajajoče opustitve. V zvezi s tem razlikovanjem je zaradi lažje obravnave

<sup>10</sup> To je pred sklenitvijo pogodbe ali po njej.

<sup>11</sup> Uradni list RS, št. 83/2001, s spremembami.

<sup>12</sup> Sefton Green, str. 27–28; von Mehren, str. 96–98; Faust in Grigoleit, str. 197–199. Več o podlagah za vzpostavitev splošnih predpogodbenih dolžnosti informiranja v slovenski ureditvi glej Fakin, str. 89–104.

<sup>13</sup> Poleg prava varstva potrošnikov tudi na področju zavarovalnega, bančnega prava itd.

<sup>14</sup> Faust in Grigoleit, str. 197–199; Grigoleit (1997), str. 57–64.

<sup>15</sup> Člen 5/2 lit. b Direktive 2005/29/ES, tudi 11. odstavek uvoda k Direktivi 2005/29/ES. Člen 2/1 lit. e Direktive 2005/29/ES določa definicijo pojma bistvenega izkrivljanja ekonomskega obnašanja potrošnikov, in sicer da takšna poslovna praksa znatno zmanjšuje potrošnikovo sposobnost sprejeti odločitev ob poznavanju vseh pomembnih dejstev in povzroči, da potrošnik sprejme odločitev, ki je drugače ne bi. Iz navedenega lahko sklenemo, da Direktiva 2005/29/ES zajema tudi kršitve, ki vplivajo na oblikovanje svobodne volje potrošnika.

smiselno pojasniti razliko med dvema skupinama dolžnosti informiranja, to je spontanimi dolžnostmi informiranja<sup>16</sup> in dolžnostmi, ki izhajajo iz dolžnosti govoriti resnico (*Wahrheitspflicht*<sup>17</sup>). Dolžnost govoriti resnico enako kot spontane dolžnosti informiranja sicer izvira iz načela vestnosti in poštenja,<sup>18</sup> vendar se odgovornost za njeno kršitev drugače kot pri spontanih dolžnostih informiranja lahko vzpostavi tudi v zvezi z informacijami, ki niso pomembne (bistvene) za sklenitev pravnega posla.<sup>19</sup> Posledica je, da se spontane dolžnosti informiranja, katerih kršitev je lahko podana tako v aktivni kot pasivni obliki, v zvezi s tovrstnimi informacijami praviloma ne vzpostavijo, in je lahko kršitev dolžnosti govoriti resnico le aktivna, to je bodisi z napačnim odgovorom na vprašanje sopogodbnika, v zvezi s katerim je imel vprašani sicer možnost, da odgovor na vprašanje zavrne,<sup>20</sup> bodisi z izjavo, ki je dana samoiniciativno s strani sopogodbnika, pri čemer lahko kršitev zajema kategoriji od njenih oblik (napačno, nepopolno informiranje ali konkludentni molk).<sup>21</sup> Direktiva 2005/29/ES vsebuje določbe o zavajajočih dejanjih, v zvezi s katerimi lahko ugotovimo, da gre v smislu dolžnosti informiranja pri dejanjih za kršitev dolžnosti govoriti resnico. Kršitve tovrstnih dolžnosti informiranja so namreč vedno aktivne, to je da izjave prodajalca vsebujejo napačne informacije oziroma so izjave zavajajoče, pri čemer gre lahko za zavajanje tudi, če so informacije (nekatero od njih) točne. Navedeno torej ustreza opisanim aktivnim kršitvam dolžnosti informiranja, pri katerih je kršitev podana, če informacija ni popolna oziroma gre za zavajanje s konkludentnim molkom. Določba pa ne govori o spontanih dolžnostih informiranja, saj je kršitev teh mogoča tudi v pasivni obliki (z navadnim molkom), zato lahko ugotovimo, da se prvi odstavek 6. člena Direktive 2005/29/ES nanaša le na kršitve dolžnosti informiranja, ki pomenijo kršitev dolžnosti govoriti resnico. Drugače od zavajajočih dejanj zavajajoče opustitve (7. člen Direktive 2005/29/ES) kot nepošteno poslovno prakso določajo tudi kršitev spontanih dolžnosti informi-

<sup>16</sup> Kramer, str. 1409, tudi *unaufgeforderter (spontaner) Aufklärungspflichten* v: Schwarze, str. 13.

<sup>17</sup> Grigoleit (1997), str. 6; Kramer, str. 1409, 1407, 1410; Schwarze, str. 6.

<sup>18</sup> Točneje načela govoriti resnico kot izpeljavo načela vestnosti in poštenja. Kramer, str. 1409; Grigoleit (1997), str. 6.

<sup>19</sup> Grigoleit (1997), str. 6; Schwarze, str. 13–14; Faust, Grigoleit, str. 195–197.

<sup>20</sup> Grigoleit (1997), str. 6; Jauerling, str. 66; Schwarze, str. 13–14. Če bi bil namreč odgovor na zastavljeno vprašanje tudi predmet spontanih dolžnosti informiranja, bi zavrnitev odgovora na takšno vprašanje pomenila tudi kršitev (pasivno) te dolžnosti (povzeto po Grigoleit (1997), str. 6; Bork, str. 337, Schwarze; str. 13–14).

<sup>21</sup> Smiselno: Grigoleit (1997), str. 6; Schwarze, str. 13–14. Primer: pri prodaji rabljenih avtomobilov prodajalcu ni treba razkriti nepomembnih nesreč, ki se poznajo oziroma so se poznale samo na pločevini avtomobila. Če pa ga kupec vpraša, ali je bil avtomobil udeležen v kakšni nesreči, mora, če se odloči, da bo na vprašanje odgovoril, razkriti tudi te poškodbe (povzeto po Kramer, str. 1410–1413).

ranja, torej je njihova kršitev mogoča tudi z molkom (navadnim). Spontane dolžnosti informiranja namreč od zavezancev k informiranju zahtevajo aktivno ravnanje. Člen 7 Direktive 2005/29/ES sicer ureja splošno zakonsko dolžnost informiranja, vendar pa je zaradi poudarjenega razlikovanja med varstvom, ki ga potrošnikom nudi Direktiva 2005/29/ES, na področju prekrškovnega in upravnega prava, in tistim, ki izhaja iz »pogodbenega prava«,<sup>22, 23</sup> vprašljiva njena uporabnost na področju obligacij.<sup>24</sup> Iz njenega besedila namreč izhaja, da Direktiva 2005/29/ES nima neposrednega učinka na pogodbeno pravo.<sup>25</sup> Ureditev morebitnih učinkov direktive na obligacijskem področju je tako ne glede na dejstvo urejanja enake vsebine kot v pogodbenem pravu (glede določanja okoliščin, v katerih se dolžnosti informiranja vzpostavijo) prepuščeno državam članicam,<sup>26</sup> bodisi z uporabo direktive kot osnove za nadaljnje razvijanje varstva potrošnikov preko dolžnosti informiranja v obligacijskem pravu, torej uporabe Direktive 2005/29/ES kot vira nadaljnega zakonodajnega urejanja, bodisi kot vira za interpretacijo relativno (še) nerazvitih pravnih institutov oziroma obstoječih določb.<sup>27</sup>

Naš zakonodajalec je (enako kot Direktiva 2005/29/ES) zamejil področje urejanja ZVPNPP,<sup>28</sup> s katerim je bila direktiva implementirana, tako da je za kršitev zavajajočih poslovnih praks<sup>29</sup> predpisal le prekrškovne posledice. Tudi iz (sicer maloštevilne) slovenske pravne literature na to temo izhaja, da ZVPNPP nima neposrednih učinkov za področje obligacijskega prava (3. člen ZVPNPP).<sup>30</sup>

<sup>22</sup> Pogodbeno pravo je treba razumeti v širokem smislu, to je zakonodaja, ki se nanaša na urejanje relativnih pravic, dolžnosti ali odgovornosti med strankami potrošniške pogodbe (Whittaker, str. 141, 146–148; Wilhelmsson, str. 72; Micklitz, str. 74), torej tudi npr. zakonodaja, ki se nanaša na predpogodbeno odgovornost.

<sup>23</sup> Drugi odstavek 3. člena in 9. točka uvoda k Direktivi 2005/29/ES; Whittaker, str. 140.

<sup>24</sup> Več o zabrisani meji med nepoštenim oglaševanjem in pogodbenim pravom: Micklitz, str. 97; Whittaker, str. 140 in nasl.; Wilhelmsson, str. 71–73; Obergfell, str. 175.

<sup>25</sup> Drugi odstavek 3. člena Direktive 2005/29/ES.

<sup>26</sup> Whittaker, str. 145–146; Wilhelmsson, str. 71–74; Micklitz, str. 97. Micklitz ob tem opozarja na pritisk po poenotenju zahtev za vzpostavitev predpogodbenih dolžnostih informiranja na področjih oglaševanja in obligacij, ki ga evropski zakonodajalec izvaja na države članice, s tem ko je za Direktivo 2005/29/ES predpisal maksimalno (popolno) harmonizacijo.

<sup>27</sup> Whittaker, str. 145 in nasl., podobno tudi Wilhelmsson, str. 72–73.

<sup>28</sup> Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami, Uradni list RS, št. 53/2007, (ZVPNPP).

<sup>29</sup> Direktiva 2005/29/ES deli nepoštene poslovne prakse na zavajajoče in agresivne, pri čemer so za potrebe tega dela zanimive zavajajoče poslovne prakse, saj se problematika dolžnosti informiranja pojavlja le v zvezi s slednjimi (druge vsebujejo elemente prisile in grožnje, ki sicer tudi vplivajo na svobodno voljo posameznika).

<sup>30</sup> Tako npr. Avbreht in drugi, str. 30–31.

Člena 5 in 6 ZVPNPP, ki urejata zavajajoča ravnanja, torej nimata neposrednega učinka na obligacijsko pravo, vendar ne gre prezreti, da so enake informacije, kot so določene pri zavajajočih opustitvah v ZVPNPP, določene tudi kot predmet predpogodbenih dolžnosti informiranja v 25. b členu ZVPot.<sup>31</sup> Vsebinsko gre pri obeh določbah za enake informacije, pri čemer imajo dolžnosti informiranja, določene v ZVPot, učinke tudi na obligacijskem področju, ki se kažejo v možnosti uporabe civilnih sankcij za njihovo kršitev,<sup>32</sup> zato je ureditev v tem smislu poenotena. Posledica je, da lahko interpretativne argumente v zvezi z ZVPNPP uporabimo tudi na področju obligacijskega prava. Pri tem velja opozoriti na navidezno razliko med obema ureditvama, ki je v izrecni določitvi vzpostavitve dolžnosti informiranja s splošno vsebino (zakonsko določenih splošnih dolžnostih informiranja, generalni klavzuli) v ZVPNPP. Kljub njeni nevklučenosti v ZVPot je mogoče takšno splošno dolžnost informiranja, ki ima neposredne učinke na področju obligacijskega prava, vzpostaviti na podlagi načela vestnosti in poštenja z učinki tudi na področju obligacij.<sup>33</sup> Enako velja za dolžnosti, ki so določene v 5. členu ZVPNPP in izhajajo iz dolžnosti govoriti resnico. Dolžnost govoriti resnico velja tudi v slovenskem sistemu ter je izraz načela vestnosti in poštenja. Njene izpeljave v fazi sklepanja pogodbe lahko najdemo v splošnem obligacijskem pravu tako v določbah o vabilu k dajanju ponudb, vezanosti na ponudbo, odgovornosti za pogajanja, ugotavljanju skrbnosti pri zmoti, prevari kot tudi določbah o interpretaciji pogodbe. Specifikacija slednjih je vsebovana tudi v ZVPot, ki v 3. točki 37. člena določa, da je treba normalno rabo predmeta prodaje presojati upošteva vse izjave prodajalca, ki jih je ta dal v oglaševanju ali trženju. V tem obsegu je torej tudi v zvezi z (aktivnimi) zavajajočimi dejanji podana skladnost med ZVPNPP in obligacijskim pravom, zaradi česar lahko pride do medsebojnega prelivanja vsebin oziroma izmenjave interpretativnih argumentov med obema ureditvama.

Večina dolžnosti informiranja, ki se pojavljajo na področju prava varstva potrošnikov, je specificiranih,<sup>34</sup> kar velja tudi za slovensko ureditev tega področja.<sup>35</sup> Podrobnejši pregled teh dolžnosti pa bo podan v nadaljevanju.

<sup>31</sup> Zakon o varstvu potrošnikov, Uradni list RS, št. 20/1989, 25/1989 – popr., 23/1999 – ZSVP, 110/2002, 51/2004, 117/2004 – skl. US, 46/2006 – odl. US, 114/2006 – ZUE, 126/2007, 86/2009, 78/2011, 38/2014, 19/2015 (ZVPot).

<sup>32</sup> Več o tem v 6. poglavju.

<sup>33</sup> Več o tem: Fakin, str. 89–104.

<sup>34</sup> Grigoleit (2011), str. 198.

<sup>35</sup> Npr. v 25.b, 32., 27., 43.b členu ZVPot.

### 3. Posebnosti pri časovnih zamejitvah predpogodbenih dolžnosti informiranja pri potrošniških pogodbah

V primerjalnem pravu velja, da se predpogodbene dolžnosti informiranja vzpostavijo s poslovnim stikom med bodočima strankama pravnega razmerja kot najzgodnejšo točko aktivacije oziroma najpozneje med pogajanjem.<sup>36</sup> Enako pravilo lahko izpeljemo tudi v slovenskem pravu, saj se pri vzpostavitvi predpogodbenih dolžnosti informiranja upoštevajo okoliščine konkretnega razmerja, kar velja tako pri splošnih dolžnostih, ki temeljijo na dobri veri in ki konkretnost okoliščin upoštevajo pri vseh predpostavkah vzpostavitve, kot tudi pri zakonskih dolžnostih, ki so značilne za področje potrošniškega prava, npr. 25.b člen ZVPot: »če niso jasne že iz okoliščin«. Med strankama mora torej obstajati določen poslovni stik. Dajanje vabil, namenjenih nedoločenemu številu oseb, takšnega stika še ne vzpostavlja.

Drugače področje spontanah predpogodbenih dolžnosti informiranja ureja Direktiva 29/2005/ES, po kateri se te vzpostavijo že pri oglaševanju in trženju predmeta prodaje. Kot smo že ugotovili, imajo te določbe tako v ES kot tudi v slovenskem pravu omejene učinke na področje obligacijskega prava in tako po mojem mnenju ne spreminjajo začetnega trenutka aktivacije predpogodbenih dolžnosti informiranja, ki izhaja iz zahteve po konkretnosti razmerja. Razmerje gotovo še ni konkretizirano v trenutku oglaševanja blaga. Do odgovornosti z učinki na obligacijskem področju zaradi opustitve predpogodbenih dolžnosti informiranja v oglaševanju tako po mojem mnenju ne more priti, če npr. potencialni kupec zaradi opustitve dolžnosti informiranja odstopi od namere po sklenitvi pravnega posla; če bi namreč do kršitve predpogodbene dolžnosti informiranja prišlo po trenutku točke začetne časovne točke aktivacije, bi prodajalec za takšno kršitev dolžnosti lahko odgovarjal (*culpa in contrahendo*). Pri tem velja opozoriti tudi na problematiko razločevanja med opustitvami in konkludentnim molkom, ki je še posebej težavno pri oglaševanju, kjer je možnost podajanja izjav po navadi omejena tako z medijem kot tudi časovno.

V zvezi z dolžnostjo govoriti resnico lahko ugotovimo, da je odgovornost za dajanje pravih izjav v OZ urejena v 23. členu in vzpostavlja odgovornost dajalca vabila k dajanju ponudbe. Če ta iz utemeljenih razlogov noče skleniti pogodbe z vsebino, kot izhaja iz vabila, za to svoje ravnanje (odškodninsko) odgovarja. Pri potrošniških lahko izjave, dane v vabilu k dajanju ponudb, postanejo pomembne pri interpretaciji pogodbe, s čemer je vzpostavljena odgovornost dajalca vabila (podjetnika) na ta način, da je na izjave, dane v okviru oglaševanja in trženja, pri presojanju običajne rabe predmeta prodaje, kolikor jih do trenutka sklenitve

<sup>36</sup> Par. 311/2 BGB; več o tem: Stadler, str. 365.

pogodbe ne sanira, vezan (3. točka 37. člena ZVPot, enako tudi 2. člen Direktive 1999/44/ES). Nadalje lahko ugotovimo tudi, da je odgovornost za izjave v oglaševanju, vsaj glede primernosti predmeta prodaje za običajno rabo, usklajena tudi z Direktivo 2005/29/ES (6. člen).

Pri obeh skupinah predpogodbenih dolžnosti informiranja (spontanih in dolžnostnih, ki izhajajo iz dolžnosti govoriti resnico) pa je pomembna predvsem končna točka, ko izpolnitev predpogodbene dolžnosti informiranja zavezanca še razbremeni odgovornosti za njeno kršitev. Spontane predpogodbene dolžnosti informiranja je treba izpolniti do sklenitve pogodbe oziroma pri potrošniških razmerjih, dokler potrošnik ne da zanj zavezujoče ponudbe (25.b in 43.b člen ZVPot). Če se predpogodbena faza zaradi kršitve predpogodbenih dolžnosti informiranja ne konča s sklenitvijo pravnega posla, pa je končna časovna točka, ko je dolžnost informiranja še mogoče izpolniti, da se zavezanec izogne posledicam kršitev, trenutek prekinitve pogajanj s strani upravičenca do informiranja. Enako velja tudi glede končne časovne točke pri dolžnosti govoriti resnico, to je, da je treba izjavo, ki ni pravilna (resnična), korigirati do trenutka, ko je ponudba zavezujoča za potrošnika, ko je pogodba sklenjena oziroma do prekinitve pogajanj.

#### 4. Vsebina dolžnosti informiranja

Iz obstoječe sodne prakse, ki ureja problematiko, ki primerjalnopravno spada v doseg predpogodbenih dolžnosti informiranja, lahko razberemo, da so tudi v Sloveniji enako kot v drugih ureditvah<sup>37</sup> predmet predpogodbenih dolžnosti informiranja obstoječa dejstva, pri čemer mednje ne prištevamo zgolj informacij o lastnostih stvari, oseb ali storitev, pač pa tudi informacije o pravnem položaju oziroma pravnih posledicah posla, ki se sklepa.<sup>38</sup> To trditev potrjuje ugotovitev, da so tovrstna dejstva predmet dolžnosti informiranja tudi v specialnih predpisih

<sup>37</sup> Müller, str. 24; Grigoleit (1997), str. 16; Roth, str. 85, več o tem, sicer v zvezi s prevaro: Kramer, str. 1407.

<sup>38</sup> VSL sodba II Cp 2463/2012 z dne 8. 5. 2013: Prodajalka je prevarala kupca, da je predmet pogodbe poleg gostinskega lokala tudi vrt, ki je po oceni sodišča bistvena sestavina pogodbe (saj to izhaja iz namena strank ob sklenitvi pogodbe). VSL sodba II Cp 152/2009 z dne 6. 5. 2009: Podana je prevara, če je prodajalec pri prodaji nepremičnine kupcu (gradbeno podjetje) predložil ponarejeno lokacijsko informacijo, iz katere ni bilo razvidno, da ima občina na navedeni nepremičnini lastninsko pravico. VDS sodba Pdp 822/2005 z dne 26. 5. 2006: Zmota delavcev o posledicah podpisa sporazuma o prenehanju delovnega razmerja (za presojo katere se na podlagi prvega odstavka 11. člena Zakona o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 42/2002 (v nadaljevanju ZDR), smiselno uporablja OZ) je bila bistvena, saj v primeru, ko bi bili seznanjeni s posledicami, ne bi privolili v sporazumno razveljavitev pogodbe o zaposlitvi, ter opravičljiva, saj jih delodajalec ni poučil o teh posledicah, čeprav bi jih na podlagi prvega odstavka 79. člena ZDR moral.

(tudi ZVPot), v katerih so dolžnosti informiranja kodificirane (zakonske predpogodbene dolžnosti informiranja).

Dolžnosti se načeloma ne vzpostavijo v zvezi z bodočimi dejstvi in napovedmi,<sup>39</sup> saj tveganje za njihovo uresničitev nosi vsaka od strank sama.<sup>40</sup> Kljub odsotnosti konkretnih primerov iz sodne prakse lahko domnevamo, da bi enako kot v primerjanih ureditvah sodna praksa tudi pri nas izjemoma lahko za predmet predpogodbenih dolžnosti informiranja štela tudi prihodnja dejstva<sup>41</sup> in mnenja, kolikor bi ta temeljila na obstoječih dejstvih.

Tudi izjave v reklamah lahko vsebujejo dejstva, npr. o lastnostih stvari, zato je meja med reklamiranjem in informiranjem večkrat težko določljiva.<sup>42</sup> V teh primerih so merilo ločevanja pričakovanja udeležencev oziroma običaji v pravnem prometu v zvezi s pomenom izjav prodajalca.<sup>43</sup>

## 5. Predpostavke za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja

Za vzpostavitev splošnih predpogodbenih dolžnosti informiranja se v primerjalnem pravu zahteva, da je informacija za sklenitev pravnega posla pomembna, informacija in njena pomembnost mora biti zavezancu znana oziroma bi mu morala biti znana, poleg tega pa mora biti izpolnjena katera od dodatnih okoliščin (zaupanje, informacijska šibkost v smislu poslovne neizkušenosti in okoliščine, zaradi katerih se vzpostavijo dolžnosti zaradi zagotavljanja razumevanja vsebine

<sup>39</sup> VS RS sodba in sklep II Ips 338/2006 z dne 19. 2. 2009: Najemnik poslovnih prostorov nosi poslovno tveganje za ustreznost najemnine, ki je bila določena v odstotkih od prometa, kljub temu, da mu je najemnica razkrila, kakšen promet pričakuje.

<sup>40</sup> Primer sicer izhaja iz zavarovalnega prava, vendar lahko služi za ponazoritev navedenega ter omogoča smiselno razlago možnega predmeta pojasnjevanja tudi pri splošnih predpogodbenih dolžnostih informiranja (VSM sodba I Cp 1361/2011 z dne 31. 1. 2012). Ker je bila bolezen v času sklepanja pogodbe v mirovanju, metastaze, ki so sicer posledica napredovanja osnovne bolezni in ki so bile vzrok za nastanek zavarovalnega primera, predstavljajo bodoče negotovo dejstvo, v zvezi s katerimi ne obstaja dolžnost po členih 931 do 933 OZ. Podobno, sicer v zvezi z zmotno razmišljanje tudi Plavšak (2009), str. 205, in sicer se mora po njenem mnenju zmotno nanašati na napačno predstavo o okoliščinah, ki obstajajo že ob sklenitvi pogodbe, tako da ni mogoče izpodbijanje zaradi napačnih pričakovanj oziroma predvidevanj strank o tem, kaj se bo dogajalo v prihodnje (po sklenitvi pogodbe).

<sup>41</sup> Npr. VS RS sklep II Ips 995/2006 z dne 16. 4. 2009: Če je bilo ob sklenitvi zavarovalne pogodbe gotovo, da bo zavarovalni primer nastal, je zavarovalna pogodba nična. (V primerjanih ureditvah se dolžnosti informiranja vselej vzpostavijo, če obstaja ovira v zvezi z veljavnostjo pravnega posla, vprašanje katere se je postavilo tudi v opisani zadevi.)

<sup>42</sup> O zabrisanih mejah med reklamiranjem in predpogodbenih dolžnostih informiranja več v 2. poglavju.

<sup>43</sup> Müller, str. 24.



in podlag pogodbe), ki upravičujejo izjemo od sicer primarnega načela lastne odgovornosti v zvezi s pridobivanjem informacij. Da bi se dolžnost informiranja aktivirala, informacija ne sme spadati v okvir vedenja upravičenca do informiranja. V nadaljevanju bomo primerjali opisane predpostavke med splošnimi in specificiranimi predpogodbenimi dolžnostmi informiranja ter med potrošniško in »navadno« ureditvijo prodajne pogodbe. S primerjavo predpostavk za njihovo vzpostavitev pa bomo poskušali zamejiti tudi področji uporabe odgovornosti zaradi kršitev dolžnosti informiranja in jamčevanja za stvarne napake.

## 5.1. Pomembnost informacije

V primerjalnem pravu se za vzpostavitev splošnih predpogodbenih dolžnosti informiranja, ki temeljijo na dobri veri, zahteva, da je informacija, v zvezi s katero se predpogodbena dolžnost informiranja aktivira, za sklenitev pravnega posla pomembna.<sup>44</sup> Načeloma velja, da je informacija pomembna, če sta od nje odvisna odločitev stranke o vstopu v pravno razmerje in oblikovanje vsebine tega bodočega razmerja.<sup>45</sup> Imetništvo informacije stranke se mora odražati pri oblikovanju njene poslovne volje, da bi bila predpostavka izpolnjena. Merilo pomembnosti je v primerjalnem pravu dodatno specificirano pri posameznih vrstah pogodb.<sup>46</sup> Vrsta pravnega posla je namreč pogosto uporabljena kot okoliščina za razvrščanje predpogodbenih dolžnosti informiranja. Tako se izkaže, da so v primerjalnem pravu za prodajno pogodbo posebej značilne posredno določene predpogodbene dolžnosti informiranja, pri katerih merila za presojo pomembnosti informacije kot predpostavke za vzpostavitev dolžnosti informiranja izhajajo iz določb o stvarnih in pravnih napakah predmeta prodaje.<sup>47</sup>

Tudi v našem pravu v primeru, da prodajalec ne razkrije lastnosti predmeta prodaje, ki odstopajo od lastnosti, o katerih sta se dogovorili stranki oziroma ki jih je predpostavil zakonodajalec, velja, da je bila sklenjena pogodba z vsebino, kot izhaja iz 459. člena OZ, to je da ima stvar lastnosti, ki so potrebne za njeno normalno rabo ali za promet, za posebno rabo, dogovorjene lastnosti oziroma lastnosti, kot jih ima vzorec oziroma model. Lastnosti, ki jih je v primeru, da stranki nista dogovorili drugega, določil zakonodajalec, so tiste, za katere lahko kupec upravičeno pričakuje, da jih bo predmet imel. Drugače kot v nemški ureditvi pa objavljena (številčno skromna) slovenska sodna praksa lastnosti stvari, ki omogočajo njeno normalno rabo ali promet, izrecno ne uvršča tudi med bistvene

<sup>44</sup> Müller, str. 31–32; Kramer, str. 1409.

<sup>45</sup> Müller, str. 32.

<sup>46</sup> Kriterij zato pogosto služi tudi kot glavna okoliščina razvrščanja predpogodbenih dolžnosti informiranja. Več o tem Kramer, str. 1408; Jauerling, str. 65.

<sup>47</sup> Hawes, Twigg-Flesner, str. 201; Markesinis, str. 297–298; Grigoleit (1997), str. 221; Stadler, str. 264.



lastnosti predmeta oziroma okoliščine, ki se po običajih v prometu štejejo za odločilne v smislu objektivnega merila bistvenosti pri institutu zmote (46 OZ). Kljub temu je tudi v slovenski praksi mogoče najti odločbe, ki potrjujejo stališča, zavzeta v primerjalnem pravu, da običajna raba stvari predstavlja lastnost, ki se šteje za bistveno v pravnem prometu oziroma se šteje za odločilno glede na običaje v pravnem prometu.<sup>48</sup> Če je namreč stvar namenjena za določeno rabo ali promet, zaradi pomanjkljivosti v njenih lastnostih pa se takšne rabe ne da doseči, je to gotovo lastnost, ki vpliva na vrednost stvari in torej v tem smislu ustreza tudi pogojem argumentacije, ki jih je v nekaterih primerih uporabila sodna praksa. Navedeno potrjuje tudi dejstvo, da je uporaba stvari eno od temeljnih upravičenj, ki izhaja iz lastninske pravice, podlaga za pridobitev katere pa je največkrat prodajna pogodba. Glede na navedeno lahko sklenemo, da tudi pri nas običajna raba predstavlja bistveno lastnost predmeta oziroma okoliščino, ki se v pravnem prometu šteje za odločilno v smislu objektivne predpostavke bistvenosti pri institutu zmote.

Zaradi povezave med predpostavkama objektivne bistvenosti zmote (kot predpostavke pravno upošteвне zmote) in pomembnosti informacije (kot predpostavke vzpostavitve predpogodbenih dolžnosti informiranja)<sup>49</sup> dejstva v zvezi z lastnostmi predmeta prodaje, ki se nanašajo na njeno normalno rabo in promet,<sup>50</sup> izpolnjujejo merilo pomembnosti informacije.

<sup>48</sup> Npr. VSL sodba in sklep I Cpg 1027/2010 z dne 14. 1. 2011: Ropot v menjalniku kaže na konstrukcijsko napako, ki predstavlja stvarno napako. VSL sodba II Cpg 956/2013 z dne 26. 5. 2014: Delovanje motorja je lastnost vozila, ki je potrebna za običajno rabo. VSL sodba in sklep I Cp 2350/2013 z dne 5. 2. 2014: Zaradi obremenjenosti bivalnega dela stanovanja s hrupom, ki presega maksimalno dovoljene meje hrupa v stanovanjih in do katerega prihaja zaradi obratovanja trgovine v prostorih pod stanovanjem v jutranjem času ob dnevih, ko je trgovina odprta, stanovanje nima lastnosti, ki so potrebne za njegovo običajno rabo.

<sup>49</sup> Vsebinsko stališča, ki jih je v zvezi z objektivno pomembnostjo zmote (v primerjalnopravnem smislu) zavzela slovenska sodna praksa, kljub po jezikovni razlagi znatno ožji dikciji nemškega BGB v zvezi z bistvenostjo zmote (razširitev področja izpodbojnosti pravnih poslov zaradi pristne zmote sodna praksa in teorija razširjata preko široke interpretacije lastnosti predmeta in osebe, s čemer doseže enake učinke kot z v našem sistemu uzakonjenima t. i. generalnima klavzulama: bistvenost glede na pravni promet oziroma glede na namen strank), ne odstopajo od nemških (več o tem: Müller, str. 31). Glede na navedeno je tudi v naši pravni ureditvi umesten sklep, da merilo objektivne bistvenosti zmote ustreza predpostavki pomembnosti informacije kot predpostavki predpogodbenih dolžnosti informiranja.

<sup>50</sup> Stvarno napako po 1. točki 37. člena ZVPot tako predstavljajo: slabo obdelane stene, v katerih so vidne globoke razpoke, manjkajoč priključek tople vode in kuhinjska pipa, nezadostna (pretanka) izolacija. Ne gre za stvarno napako v smislu 1. točke 37. člena ZVPot, če ograja, ki je narejena iz lesa, malo smoli, saj je to pri lesu normalen pojav. VSRS sodba II Ips, 1001/2008 z dne 17. 5. 2012: Ker zaradi pokanja oziroma klikanja sklopke ne trpita ne uporabnost ne varnost avtomobila in je vozilo mogoče brez težav uporabljati v skladu z njegovim namenom, ne gre za stvarno napako, pač pa za nepomembno napako oziroma neskladje s pogodbo.

Če sta se stranki o lastnostih predmeta prodaje posebej dogovorili,<sup>51</sup> sta te lastnosti povzdignili na raven njune skupne poslovne podlage. V primeru zmote katere od strank pravnega posla je v zvezi z dogovorjenimi lastnosti predpostavka bistvenosti zmote izpolnjena, saj je zmeta bistvena glede na namen strank, posledično pa gre v tem primeru tudi za pomembno (bistveno) lastnost glede na namen strank v smislu predpostavke pomembnosti informacije. Enako velja za prodajo po vzorcu ali modelu.

Podobno lahko sklenemo tudi glede lastnosti, ki jih mora imeti stvar za posebno rabo, če so bile prodajalcu znane oziroma bi mu morale biti znane.<sup>52</sup> V tem primeru posebna raba sicer ni dogovorjena, vendar ker je sopogodbenuk za poseben namen kupca vedel oziroma bi zanj moral vedeti, bi ga, če predmet takšne rabe ne omogoča, na to dejstvo moral opomniti. Navedeni dejanski stan izpolnjuje tudi predpostavko pomembnosti informacije v smislu t. i. poizvedovalnih dolžnosti. Poseben namen je subjektivno pomembna okoliščina za upravičenca do informacije, spontane dolžnosti informiranja pa se v zvezi s subjektivno pomembnimi okoliščinami praviloma ne vzpostavijo. Izjema velja, če sopogodbenuk (zavezanec) takšno subjektivno pomembnost (poseben namen) zazna in prepozna. V takem primeru se mora nanjo odzvati, in sicer tako, da sopogodbenuku zagotovi morebitno manjkajočo informacijo.

Enako kot v OZ je tudi v 2. točki 37. člena ZVPot določeno, kdaj gre za stvarno napako. Enake sklepe kot po OZ lahko v zvezi s primerjavo ureditve stvarnih napak in predpostavko pomembnosti informacije pri splošnih dolžnostih informiranja izpeljemo tudi za potrošniško pravo prodaje blaga.

Ob primerjavi vsebine specificiranih dolžnosti informiranja, ki so posebej značilne za potrošniško pravo, s predpostavko pomembnosti pri splošnih predpogodbenih dolžnostih informiranja lahko ugotovimo, da posamezne specificirane dolžnosti to predpostavko izpolnjujejo. Tako npr. informacije o glavnih značilnostih blaga (25.b člen ZVPot) ustrezajo objektivnemu merilu bistvenosti zmote, to je bistvena lastnost predmeta, prav tako informacije o ceni, ki predstavlja bistveno sestavino pogodbe. Večina specificiranih predpogodbenih dolžnosti informiranja pa predpostavke pomembnosti pri splošnih dolžnostih informiranja praviloma<sup>53</sup> ne izpolnjuje in zato ne pomeni njene specifikacije. Gre za informacije o pritož-

<sup>51</sup> Npr. VSL sodba I Cp 2445/2008 z dne 8. 4. 2009.

<sup>52</sup> Npr. VSL sodba in sklep I Cp 1242/2012 z dne 13. 3. 2013: Kupca sta stanovanje kupovala kot takšno, ki ima možnost zagotavljanja storitev institucionalnega varstva starejšim ljudem. Ker je prodajalec za to vedel, za stvarno napako odgovarja.

<sup>53</sup> Izjema velja za primere, ko sta stranki določeno okoliščino povzdignili na raven bistvene sestavine pravnega posla, situacije, ko se aktivirajo poizvedovalne dolžnosti, ali ko gre za kršitev dolžnosti govoriti resnico (v zadnjih dveh primerih ni potrebno, da je izpolnjena predpostavka objektivne pomembnosti informacije).

benih postopkih, plačilnih pogojih, roku dostave, odgovornosti za stvarne napake, trajanju pogodbe, pogojih za odstop, dodatnih stroških prevoza. Vzpostavitev navedenih dolžnosti zato ne moremo utemeljiti s potrebo po zagotavljanju ustreznega informacijskega položaja potrošnika, ki mu omogoča oblikovaje svobodne volje, saj se opisane izjeme nanašajo na informacije o stranskih točkah pogodbe oziroma celo na informacije, ki so pomembne predvsem v izpolnitveni fazi (z njihovo kršitvijo upravičencu škoda v predpogodbeni fazi praviloma ne nastane). Teorija zaradi opisane neskladnosti predmeta dolžnosti informiranja pri specifikiranih dolžnostih informiranja s predpostavko pomembnosti pri splošnih dolžnostih specifikirano določene dolžnosti informiranja razvršča glede na namen, ki ga je z njihovo uzakonitvijo skušal doseči zakonodajalec.<sup>54</sup> Tako razlikujemo med dolžnostmi informiranja, ki so namenjene varstvu svobodne volje,<sup>55</sup> ki zagotavljajo transparentnost vsebine pogodbe,<sup>56</sup> v zvezi s pravico do odstopa od pogodbe (*Wiederrufsrecht*), ki omogoča naknadno sanacijo odločitve upravičenca (potrošnika) o vstopu v pogodbeno razmerje, in drugimi pravnimi posledicami,<sup>57</sup> o informacijah pri označevanju izdelkov,<sup>58</sup> o nevarnostih predmeta prodaje oziroma njegovi pravilni uporabi ipd. Dolžnosti informiranja, predpisane iz razlogov, ki so drugačni od zagotavljanja ustreznega informacijskega položaja, lahko na oblikovanje poslovne odločitve vplivajo le posredno.<sup>59</sup> Razlika v namenu, zaradi katerega je bila predpogodbena dolžnost informiranja vzpostavljena, pride do izraza predvsem pri možnostih sankcioniranja kršitev, kar bo podrobneje obravnavano v 6. poglavju.

V zvezi s specifikiranimi predpogodbenimi dolžnostmi informiranja je zanimivo tudi vprašanje, ali je z njihovo uzakonitvijo zakonodajalec določil le njihovo pomembnost in je torej za njihovo kršitev treba preveriti tudi izpolnjevanje nadaljnjih predpostavk, kot so se izoblikovale v primerjalnem pravu v zvezi s splošnimi predpogodbenimi dolžnostmi informiranja,<sup>60</sup> ali samo dejstvo neizpolnitve katere od specifikiranih dolžnosti zadostuje za ugotovitev kršitve.

Iz Direktive 2011/83/EU ne izhaja nobena dodatna zahteva po izpolnjenosti katere od nadaljnjih predpostavk, ki so potrebne za vzpostavitev predpogod-

<sup>54</sup> Kunnecke, str. 426–436; Grigoleit (1997), str. 57–64.

<sup>55</sup> Npr. dolžnosti informiranja o bistvenih sestavinah pogodbe: identiteta strank, predmet pravnega posla, cena. Dolžnosti v zvezi tovrstnimi informacijami najdemo v Direktivi 2011/83/EU, 1999/44/ES in tudi v ZVPot (25.b, 37., 43.b člen).

<sup>56</sup> Takšne dolžnosti so določene npr. v Direktivi 2000/31/EC.

<sup>57</sup> Npr. dolžnosti informiranja o pritožbenem postopku, informacije o jamčevanju za stvarne napake.

<sup>58</sup> Npr. Direktiva 98/6/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998 o varstvu potrošnikov pri označevanju cen potrošnikom ponujenih proizvodov, UL L 80/27.

<sup>59</sup> Grigoleit (1997), str. 60–61.

<sup>60</sup> Merila obravnavam pod naslovi: okvir vedenja upravičenca in zavezanca, dodatne okoliščine.

benih dolžnosti informiranja. Izjema velja le za »očitne okoliščine«, v zvezi s katerimi se predpogodbene dolžnosti ne aktivirajo.<sup>61</sup> Direktiva 2011/83/EU sicer uvaja popolno harmonizacijo področja, ki ga ureja (4. člen Direktive 2011/83/EU)<sup>62</sup>, vendar je v zvezi s predpogodbenimi dolžnostmi informiranja določena izjema, in sicer lahko države članice določijo tudi druge (dodatne) dolžnosti informiranja, poleg tistih, ki so že določene v direktivi. Jezikovna razlaga določbe napotuje na sklep, da bi dodajanje dodatnih zahtev za ugotavljanje kršitev specifičnih dolžnosti pomenilo nepopoln prenos direktive v pravni red držav članic, saj bi se s tem ožil nabor situacij, v katerih bi se predpogodbene dolžnosti informiranja vzpostavile.<sup>63</sup> Izjema, v zvezi s katero je direktiva instrument minimalne harmonizacije, se namreč nanaša le na določanje dodatnih dejstev, v zvezi s katerimi se dolžnosti informiranja vzpostavijo (četrti odstavek 5. člena Direktive 2011/83/EU).

Vendar pa je v zvezi s tem sklepom treba opozoriti, da se okoliščine, ki jih pokrivajo dodatne predpostavke, ki so se oblikovale pri ugotavljanju vzpostavitve splošnih predpogodbenih dolžnosti informiranja, lahko vsebinsko upoštevajo pri ugotavljanju pravnih posledic kršitev dolžnosti. Za ponazoritev bo v nadaljevanju podana primerjava predpostavk za vzpostavitev splošnih dolžnosti informiranja in okoliščin, ki se upoštevajo pri ugotavljanju odškodninske odgovornosti zaradi njihovih kršitev (*culpa in contrahendo*)<sup>64</sup> kot sankcije, ki je primarno namenjena sankcioniranju tovrstnih kršitev na področju obligacijskega prava.

Pomembnost informacije kot predpostavke vzpostavitve splošnih predpogodbenih dolžnosti informiranja se delno preverja pri vzročni zvezi kot predpostavki ugotavljanja odgovornosti zaradi kršitev predpogodbenih dolžnosti informiranja (*culpa in contrahendo*). Pri vzročni zvezi se namreč upošteva subjektivno doje-

<sup>61</sup> Omejitev v potrošniški zakonodaji se torej nanaša na očitne okoliščine, ki so razpoznavne vsem (oziroma določeni skupini ljudi), in glede na dikcijo ne upošteva individualnega okvira vedenja, kot to velja pri splošnih dolžnostih informiranja. Izključevalni kriterij očitnosti okoliščine se torej delno pokriva s predpostavko okvira vedenja upravičenca pri splošnih dolžnostih informiranja.

<sup>62</sup> Več o tem: Chirita, str. 9 in nasl.; Kunnecke, str. 428–430.

<sup>63</sup> Merilo okvira vedenja upravičenca izključuje vzpostavitev dolžnosti informiranja v zvezi z informacijami, ki jih upravičenec ima oziroma bi jih moral imeti ter se zaveda njihove pomembnosti oziroma bi se tega moral zavedati, merilo okvira vedenja zavezanca omejuje dolžnosti informiranja zgolj na situacije, ko mu je dejstvo, v zvezi s katerim naj bi se dolžnost vzpostavila, znano oziroma bi mu moralo biti znano, ko ve oziroma bi lahko vedel za informacijski deficit upravičenca in se zaveda oziroma bi se moral zavedati pomembnosti informacije za oblikovanje volje upravičenca. Enako kot drugi dve predpostavki področje vzpostavitve dolžnosti informiranja oži tudi zahteva po izpolnjenosti dodatnih okoliščin, torej obstoju informacijske šibkosti, zaupanja oziroma po zagotovitvi razumevanja vsebine in podlag pogodbe.

<sup>64</sup> Odgovornost lahko v našem pravnem redu izpeljemo preko deliktne odgovornosti. Predpostavke odgovornosti zaradi kršitve dolžnosti informiranja (*culpa in contrahendo*) so tako v nemškem kot v švicarskem sistemu enake: protipravnost (kršitev), škoda, vzročna zveza, krivda.

manje pomembnosti informacije za upravičenca, ki je v tem, ali je konkretna kršitev predpogodbenih dolžnosti informiranja pri njem povzročila, da je sklenil pravni posel, ki ga sicer ne bi oziroma bi ga sklenil pod drugačnimi pogoji. Ta predpostavka omogoča razbremenitev odškodninske odgovornosti (*culpa in contrahendo*) zavezanca zaradi kršitev predpogodbenih dolžnosti informiranja, ki za sklenitev pravnega posla niso pomembne. Nadalje se okvir vedenja upravičenca<sup>65</sup> upošteva tako pri predpostavki vzročne zveze, in sicer v tem smislu, da je upravičenec kljub temu, da je tako za informacijo kot za njeno pomembnost vedel, pravni posel s konkretno vsebino še vedno sklenil, zato vzročna zveza med kršitvijo in škodo ni podana, kot tudi pri predpostavki škode, če do nje kljub kršitvi specifične predpogodbene dolžnosti informiranja ne pride (pravni posel je za upravičenca ugoden). Pri ugotavljanju odgovornosti zaradi culpe in *contrahendo* se upošteva tudi okvir vedenja zavezanca,<sup>66</sup> in sicer pri predpostavki krivde, saj je ta zavestni element pri njenem ugotavljanju. Če zavestna sestavina krivde ni podana, zavezanec odškodninsko za kršitev ne odgovarja. Opisane predpostavke, ki morajo biti izpolnjene pri ugotavljanju odškodninske odgovornosti zaradi kršitev predpogodbenih dolžnosti informiranja, kljub delnemu prekrivanju z dodatnimi zahtevami za vzpostavitev splošnih dolžnosti informiranja, ne pomenijo nepopolnega prenosa Direktive 2011/83/EU. Ta namreč izbere primarne sankcije vsaj za večino specifičnih dolžnosti prepušča državam članicam.<sup>67</sup> Edina izjema velja za opustitveno tožbo, ki predpostavlja minimalno varstvo, zagotovljeno že na ravni ES.<sup>68</sup>

Slovenski zakonodajalec pri prenosu Direktive 2011/83/EU ni predpisal nobenih dodatnih okoliščin, ki bi morale biti izpolnjene za ugotovitev kršitev predpogodbenih dolžnosti informiranja. Da je podana kršitev specifičnih predpogodbenih dolžnosti informiranja, tako zadostuje, da gre za potrošniško razmerje, da informacija spada v katero od v zakonu zajetih skupin ter da okoliščina (informacija) ni očitna. Na takšen sklep napotuje tudi določba 7. točke 43.b člena ZVPot, v kateri je določena tudi sankcija s področja obligacijskega prava, ki ne predvideva možnosti upoštevanja prej omenjenih ugovorov zavezanca. Naš zakonodajalec je izkoristil tudi možnost, da določi dodatne specifične predpogodbene dolžnosti informiranja,<sup>69</sup> ne nazadnje pa določba direktive omogoča tudi aktivacijo splošnih predpogodbenih dolžnosti informiranja, ki temeljijo na dobri veri.

<sup>65</sup> Več o tej predpostavki v poglavju 5.2.

<sup>66</sup> Več o tej predpostavki v poglavju 5.3.

<sup>67</sup> Kunnecke, str. 430.

<sup>68</sup> Grigoleit (2011), str. 258. Pri nas je opustitvena tožba urejena v 74. členu ZVPot.

<sup>69</sup> Tako je dodal zahtevo po informiranju o pritožbenem postopku, možnostih in pogojih poprodajnih storitev itn.

Pri preučevanju predpostavke pomembnosti velja opozoriti tudi na razmerje med 25.b in 37. členom ZVPot. Člen 37 namreč v določenem delu pomeni specifikacijo določbe 25.b člena ZVPot, in sicer v delu, ki se nanaša na lastnosti predmeta za normalno rabo (kot značilnost blaga iz 1. točke 25.b člena ZVPot). Zaradi tega pri potrošniških prodajnih pogodbah ni treba, da bi bile za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja izpolnjene dodatne predpostavke za vzpostavitev, to je tiste, ki jih sicer poznamo pri splošnih dolžnostih informiranja in ki morajo biti, glede na opisano razmerje med splošnimi dolžnostmi informiranja in določbami o stvarnih napakah pri prodajni pogodbi, izpolnjene tudi pri slednjih. Ta posebnost v smislu olajševanja izkazovanja kršitve dolžnosti informiranja pa je omejena na obseg, ki ustreza nosilcu podatkov in blagu. V presežnem delu se zato presojanje obstoja kršitev dolžnosti informiranja z navedeno vsebino opravlja po pravilih, ki so se oblikovala pri splošnih predpogodbenih dolžnostih informiranja.

## 5.2. Okvir vedenja upravičenca

Zaradi v prejšnjem poglavju ugotovljene posebnosti pri specificiranih predpogodbenih dolžnostih informiranja, da za njihovo kršitev zadostuje, da dolžnost ni bila izpolnjena, je pri obravnavi nadaljnjih predpostavk treba upoštevati, da morajo biti te izpolnjene le pri splošnih predpogodbenih dolžnostih informiranja in dolžnostih, katerih vsebina je posredno določena. Zaradi delnega prekrivanja odgovornosti zaradi kršitev dolžnosti informiranja in odgovornosti iz naslova jamčevanja za stvarne napake pri prodajni pogodbi bo v nadaljevanju podan pregled dodatnih predpostavk, ki se zahtevajo za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja glede na njihovo skladnost z okoliščinami, ki se upoštevajo pri ugotavljanju odgovornosti iz jamčevanja.

Enako kot pri predpogodbenih dolžnostih informiranja, pri katerih vedenje upravičenca preprečuje vzpostavitev dolžnosti informiranja, je tudi pri odgovornosti za stvarne napake prodajalca vedenje kupca okoliščina, ki izključuje odgovornost prodajalca iz naslova jamčevanja. Šteje se, da je kupec, ki je za napako stvari vedel oziroma bi zanj moral vedeti (prvi odstavek 460. člena OZ),<sup>70</sup> v dejanske lastnosti predmeta prodaje privolil in zato zoper prodajalca nima zahtevkov iz naslova jamčevanja.<sup>71</sup> Enako določbo vsebuje tudi Direktiva 1999/44/ES, ki določa vedenje upravičenca kot negativno predpostavko, tako da izključuje domnevo o neskladnosti blaga s pogodbo, ker ta ne ustreza zahtevam, določenih v drugem odstavku 2. člena Direktive 1999/44/ES. Če je potrošnik za

<sup>70</sup> Ista določba se uporablja tudi za potrošniška razmerja na podlagi 4. točke 37. člena ZVPot.

<sup>71</sup> Možina, str. 405.

neskladnost blaga s pogodbo vedel, mu je bila torej neskladnost znana oziroma bi zanjo moral vedeti (mu razumno ni mogla biti neznan), ali če neskladnost izvira iz materiala, ki ga je dobavil potrošnik, potem ne gre za neskladnost blaga s pogodbo. Ta določba vsebinsko ustreza predpostavki okvira vedenja upravičenca kot predpostavki vzpostavitve splošnih predpogodbenih dolžnosti informiranja, ki je v tem, da se dolžnosti informiranja v zvezi z lastnostmi predmeta prodaje, ki sicer ustrezajo pojmu stvarne napake, ne vzpostavijo, če stranka s temi informacijami razpolaga ali bi jih ob ustrezni skrbnosti lahko sama pridobila (dostopnost informacije), ob čemer se mora zavedati njihove pomembnosti oziroma bi se te morala zavedati.<sup>72</sup>

Kot merilo skrbnosti v zvezi z vedenjem o stvarnih napakah zakon določa udeleženca v pravnem prometu s povprečnim znanjem in izkušnostjo človeka enake vrste in poklica ali stroke, kot je konkretni kupec (drugi odstavek 460. člena OZ): če bi ta napako opazil ob običajnem pregledu stvari, bi zanjo lahko vedel, zato kupec nosi tudi posledice svoje nezadostne skrbnosti pri sklepanju pogodbe (čeprav za napako stvari dejansko ni vedel). Standard skrbnosti kupca v zvezi z informacijami o stvarnih napakah, kot je določen v OZ, je torej enako kot pri predpogodbenih dolžnostih informiranja konkretno objektivno. Merilo običajnega pregleda stvari, ki se sicer na prvi pogled razlikuje od tistega, ki je določeno v zvezi z okvirom vedenja upravičenca pri splošnih predpogodbenih dolžnostih informiranja, to je da je informacija upravičencu dostopna, če jo lahko pridobi brez nadaljnjega,<sup>73</sup> razmeroma določno opisuje standard dostopnosti informacije upravičencu. Če bi bila lahko lastnost predmeta prodaje opažena pri običajnem pregledu stvari, potem se šteje, da takšno dejstvo kupcu ni moglo ostati neznano, zato prodajalec za takšne napake ne odgovarja. Merilo dostopnosti informacije je torej pri kupčevi vednosti za napako ob sklenitvi pogodbe kot okoliščini, ki izključuje odgovornost prodajalca, zastavljeno enako kot pri predpostavki predpogodbenih dolžnosti informiranja, to je da lahko kupec pride do informacij brez nadaljnjega, to je ob običajnem pregledu s svojim obstoječim znanjem, vedenjem, izkušnjami. Navedeno merilo ustreza merilu dostopnosti informacije, kot se je uveljavilo v nemški ureditvi, prav tako pa je to merilo skladno tudi s stališči, zavzetimi pri institutu zmote v slovenskem pravu, kjer lahko predpostavko opravičljivosti zmote v smislu drugega odstavka 46. člena OZ neposredno

<sup>72</sup> Predpostavko z opisano vsebino v zvezi z vzpostavitvijo dolžnosti informiranja upošteva nemška teorija in praksa (več o tem: Roth, str. 90; Schwarze, str. 39; De Geest, str. 3–4; smiselno: Kötz (2004), str. 438–439; več o transakcijskih stroških: Cooter in Ulen, str. 88 in nasl.; Markesinis, str. 309–310), kot ekonomsko učinkovito pa jo sicer preko stroškov pridobitve informacij ocenjuje tudi ekonomska teorija prava (več o tem: Kötz (2004), str. 438–439. Več o transakcijskih stroških: Cooter in Ulen, str. 88 in nasl.; Kronman, str. 23).

<sup>73</sup> Roth, str. 90; Schwarze, str. 38; Markesinis, str. 309–310.



uporabimo tudi za določanje okvirov vedenja pri vzpostavitvi predpogodbenih dolžnosti informiranja.<sup>74</sup> Pri tem velja opozoriti na razliko med predpostavko okvira vedenja upravičenca in skrbnostjo v smislu običajnega pregleda stvari, ki je v tem, da je predpostavka okvira vedenja lahko izpolnjena le, če je bilo pregled stvari mogoče opraviti pred sklenitvijo pogodbe. Določba 460. člena OZ namreč izključuje odgovornost za napake, ki jih je mogoče opaziti pri običajnem pregledu, vendar pri tem določa, da mora kupec običajen pregled stvari opraviti, brž ko je to po normalnem poteku stvari mogoče, kar je lahko tudi šele, ko blago prejme. Trenutek, do katerega lahko kupec opravi pregled, je torej v primerjavi z odgovornostjo za kršitev predpogodbenih dolžnosti informiranja, ki se torej lahko vzpostavijo le do sklenitve pogodbe, poznejši. Ob tem se postavlja vprašanje, ali je pregled kupca pred prevzemom stvari v primeru, da je ta odložen, drugačen od tistega, ki ga mora v smislu skrbnega ravnanja v pravnem prometu (npr. v smislu drugega odstavka 46. člena OZ) opraviti pred sklenitvijo pogodbe.<sup>75</sup> Drži, da pred sklenitvijo pogodbe kupec blaga ni dolžan običajno pregledati,<sup>76</sup> to dolžnost (poleg notifikacije ugotovljenih napak) ima šele, ko mu je blago dobavljeno (461. člen OZ), vendar pa po mojem mnenju standard skrbnosti v zvezi s pregledom stvari kot merila dostopnosti informacije upravičencu pri vzpostavitvi predpogodbenih dolžnosti informiranja zaradi že opisane povezave med obema okoliščinama ni drugačen od tistega ob prevzemu: če je torej kupec imel možnost, da opravi običajen pregled stvari, se v zvezi s stvarnimi napakami, ki bi jih pri tem lahko opazil, predpogodbene dolžnosti informiranja ne vzpostavijo.<sup>77</sup>

Izjema glede merila skrbnosti, določenega v drugem odstavku 460. člena OZ, velja za posebna zagotovila prodajalca, ki zahtevano stopnjo skrbnosti kupca

<sup>74</sup> VSC sodba Cp 1083/2005 z dne 17. 8. 2006: Splošne pogoje poslovanja bi stranka lahko prebrala. Ker tega ni storila, se na zмотo zaradi neizpolnjene predpostavke njene opravičljivosti ne more sklicevati. VSRS sodba II Ips 606/2009 z dne 20. 1. 2011: Stranka, ki je prevzela poroštveno obveznost in se pred tem ni pozanimala o kreditni sposobnosti glavnega dolžnika, čeprav je to možnost imela (da bi se pozanimala, ali je glavni dolžnik zavaroval svoj dolg z nepremičnino in v kakšnem deležu je ta njen lastnik), ni ravnala dovolj skrbno, zato poroštvena pogodba ni izpodbojna. VSRS sodba in sklep II Ips 92/2009 z dne 16. 12. 2009: Stranki v zmoti sta imeli na razpolago vse podatke, na podlagi katerih bi lahko ugotovili, da sopogodbenuk po določbah SZ ni bil upravičen do odkupa stanovanja, zato njuna zмотa ni nezakrivljena. VSL sodba in sklep I Cp 1103/2012 z dne 7. 11. 2012: Stranka je sklenila pogodbo o neodplačnem prevzemu toženčeve družbe (d. o. o.), pri čemer ga odstopenik ni informiral o dolgovih. Prevzemnik se je skliceval na prevaro, sodišče pa je zavzelo stališče, da ker se prevzemnik ni pozanimal o predmetu pogodbe in je pogodbo o prevzemu zgolj podpisal, ni ravnal s skrbnostjo, ki se zahteva v pravnem prometu, zaradi česar je po mnenju sodišča izključena protipravnost ravnanja odstopenika (prvi odstavek 49. člena OZ), ki je potrebna za odškodninsko odgovornost po drugem odstavku 49. člena OZ.

<sup>75</sup> To vprašanje izpostavljata: Možina, str. 405, in Cigoj, str. 1444–1445.

<sup>76</sup> Možina, str. 405.

<sup>77</sup> Prav tako pa je po mojem mnenju izključena tudi odgovornost prodajalca za jamčevanje na podlagi 460. člena OZ (kupčeva vednost za napako ob sklenitvi pogodbe).



znižajo do ravni njegovega vedenja za napako (tretji odstavek 460. člena OZ); le v primeru, ko kupec ve za napako stvari ob sklenitvi pogodbe, je prodajalec v primeru izrecnih zagotovil o njeni odsotnosti prost odgovornosti za napako.<sup>78</sup> V vseh drugih primerih pa zaradi posebnega zagotovila zanjo odgovarja, in sicer ne glede na to, da bi kupec napako z lahkoto opazil.<sup>79</sup> Navedena izjema je sorodna tisti, ki je določena pri splošnih dolžnostih informiranja: zaradi izrecnih zagotovil oziroma izjav zavezanca k informiranju se nivo potrebne skrbnosti sopogodbena (upravičenca) zniža, v primeru prevare<sup>80</sup> celo toliko, da skrbnost sopogodbena ni več predpostavka vzpostavitve dolžnosti informiranja. Podobno torej velja tudi pri prodajni pogodbi, pri kateri je odgovornost prodajalca iz jamčevanja kljub njegovim izrecnim zagotovilom, da ima stvar določene lastnosti, izključena, če je kupec vedel za pravo stanje stvari.

V zvezi z vedenjem upravičenca o pomembnosti informacije kot eni od komponent predpostavke okvira vedenja za vzpostavitev splošnih predpogodbenih dolžnosti informiranja lahko ugotovimo, da je glede na dejstvo, da pomembnost informacije pri stvarnih napakah izhaja bodisi iz dogovora strank bodisi je pomembnost informacije zakonsko določena, ta komponenta vedenja (da je vedel oziroma bi za pomembnost informacije moral vedeti) praviloma<sup>81</sup> izpolnjena. Navedena okoliščina tudi ni razlog za izključitev odgovornosti prodajalca za jamčevanje. Glede na to, da bo ta predpostavka pri predpogodbenih dolžnostih informiranja v večini primerov izpolnjena, se tudi v tem delu situacije, v katerih se odgovornosti vzpostavi (za jamčevanje in *culpa in contrahendo* zaradi kršitev predpogodbenih dolžnosti informiranja), v večjem delu skladajo.

### 5.3. Okvir vedenja zavezanca

V zvezi z okvirom vedenja prodajalca lahko ugotovimo, da ta odgovarja za napake stvari ne glede na to, ali je zanje ob prehodu nevarnosti na kupca vedel ali ne (prvi odstavek 458. člena OZ). Odgovornost iz naslova jamčevanja je torej v slovenskem pravu glede vedenja prodajalca zastavljena široko (objektivno ozi-

<sup>78</sup> Možina, str. 405.

<sup>79</sup> Možina, str. 405; Plavšak (2009), str. 144–145. Npr. VSL sodba in sklep II Cp 4365/2010 z dne 11. 5. 2011: Pogodbeni dogovor, da hiša ni vlažna, ustreza izjavi prodajalca, da ima hiša kot predmet prodaje določeno lastnost. Čeprav bi kupec lahko pričakoval, da hidroizolacija ni v najboljšem stanju, prodajalec za svoje izrecno zagotovilo odgovarja za stvarno napako.

<sup>80</sup> Vendar pa mora biti pri prevari vseeno podana zmeta upravičenca, saj sicer dejanski stan prevare ni izpolnjen: prevara prodajalca pri kupcu ne povzroči zmote, če je sopogodbena za pravo stanje stvari vedel.

<sup>81</sup> Izjema velja za dolžnost govoriti resnico in pri poizvedovalnih dolžnostih, kjer se dolžnost informiranja vzpostavi zaradi zavezancu razpoznavne očitne zmote upravičenca.

roma se odgovornost objektivni zelo približuje).<sup>82</sup> Drugače je pri predpogodbennih dolžnostih informiranja; za njihovo vzpostavitev mora biti podano vedenje oziroma možnost vedenja zavezanca:

- o pomembnosti informacije,
- o dejstvu, da upravičenec ne razpolaga z (pravilno) informacijo ter
- o vsebini informacije.<sup>83</sup>

V zvezi z vedenjem zavezanca, da je informacija pomembna, lahko pri prodajni pogodbi ugotovimo, da mora glede na dejstvo, da so pri prodajni pogodbi v določbah o stvarnih napakah vsebovana tudi merila za presojanje pomembnosti informacije, prodajalec vedeti, da je pomembna informacija (v smislu predpostavke za vzpostavitev predpogodbennih dolžnosti informiranja) o lastnostih, ki ne omogočajo običajne rabe predmeta prodaje (prva točka 459. člena OZ) ter o tistih, ki sta jih s kupcem posebej dogovorila (tretja točka 459. člena OZ). Določbe o stvarnih napakah torej zaradi vsebovanega merila pomembnosti vzpostavljajo tudi domnevo, da je prodajalec vedel, da je takšna informacija pomembna za sklenitev pravnega posla.

O posebni rabi, za katero kupec kupuje predmet, mora biti pri prodajni pogodbi podano vedenje prodajalca oziroma mora biti poseben namen prodajalcu razpoznaven, da neprimernost predmeta za posebno rabo predstavlja stvarno napako, za katero prodajalec odgovarja iz naslova jamčevanja. Navedena predpostavka glede razpoznavnosti posebnega namena kupca se sklada s situacijami, v katerih se vzpostavijo poizvedovalne dolžnosti kot posebna skupina predpogodbennih dolžnosti informiranja, ki predstavlja izjemo od zahteve po objektivni pomembnosti informacije za vzpostavitev predpogodbennih dolžnosti informiranja. Pri poizvedovalnih dolžnostih se namreč ne zahteva, da informacija izpolnjuje merilo objektivne pomembnosti, če je sopogodbenu razpoznavno, da kupec svojo poslovno voljo oblikuje na podlagi dejstva, o katerem se moti. V teh primerih, ko je torej poseben namen kupca prodajalcu razpoznaven, se dolžnosti informiranja prodajalca, da predmet prodaje takšnih lastnosti nima, vzpostavijo, in sicer ne glede na to, ali so lastnosti predmeta za poseben namen kupca del skupne poslovne podlage strank ali ne. Tudi v zvezi s to predpostavko lahko ugotovimo, da se področji uporabe obeh odgovornosti prekrivata.

V zvezi z vedenjem prodajalca o vsebini informacije, to je o dejstvu kot predpostavki aktiviranja predpogodbennih dolžnosti informiranja, velja, da mora prodajalec imeti možnost, da takšno informacijo pridobi, te možnosti pa ne izkoristi. Če prodajalcu ne moremo pripisati vsaj malomarnosti v zvezi s pridobitvijo

<sup>82</sup> Več o tem: Možina, str. 404.

<sup>83</sup> Roth, str. 87–88; Markesinis, str. 309–310; Grigoleit (1997), str. 77; Schwarze, str. 39, 49–50.

informacije, se dolžnosti informiranja ne vzpostavijo, odgovarja pa prodajalec iz naslova kršitve pogodbe. Odgovornost za jamčevanje je v tem oziru strožja, saj prodajalec odgovarja za izpolnitev z napakami ne glede na krivdo,<sup>84</sup> ki sicer vsebuje elemente vedenja (da je za informacijo vedel oziroma bi moral vedeti).

#### 5.4. Dodatne okoliščine

Za vzpostavitev splošnih dolžnosti informiranja in tudi dolžnosti, ki so posebej značilne za prodajno pogodbo (o stvarnih napakah predmeta), se v primerjalnem pravu zahteva, da je poleg opisanih predpostavk izpolnjena tudi katera od dodatnih okoliščin: informacijska šibkost, zaupanje, zagotavljanje razumevanja vsebine in podlag pogodbe.<sup>85</sup> Ta predpostavka mora biti torej izpolnjena tudi pri predpogodbenih dolžnostih informiranja, ki se vzpostavijo pri prodajni pogodbi (torej tudi pri posredno določenih dolžnostih informiranja). Drugače je pri specficirano določenih dolžnostih informiranja, kjer naj bi upravičenost zahteve po njihovi vzpostavitvi izhajala iz dejstva, da je potrošnik šibkejša stranka v razmerju, kar se odraža tudi v njegovem podrejenem informacijskem položaju. Zakonodajalec je slabši položaj potrošnika postavil kot (neizpodbojno) domnevo,<sup>86</sup> tako da se dolžnosti informiranja, če izpolnjujejo zahteve po potrošniški pogodbi, vzpostavijo neodvisno od tega, ali je ta dodatna okoliščina izpolnjena tudi v konkretnem primeru. Ureditev je v teoriji deležna kritike,<sup>87</sup> saj informacijska šibkost kot ena od dodatnih okoliščin, ki upravičuje vzpostavitev dolžnosti informiranja, zajema primere, ko upravičenec ni zmožen prepoznati lastnega informacijskega položaja in posledično tudi svoje potrebe po informacijah. Gre za subjektivno predpostavko, ki je odvisna od lastnosti in položaja stranke. Če te sposobnosti stranka nima, njena poslovna volja ne more biti svobodna, saj nima potrebnega znanja, da bi ocenila svoj informacijski položaj, ki bi bil podlaga za njeno racionalno odločitev.<sup>88</sup> Avtorji opozarjajo na nedoslednost pri upoštevanju tega merila pri pravu varstva potrošnikov v smislu domneve, saj oseba pridobi status potrošnika le pri poslih, ki jih sklepa v zvezi s poslovno dejavnostjo sopolgodbenika.<sup>89</sup> Če bi ta isti pravni posel sklepal z osebo, ki nima statusa podjetnika, mu poslovna neizkušenost lahko ne bi bila priznana.<sup>90</sup> Ker je splošna poslovna izkušenost lastnost posameznika, pri potrošnikih pa se neizkušenost kot domne-

<sup>84</sup> Več o tem: Možina, str. 404.

<sup>85</sup> Kramer, str. 1401; Jauerling, str. 65; Schwarze, str. 146 in nasl.

<sup>86</sup> Več o tem: Grigoleit (2011), str. 229.

<sup>87</sup> Schwarze, str. 183–186, 50 in nasl.

<sup>88</sup> Kramer, str. 1401; Jauerling, str. 65.

<sup>89</sup> Schwarze, str. 183–186; Grigoleit (1997), str. 72.

<sup>90</sup> Schwarze, str. 183–186.

va postavlja zaradi njihove vloge v razmerju (strukturna podrejenost), menim, da je pomislek o upravičenosti varovanja potrošnika brez upoštevanja dodatnih zahtev, ki so se oblikovale v zvezi s splošnimi dolžnostmi informiranja, torej tudi dodatnih okoliščin, umesten.

## 6. Kršitve

Kršitve dolžnosti informiranja se pojavljajo v dveh oblikah: aktivni in pasivni, obe obliki pa sta tudi pravno priznani. Pasivne kršitve predpogodbenih dolžnosti informiranja se kažejo v opustitvi njihove izpolnitve:<sup>91</sup> v primeru, ko torej obstaja dolžnost informiranja, stranka te svoje obveznosti ne izpolni, temveč molči, pri čemer je ta njen molk navaden, brez kakršnegakoli pomena za nasprotno stranko.<sup>92</sup> Aktivne oblike kršitev drugače od pasivnih zajemajo širok spekter ravnanj. Mednje prištevamo primere, ko stranka sopogodbenuku poda napačno informacijo,<sup>93</sup> ko stranka razkrije samo del informacije, zaradi česar sopogodbenuk dobi napačno predstavo o okoliščini, ter primere, pri katerih pride do zavajanja sopogodbenuka s konkludentnim molkom.<sup>94</sup> V zvezi z napačnim informiranjem lahko ugotovimo, da je izjavitelj zanj odgovoren, in sicer ne glede na obstoj dolžnosti informiranja ter neodvisno od tega, ali je bila izjava dana spontano ali na podlagi zastavljenega vprašanja.<sup>95</sup> Navedeno je posledica dolžnosti udeležencev v pravnem prometu, da (tudi v fazi sklepanja pogodbe) dajejo resnične izjave.<sup>96</sup> Med aktivne kršitve spada tudi zavajanje stranke s konkludentnim molkom, s katerim (drugače od navadnega molka) nasprotni stranki dajemo neko informacijo.<sup>97</sup> V ta sklop lahko vključimo tudi kršitev z vzdrževanjem sicer spontane zmoti v zvezi z dejstvom, ki je predmet dolžnosti informiranja: do informacije upravičena stranka si je sama ustvarila predstavo v zvezi z dejstvom, glede katerega je druga stranka zavezana k pojasnjevanju; ta jo v takšni zmoti pusti oziroma zmoto

<sup>91</sup> Markesinis, str. 306; Dolenc, str. 110; Grigoleit (1997), str. 152.

<sup>92</sup> Müller, str. 23–24; Grigoleit (1997), str. 152; von Bar in Clive, str. 498.

<sup>93</sup> Grigoleit (1997), str. 152.

<sup>94</sup> Müller, str. 23, 24, 83. Več o konkludentnem ravnanju in pomenu molka: Bork, str. 221–224, 337; Grigoleit (1997), str. 6, 152. Enako kot pri predpogodbenih dolžnostih informiranja so istovrstna ravnanja prevaranta razvrščena med aktivne in pasivne kršitve pri institutu prevare. Kramer, str. 1407; Wagner, str. 86; Markesinis, str. 307.

<sup>95</sup> Roth, str. 86; Fleischer, str. 254. Gre za dolžnost podati pravilen in popoln odgovor na zastavljeno vprašanje (Wahrheitspflicht); Grigoleit (1997), str. 6; Dolenc, str. 11; Stadler, str. 368; smiselno Wagner, str. 88, 89.

<sup>96</sup> Fleischer, str. 254; Grigoleit (1997), str. 6; Roth, str. 86.

<sup>97</sup> Roth, str. 86; Müller, str. 23, 24, 8. Več o konkludentnem ravnanju in pomenu molka glej Bork, str. 221–224, 337; Jauering, str. 65.

vzdržuje, zaradi česar gre za aktivno obliko kršitve dolžnosti informiranja.<sup>98</sup> Pri nepopolnem informiranju gre prav tako za aktivno obliko kršitve dolžnosti informiranja, čeprav gre po vsebini kršitve za delno opustitev izpolnitve te dolžnosti. Nepopolno informiranje štejemo med aktivne oblike kršitve z utemeljitvijo, ki izhaja iz ureditev *common law* in ki jo sprejemajo tudi sistemi civilnega prava, da je stranka, zavezana k pojasnjevanju, s polresnico aktivno povzročila motnje pri oblikovanju volje nasprotne stranke.<sup>99</sup>

Pri prodajni pogodbi lahko v zvezi s posredno določenimi predpogodbenimi dolžnostmi informiranja ugotovimo, da je pri dogovorjenih lastnostih predmeta prodaje kršitev vedno storjena v aktivni obliki. Kršena je namreč dolžnost govoriti resnico, ki je lahko storjena bodisi z napačnimi izjavami bodisi z zavajanjem s konkludentnim molkom. Dejstvo, da sta se stranki dogovorili, da bo prodajalec kupcu zagotovil predmet z določenimi lastnostmi, ki jih ta nima, tako vedno pomeni aktivno kršitev dolžnosti informiranja, celo v primeru, ko dogovorjena lastnost ustreza tudi abstraktnemu objektivnemu standardu iz tretje točke 459. člena OZ.

V primeru stvarne napake, ki ustreza pogojem iz druge točke 459. člena OZ, lahko pride do kršitve dolžnosti informiranja bodisi aktivno bodisi pasivno. Aktivirajo se namreč spontane dolžnosti informiranja, ko prodajalec opazi, da je bodisi kupec v zmoti glede lastnosti predmeta, ki jih mora imeti za posebno rabo, in sicer ne glede na to, ali je prodajalec za poseben namen vedel oziroma bi zanj moral vedeti v smislu druge točke 459. člena OZ, to je, da je bil prodajalcu poseben namen, za katerega kupec stvar kupuje, razpoznaven.<sup>100</sup> Za aktivno kršitev dolžnosti gre, če poseben namen kupca ni postal del pogodbene podlage obeh strank, je pa bil namen kot podlaga odločitve o vstopu v pogodbeno razmerje prodajalcu razpoznaven in je v zvezi z lastnostmi, ki so potrebne za poseben namen, dajal izjave, ki so bile v nasprotju z načelom dolžnosti govoriti resnico. V tem primeru so bile dolžnosti informiranja kršene aktivno.

Enako, to je, da lahko pride do kršitev dolžnosti informiranja v obeh oblikah, velja tudi za lastnosti predmeta, ki so potrebne za običajno rabo. Spontane dolžnosti informiranja se vzpostavijo v zvezi z lastnostmi, ki od zahtevanega standarda zakonodajalca odstopajo. Vse izjave prodajalca, ki ne ustrezajo resničnemu stanju, pa pomenijo aktivno kršitev dolžnosti informiranja.

<sup>98</sup> Roth, str. 86; Bork, str. 337.

<sup>99</sup> Roth, str. 86; Müller, str. 23–24, 83; Bork, str. 337. Več o tem, sicer v zvezi s prevaro, glej Kramer, str. 1408; tudi, če informacija ni objektivno napačna, je pa zavajajoča, gre za aktivno zavajanje; primer: na vprašanje, koliko je star motor pri vozilu, je prodajalec odgovoril, da več kot 3 leta, čeprav je bil ta v resnici star več kot 12 let, kot bi se tudi moral glasiti pravilen odgovor.

<sup>100</sup> Več o tem v poglavjih 5.1. in 5.3.

Pri specificirano določenih predpogodbenih dolžnostih informiranja, ki so značilne tudi za slovensko potrošniško pravo, je kršitev glede na prej opisane možnosti lahko aktivna ali pasivna. Pri tem je treba posebej omeniti kršitve formalnih<sup>101</sup> zahtev pri informiranju, ko torej informacija naslovniku ni bila posredovana tako, da bi jo razumel. Tudi v tem primeru bo podana kršitev dolžnosti informiranja.<sup>102</sup> Tako kot za aplikacijo pravnih posledic kršitev ni pomembno, ali je bila ta kršena v aktivni ali pasivni obliki, menim, da tudi resnost kršitve formalnih zahtev le posredno vpliva na aplikacijo posledice, in sicer v smislu merila za presojo, ali je kršitev podana ali ne, izbira sankcije pa je odvisna predvsem od namena, zaradi katerega je bila dolžnost informiranja določena, ter učinka, ki ga je imela kršitev na oblikovanje volje sopogodbenika.<sup>103</sup>

## 7. Posledice kršitev predpogodbenih dolžnosti informiranja

V tem poglavju bodo predstavljene sankcije, ki jih kot možne posledice kršitev specificiranih predpogodbenih dolžnosti informiranja ponuja obligacijsko pravo.<sup>104</sup> Poudarek bo na kršitvah, ki vplivajo na oblikovanje poslovne volje upravičenca. Direktiva 2011/83/EU za kršitev specificiranih dolžnosti praviloma ne predpisuje sankcij s tega področja, pač pa države članice zavezuje le, da zagotovijo sankcije, ki ustrezajo namenu, ki ga je imel zakonodajalec pri določitvi predpogodbenih dolžnosti informiranja.

Predpogodbene dolžnosti informiranja se vzpostavijo neodvisno od tega, ali stranki pravni posel (veljavno) skleneta ali ne. Kršitev predpogodbenih dolžnosti informiranja lahko zaradi dejstva, da pogodbeni svoboda zajema tako pozitivno kot negativno svobodo odločanja, rezultira tako v nesvobodno oblikovani odločitvi, da pravni posel stranka sklene, kot tudi v odločitvi, da posla ne sklene (pa bi ga, če bi bila dolžnost informiranja izpolnjena). Poleg različnega izida predpogodbene faze je pri sankcioniranju kršitev dolžnosti informiranja na področju prava varstva potrošnikov treba upoštevati namen, zaradi katerega so bile dolžnosti predpisane, in tudi učinek, ki ga je imela kršitev na oblikovanje volje sopogodbenika (točneje, ali ga je imela ali ne), in skladno z njim uporabiti primerno sankcijo.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> Npr. 7. in 8. člen Direktive 2011/83/EU.

<sup>102</sup> Več o tem glej Campagna, str. 37; Chirita, str. 19.

<sup>103</sup> Drugače, da je glede na resnost kršitve formalnih zahtev treba izbrati tudi primerno sankcijo, sicer brez omejitve zgolj na področje obligacijskega prava, meni Campagna, str. 40.

<sup>104</sup> Zunaj področja obravnave tega prispevka pa bodo ostale možne posledice na upravnem in prekrškovnem področju; več o teh posledicah: Grigoleit (2011), str. 252 in nasl.

<sup>105</sup> Prav tam, str. 250, 251.

Če pogodba ni bila (veljavno) sklenjena, gre lahko za situacijo, ko gre za nesporazum (16. člen OZ) ali do sklenitve pogodbe ni prišlo, ker med strankama ni prišlo do soglasja o bistvenih sestavinah pogodbe (15. člen OZ).<sup>106</sup> Do opisanih dejanskih stanj lahko pogosto pripelje kršitev specificiranih dolžnosti informiranja o glavnih značilnostih blaga, identiteti prodajalca, ceni, funkcionalnosti ter združljivosti digitalne vsebine s strojno in programsko opremo, če te informacije predstavljajo bistveno sestavino pogodbe.

Če je upravičenec do informacije odstopil od pogajanj, ker dolžnost informiranja ni bila izpolnjena oziroma je bila dolžnost kršena, lahko zavezanec k informiranju za takšno kršitev tudi odškodninsko odgovarja (*culpa in contrahendo*), pri čemer lahko pri nas odgovornost izpeljemo prek določb o deliktne odškodninski odgovornosti. Ker ZVPot ne določa začetnega trenutka vzpostavitve specificiranih dolžnosti informiranja,<sup>107</sup> pač pa le (enako kot Direktiva 2011/83/EU) končno točko njihove izpolnitve, med katere ne prišteva trenutka, ko potrošnik odstopi od pogajanj, ker zmotno meni, da z nameravanim pravnim poslom ne bo mogel uresničiti svojih interesov, bi bilo po mojem mnenju pri ugotavljanju, ali je do kršitve predpogodbene dolžnosti informiranja v takšnem primeru prišlo, treba presojati tudi izpolnjenost dodatnih predpostavk, ki se zahtevajo pri splošnih dolžnostih informiranja za ugotovitev njihove kršitve.

Če je med strankama prišlo do sklenitve pogodbe, pri čemer so bile predpogodbene dolžnosti informiranja kršene, je treba najprej preveriti, ali je bila sklenjena pogodba, ki je za upravičenca ugodna ali ne, pri čemer je treba izhajati iz načelnega pravila, da je treba voljo in dogovor strank razlagati objektivno.<sup>108</sup> Kršitev dolžnosti informiranja se namreč lahko upošteva pri interpretaciji pravnega posla, kar je še posebej pogosto pri specificiranih dolžnostih informiranja, ki so določene »v korist prodajalca«. <sup>109</sup> Če ta določenih informacij ne razkrije, te ne postanejo del vsebine pogodbe. Navedeno velja npr. pri informiranju o dodatnih stroških prevoza, dostave, stroških komunikacijskega sredstva, če odstopajo od redne tarife, o dejstvu, da posameznik nosi stroške vračila blaga v primeru odstopa od pogodbe, stroških vračila blaga, stroških v primeru odstopa od pogodbe ipd. (25.b in 43.b člen ZVPot). Pri slednjih je slovenski zakonodajalec predpisal sankcijo, da v primeru njihovega nerazkritja morebitne nastale stroške iz tega naslova nosi prodajalec (7. točka prvega odstavka 43.b člena ZVPot). Enako velja tudi za neinformiranje upravičenca o plačilnih pogojih, roku dostave, trajanju

<sup>106</sup> Na možnost takšne sankcije v nemškem pravu opozarjata: Börger, str. 88–89, in Grigoleit (2011), str. 250 in nasl.

<sup>107</sup> Več o tem v 3. poglavju.

<sup>108</sup> O primarnosti pravil o interpretaciji izjav volje tudi: von Bar in Clive, str. 487.

<sup>109</sup> Več o tem: Grigoleit (2011), str. 250 in nasl.



pogodbe, pogojih za odstop od pogodbe, maksimalnem trajanju obveznosti na podlagi pogodbe, tako da se pogodba razlaga, kot da takšni posebni pogoji ne bi bili dogovorjeni.

Če je bila sklenjena pogodba z vsebino, ki je glede na uporabljena pravila interpretacije pravnega posla za upravičenca ugodna (vsebina pogodbe torej ustreza njegovi pravi volji), je treba za presojanje oziroma uveljavljanje odgovornosti v primeru neizpolnitve pogodbe oziroma izpolnitve z napako uporabiti določbe o pogodbeni odgovornosti.<sup>110</sup>

Upravičenec ima, če je bila zaradi kršitve dolžnosti informiranja sklenjena pogodba z zanj neugodno vsebino ali pa je zanj neugodno, da je pogodba sploh veljavna, na voljo instituta zmote in prevare,<sup>111</sup> ki omogočata izpodbijanje pravnega posla, vračilo danega in povrnitev morebitne škode. V primerjalnem pravu je za kršitev dolžnosti informiranja predvidena odškodninska odgovornost kot ena od oblik predpogodbene odgovornosti (*culpa in contrahendo*).<sup>112</sup> Potrebnost posebne predpogodbene odškodninske odgovornosti kot primarne sankcije se pokaže predvsem v primerih, ko zaradi neizpolnitve predpostavk pri omenjenih institutih teh ni mogoče uporabiti, dolžnost pa je bila vseeno kršena, pri čemer lahko zavezancu v zvezi s tem očitamo vsaj malomarnost. Do vzpostavitve odgovornosti zaradi kršitev zakonskih dolžnosti informiranja s področja prava varstva potrošnikov (*culpa in contrahendo*) lahko pride, če so izpolnjene tudi druge predpostavke za vzpostavitev te odgovornosti.<sup>113</sup> Sankcije zmote, prevare in odškodninske odgovornosti so primerne za sankcioniranje kršitev dolžnosti informiranja o bistvenih sestavinah pogodbe, npr. o identiteti strank, predmetu pravnega posla in ceni, saj predvsem te vplivajo na svobodo pri procesu oblikovanja volje kot dobrine, ki je v obligacijskem pravu varovana tudi preko odškodninske odgovornosti zaradi culpe in *contrahendo*. Pri tem velja opozoriti tudi na situacije, ko sta izpolnjena dejanska stanova za jamčevanje in odgovornost zaradi kršitev predpogodbenih dolžnosti informiranja, pri katerih kolizijska pravila posameznih držav članic določajo razmerje med uveljavljanjem pogodbene odgovornosti in tiste, ki izvira iz napak pri sklepanju pogodbe. Pri

<sup>110</sup> Tako je tudi v nemškem pravu, kjer je treba primarno uporabiti sankcije, ki izhajajo iz jamčevanja. Börger, str. 134, 135.

<sup>111</sup> Enako možnost ima potrošnik tudi v Nemčiji. Börger, str. 145, 146.

<sup>112</sup> Grigoleit (1997), str. 153.

<sup>113</sup> Grigoleit (2011), str. 254, 255. V Nemčiji obstaja tudi možnost izpodbijanja pravnega posla zaradi kršitve dolžnosti informiranja (*culpa in contrahendo*), za katero je treba posebej preveriti tudi izpolnjevanje merila pomembnosti informacije, pri čemer določbe zakonskih dolžnosti informiranja pomenijo za upravičenca zgolj olajšanje dokazovanja predpostavke, ne pomeni pa nujno, da je ta izpolnjena. Omenjeno merilo se sicer delno upošteva pri predpostavki vzročne zveze, vendar se Grigoleit zavzema tudi za preverjanje resnosti kršitve v smislu objektivne predpostavke pomembnosti informacije (Grigoleit (2011), str. 254–256).



nas lahko upravičenec prosto izbira med sankcijami zaradi kršitve pogodbe in zaradi napak volje (alternativna konkurenca).<sup>114</sup>

Končno je lahko zaradi kršitve dolžnosti informiranja sklenjen tudi neveljaven pravi posel, na neveljavnost katerega se lahko upravičenec sklicuje preko pravil o oderuški pogodbi, nemožnosti predmeta itd., če so izpolnjene nadaljnje predpostavke, ki jih predvidevajo navedene določbe.

Poleg predstavljenih možnih sankcij, ki jih lahko uporabimo za kršitev specificiranih predpogodbenih dolžnosti informiranja v našem sistemu, pravo ES za nekatere kršitve dolžnosti informiranja predpisuje tudi posebne sankcije, ki se v tem primeru lahko uporabijo namesto tiste, ki bi jo upravičenec lahko izbral po splošnih pravilih. Ena od takih je tudi pravica potrošnika, da odstopi od pogodbe.<sup>115</sup>

Na področju potrošniškega prava sočasno veljajo tudi splošne predpogodbene dolžnosti (tiste, ki temeljijo na dobri veri, in zakonske). Za aplikacijo pravnih posledic morajo biti poleg pomembnosti informacije izpolnjene tudi druge predpostavke, ki se zahtevajo za ugotovitev kršitve. Če specificirano določena dolžnost informiranja izpolnjuje tudi zahteve katere od splošnih skupin dolžnosti, bo sankcija, ki bo sledila kršitvi, enaka pri obeh.

## 8. Sklep

Predpogodbene dolžnosti informiranja se na področju prava varstva potrošnikov z neposrednimi učinki na področju obligacijskega prava pojavljajo predvsem v obliki specificirano zakonsko določenih dolžnosti. Dileme v zvezi s takšnim določanjem dolžnosti informiranja so prisotne tako glede možnosti dodajanja dodatnih zahtev za ugotavljanje njihovih kršitev kot tudi pri izbiri sankcij v primeru njihove neizpolnitve. Upoštevati je treba tudi kritike glede taksativnega določanja dolžnosti informiranja na področju varstva potrošnikov z vidika, da je vloga, ki jo ima stranka v razmerju, neprimerna navezna točka za vzpostavitev dolžnosti.

Slovenski zakonodajalec je razmeroma uspešno implementiral direktive z obravnavanega področja v slovenski pravni red. K večji uporabnosti določb ZVPot in s tem tudi k večji pravni varnosti pa bi gotovo prispevale bolj dovršena sistematika zakona, jasnejše določbe o razmerju med specificirano določenimi in splošnimi dolžnostmi informiranja ter določitev možnih sankcij ali vsaj okvirov za njihovo uporabo.

<sup>114</sup> Možina, str. 411.

<sup>115</sup> Več o tem: Grigoleit, 2011, str. 255 in nasl.; Börger, str. 159 in nasl.; Chirita, str. 20–21.

## Literatura in viri

- AVBREHT, Aleš, in drugi, *Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (ZVPNPP): s komentarjem*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2007.
- BORK, Reinhard, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- BÖRGER, Andreas, *Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten: Eine Untersuchung gemeinschaftlicher Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*. München: Sellier, 2010.
- CAMPAGNA, Marco F., Transparent consumer information in Directive 2011/83/EU, *The Columbia Journal of European Law Online*, 2012, vol. 19, 2012, str. 36–41.
- CHIRITA, Anca D., The Impact of Directive 2011/83/EU on Consumer Rights, dostopno na: <http://ssrn.com/abstract=1998993>, dne 15. 8. 2015.
- CIGOJ, Stojan, *Komentar obligacijskih razmerij: Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih*, III. knjiga. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, 1985.
- DOLENC, Mile, *Napake volje pri pravnoposlovni izjavi in njihove posledice* (doktorska disertacija). Ljubljana, 2001.
- DROL NOVAK, Živa, *Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot): s komentarjem*. Lesce: Oziris, 1998.
- FAKIN, Andreja, Splošne predpogodbene dolžnosti informiranja: pravna podlaga vzpostavitve in možne sankcije za njihovo kršitev. *Podjetje in delo*, 2015, letn. 41, št. 1, str. 89–104.
- FAUST, Florian, GRIGOLEIT, Hans Christoph, Informationspflichten: Grundlegende Weichenstellungen. V: Eidenmüller, H. in dr., *Revision des Verbraucher-acquis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, str. 193–200.
- FLEISCHER, Holger, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertrags-schlußbezogener Aufklärungspflichten*. München: C. H. Beck, 2001.
- GRIGOLEIT, Hans Christoph, Informationspflichten: Grundlegende Weichenstellungen. V: Eidenmüller, H. in drugi, *Revision des Verbraucher-acquis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, str. 223–266.
- GRIGOLEIT, Hans Christoph, *Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*. München: C. H. Beck, 1997.
- HAWES, Cynthia, TWIGG-FLESNER, Christian, Sales and guarantees, V: Howells, G., Ramsay, I., Wilhelmsson, T. in Kraft, D., *Handbook of Research on International Consumer Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, str. 192–223.
- HUGUENIN, Claire, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*. Zürich: Schulthess, 2012.

- JAUERING, Otmar, *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. München: Beck, 1990.
- KÖTZ, Hein, v: De Geest, G., van den Bergh, R., *Comparative Law and Economics*, Vol. II. Cheltenham: E. Elgar Publishing, 2004, str. 438–439.
- KRAMER, Ernst A., v: von Mehren, A. T., *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. 7, Contracts in general. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- KRONMAN, A. T., Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, *The Journal of Legal Studies*, 1978, Vol. 7, No. 1.
- KUNNECKE, Arndt, New standards in EU consumer rights protection?: the new directive 2011/83/EU, *European Scientific Journal*, 2014, vol. 1, 2014, str. 426–437.
- LOOS, Marco, Full harmonisation as a regulatory concept and its consequences for the national legal orders. The example of the Consumer rights directive. V: Stürner, M., *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?* München: Sellier, 2010.
- MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus Charles, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford: Hart, 2006.
- MICKLITZ, Hans-W., Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising. V: Micklitz, H.-W., Reich, N. in Rott, P. (ur.), *Understanding EU Consumer Law. Antwerp*: Intersentia, 2009, str. 61–118.
- MOŽINA, Damjan, *Kršitev pogodbe*. Ljubljana: GV Založba, 2006.
- MÜLLER, Georg, *Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 1994.
- OBERGFELL, E. I., v: Stürner, M., *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*. München: Sellier, 2010.
- PLAVŠAK, Nina, v: *Obligacijsko pravo: splošni del*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- REICH, Norbert, Economic Law, Consumer Interests and EU Integration. V: Micklitz, H.-W., Reich, N. in Rott, P. (ur.), *Understanding EU Consumer Law*. Antwerp: Intersentia, 2009, str. 1–60.
- ROTH, Bamberger, v: Krüger, W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: C. H. Beck, 2007.
- SCHÄFER, Hans-Bernd, OTT, Claus, *The Economic Analysis of Civil Law*, Northampton: E. Elgar, 2004.
- SCHWARZE, Roland, *Vorvertragliche Verständigungspflichten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- SEFTON GREEN, Ruth, *Mistake, fraud and duties to inform in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- SINGER, Reinhard, v: Habermann, N. (red.). J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Buch 1, Allgemeiner Teil, Berlin: Sellier-de Gruyter, 2012.

- STADRID, Astrid, v: Jauering, O., *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. München: Beck, 1990.
- VON BAR, C., CLIVE, E. (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. I, München: Sellier, 2009.
- WHITTAKER, Simon, The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws. V: Weatherill, S. in Bernitz, U. (ur.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- WILHELMSSON, Thomas, Scope of the Directive. V: Howells, G., Micklitz, H.-W. in Wilhelmsson, T., *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*. Aldershot: Ashgate, 2006.
- WAGNER, Gerhard, Lügen im Vertragsrecht. V: Zimmermann, R., *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

# Varstvo potrošnikov pri prodaji (nakupu) bivalnih nepremičnin

Miha Juhart

## 1. Uvod

Pridobitev bivalne nepremičnine je za mnoge posameznike vrednostno gledano največji in najpomembnejši pravni posel v vsem življenju. Zato se ga morajo lotiti previdno in z najmanjšo možno stopnjo tveganja, saj ima lahko vsaka nepravilnost dolgoročne in hude posledice. Čeprav je predmet tega prispevka prikaz sistema pravil, ki varujejo potrošnika pri pridobitvi nepremičnine, se bomo omejili le na prikaz posebnih pravil, ki varujejo stranke pravnega posla, če je predmet bivalna nepremičnina. S tem pojmom razumemo nepremičnino, ki jo potrošnik pridobi z namenom, da v njej prebiva sam ali člani njegove družine. V nadaljevanju izraz nepremičnina uporabljamo v pomenu bivalne nepremičnine, kot smo ga določili.

Pričakovali bi, da je prodaja nepremičnine zakonsko regulirana pogodba, za katero veljajo pravila potrošniškega prava. Pa ni tako. Splošna pravila potrošniškega varstva se ne raztezajo na prodajo nepremičnin, saj iz pravnih virov povsem jasno izhaja, da njihova pravila za nepremičnine ne veljajo. Predmet varstva potrošnikov so pogodbe, ki se nanašajo na blago, to pa je definirano kot premična stvar.<sup>1</sup> Izvzetje nepremičnin iz pravil posebnih predpisov, ki uvajajo varstvo potrošnikov, pa še ne pomeni, da pravni red ne zagotavlja pravnega varstva šibkejše stranke. Upoštevati je treba, da pravni promet z nepremičninami poteka na dva načina. Če je predmet prodaje rabljena nepremičnina, se pogodba v večini primerov sklepa kot pogodba med dvema fizičnima osebama. V takšnem razmerju pa je težko govoriti o močnejši oziroma šibkejši stranki oziroma o stranki, ki ji je treba zagotoviti posebno varstvo. Naj zveni še tako nenavadno, vendar mora zakonodaja v takšnem primeru poskrbeti za varstvo interesov obeh strank in za uravnoteženo vsebino pravnega razmerja. Drugače je pri prvi prodaji nepremičnine, kjer gre za pravni posel med investitorjem,

---

<sup>1</sup> Glej peti odstavek 1. člena ZVPot ter 3. točko 2. člena Direktive 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta.

ki je zgradil nepremičnino, oziroma drugim gospodarskim subjektom, ki za investitorja opravlja prvo prodajo nepremičnine, in prvim kupcem, ki kupuje nepremičnino z namenom bivanja. V tem razmerju pa gre za razmerje med specialistom, ki opravlja posle z nepremičninami kot gospodarsko dejavnost, in šibkejšim kupcem, ki takšen posel sklepa redko in z njegovim oblikovanjem nima posebnih izkušenj. Tveganja za kupca so še večja, če gre za posel, ko je treba bivalno nepremičnino šele zgraditi, pri čemer kupec prevzame tudi tveganje dokončanja gradnje in morebitnih napak, ki so z gradnjo povezane. Zato se zdi naravno, da pravo natančneje regulira prav ta razmerja in določi mehanizme varovanja šibkejše stranke. Pri tem je nepomembno, ali posebna pravila, ki regulirajo ta razmerja, veljajo samo za kupce, ki imajo lastnost potrošnika, ali pa veljajo za vse kupce, ne glede na njihove osebne lastnosti. V vsakem primeru jih lahko štejemo za pomemben del prava varstva potrošnikov, ki pomembno dopolnjujejo potrošnikove pravice pri pravnih poslih, katerih predmet je premožna stvar. K temu gre dodati še Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami.<sup>2</sup> Ta nekoliko drugače določa meje uporabe, vezane na pojem izdelka, ki pa je v 2. členu definiran kot blago ali storitev, vključno z nepremičninami. Zato ni nobenega dvoma, da za pravna razmerja posredniških storitev v nepremičninskem prometu in za prodajo nepremičnin, če gre za razmerja med podjetjem in potrošnikom, veljajo pravila o prepovedi zavajajočih in agresivnih poslovnih praks.

Zelo podoben pristop je uveljavljen tudi v drugih evropskih državah, kjer ni nobenih splošnih pravil, ki veljajo za prodajne pogodbe, katerih predmet je bivalna nepremičnina. Pravno varstvo strank se zagotavlja predvsem s predpisano obličnostjo in zahtevo, da pri sklepanju pogodbe sodeluje specializirana oseba.<sup>3</sup> V mnogih pravnih sistemih je pogoj za veljavnost prodajne pogodbe, katere predmet je nepremičnina, oblika notarskega zapisa. Namen te stroge obličnosti je delovanje notarja kot nevtralne osebe, ki poskrbi za uravnoteženost pogodbenih obveznosti obeh strank in ju hkrati pouči tudi o tveganjih, ki izvirajo iz takšnega posla. V naše pravo takšna zahteva zaradi nasprotovanja povečevanju transakcijskih stroškov ni bila sprejeta. Zato pa lahko nekatere podobne elemente najdemo v Zakonu o nepremičninskem posredovanju.<sup>4</sup> Nepremičninski posrednik pogosto sodeluje pri sklepanju prodajnih pogodb o bivalnih nepremičninah in njegovo delovanje pogosto presega klasično posredniško funkcijo, kakršna izhaja iz splošnih predpisov.<sup>5</sup> ZNPosr pa ne ureja samo posebne vrste posredniške pogodbe, ampak

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 53/2007.

<sup>3</sup> Schmidt in Hertel.

<sup>4</sup> ZNPosr, Uradni list RS, št. 72/2006 – UPB, 49/2011.

<sup>5</sup> Glej ureditev posredniške pogodbe v OZ (837. do 850. člen).

celovito ureja opravljanje gospodarske dejavnosti nepremičninskega posredovanja, kar vključuje tudi oglaševanje nepremičnin.

Drugačen je seveda položaj, kadar je predmet prodaje in s tem tudi razpolaganja bivalna nepremičnina, ki je še v fazi gradnje. Tudi če je predmet prodaje zemljišče z nastajajočim objektom, kot je enostanovanjska hiša, in je že ob sklenitvi prodajne pogodbe mogoče izpeljati prenos lastninske pravice na kupca z vpisom v zemljiško knjigo, kupec prevzame tveganje prodajalčeve finančne nesposobnosti dokončati gradnjo. Problem je še večji, če je predmet pogodbe nastajajoči posamezni del v etažni lastnini, kot je npr. stanovanje. Po vsebini gre za prodajo bodoče stvari, ki bo šele nastala. Posamezni del stavbe dobi lastnost stvari v stvarnopravnem pomenu šele z vpisom etažne lastnine v zemljiško knjigo. Ta vpis pa je izvedljiv šele po dokončanju gradnje. Prodaja bodoče stvari je v skladu s splošnimi pravili obligacijskega prava dopustna, seveda pa so omejene možnosti kupca, da zavaruje svoje vnaprejšnje plačilo kupnine. Pri prodaji bodoče nepremičnine tako ni mogoče uporabiti pridržka lastninske pravice, pri prodaji bodočega posameznega dela stavbe pa ne zemljiškoknjžnih instrumentov, kot so zaznamba vrstnega reda, predznamba in hipoteka. To seveda ne pomeni, da se skrben kupec pri prodaji stvari, na kateri mora prodajalec opraviti še določena dela, ali prodaji bodoče stvari ne more zavarovati pred vsemi tveganji, ki izvirajo iz takšnega posla. Vendar takšno zavarovanje od kupca zahteva veliko pravnega znanja in hkrati moč, da uspe z dispozitivnimi dogovori omejiti tveganja oziroma jih ohraniti pri prodajalcu ali pa jih celo prevaliti nanj. V vsakdanji praksi je seveda takšnih kupcev zelo malo. Povprečen kupec bivalne nepremičnine nima dovolj znanja in izkušenj in je pogosto zaslepljen s ciljem hitre rešitve bivalnega problema. Običajno je močnejša in izkušenejša stranka v pravnem prometu prodajalec, ki seveda zelo nerad privoli v kakršnokoli spreminjanje svojih splošnih pogodbenih pogojev oziroma prevzemanje dodatnega tveganja. Prodaja novih bivalnih nepremičnin je predmet Zakona o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb.<sup>6</sup> Posebna pravila tega zakona veljajo za prodajne pogodbe, ki jih kot končni kupci bivalnih nepremičnin sklepajo fizične osebe, ki imajo lastnost potrošnika v skladu z drugim odstavkom 1. člena Zakona o varstvu potrošnikov<sup>7</sup> (prvi odstavek 4. člena ZVKSES), nekatera posebna pravila pa veljajo ne glede na lastnost končnega kupca in se uporabljajo tudi za kupce, ki nimajo pravnega statusa potrošnika (peti odstavek 4. člena ZVKSES). Posebna ureditev ZVKSES torej izhaja iz splošnih izhodišč prava varstva potrošnikov, saj upošteva neravnotežje moči med pogodbenima strankama in s kogentnimi pravili zagotavlja

<sup>6</sup> ZVKSES, Uradni list RS, št. 18/2004.

<sup>7</sup> ZVPot, Uradni list RS, št. 98/2004 – UPB, 114/2006 – ZUE, 126/2007, 86/2009, 78/2011, 38/2014, 19/2015.

uveljavljanje interesa šibkejša stranke, ki bi ga v primeru popolne pogodbene svobode močnejša stranka v pomembnem delu ali v celoti izključila. Podoben pristop najdemo tudi v primerjalnem pravu, kjer se uveljavljajo posebna pravila za prodajo nepremičnin, kolikor je pri tem povezan element gradnje (*vente d'immeuble à construire/Bauträgervertrag*).<sup>8</sup>

V nadaljevanju razprave ne bomo obravnavali vsebine obeh zakonov, ampak bomo poskušali poiskati elemente varstva potrošnikov v različnih stopnjah razvoja transakcije pridobivanja bivalne nepremičnine.

## 2. Nepremičninski posrednik kot element varstva potrošnikov

Ena izmed uveljavljenih oblik zagotavljanja varstva interesov strank pri sklepanju pogodbe je poostrena obličnost, v sklopu katere se lahko predvidi sodelovanje nevtralne in strokovne osebe, ki deluje v interesu obeh pogodbenih strank. Naše pravo obveznosti sodelovanja takšne osebe pri sklenitvi prodajne pogodbe o prodaji bivalne nepremičnine ne določa, določa pa posebne pogoje in način opravljanja dejavnosti borznega posredovanja. Ker je sklenitev takšne prodajne pogodbe povezana z iskanjem primerne nepremičnine, je angažiranje nepremičninskega posrednika običajen način sklepanja pogodb. Zato je nepremičninski posrednik pomemben element varstva pogodbenih strank.

Dejavnost nepremičninskih posrednikov ureja ZNPosr. Zakon uvaja pojma nepremičninska družba in nepremičninski posrednik. Nepremičninska družba je gospodarska družba ali samostojni podjetnik, ki opravlja gospodarsko dejavnost nepremičninskega posredovanja. Pri tem pa morata biti izpolnjena dva vsebinska pogoja (prvi odstavek 3. člena ZNPosr). Dejavnost nepremičninskega posredovanja za nepremičninsko družbo lahko opravljajo samo nepremičninski posredniki, družba pa mora imeti zavarovano svojo odgovornost. Zavarovanje odgovornosti se nanaša na škodo, ki bi nastala naročitelju posredovanja ali tretji osebi zaradi delovanja iz naslova kršitve pogodbe o nepremičninskem posredovanju. Nepremičninska družba mora imeti zavarovano svojo odgovornost že na začetku opravljanja gospodarske dejavnosti in zavarovanje vzdrževati ves čas njenega opravljanja. Minimalna zavarovalna vsota znaša 150.000 evrov za posamezen zavarovalni primer oziroma od 350.000 evrov za vse zavarovalne primere v posameznem letu (prvi odstavek 6. člena ZNPosr).

ZNPosr predpisuje tudi posebne pogoje za opravljanje poklica nepremičninskega posrednika, to je osebe, ki opravlja storitev nepremičninskega posredovanja za stranke. Nepremičninske družbe morajo zagotoviti, da zanje v razmerju

<sup>8</sup> Glej podrobneje Schmidt in Hertel, str. 69 in nasl.



do naročitelja posle posredovanja opravljajo samo nepremičninski posredniki, ki izpolnjujejo pogoje, predpisane z zakonom (4. člen ZNPosr). Bistveni pogoj za pridobitev tega statusa je pridobitev nacionalne poklicne kvalifikacije, kar je podlaga za vpis v imenik nepremičninskih posrednikov.<sup>9</sup> Na ta način se poskuša zagotoviti, da imajo nepremičninski posredniki primerno strokovno znanje, ki je potrebno za opravljanje njihove dejavnosti. Nepremičninski posrednik svoj status izkazuje z licenco in izkaznico, ki ju izdaja pristojno ministrstvo (7. člen ZNPosr). Nepremičninskemu posredniku lahko pristojno ministrstvo trajno odvzame licenco, če po dvakratnem pisnem opominu še vedno: (1) daje nezakonite, nepopolne, napačne, zavajajoče ali lažne podatke o nepremičnini, za katero posreduje, (2) daje o sebi ali nepremičninski družbi, za katero opravlja posle posredovanja, lažne ali nepopolne podatke ali (3) krši pravila varnega in skrbnega posredovanja v prometu z nepremičninami.<sup>10</sup> Licenca pa se na podlagi samega zakona izgubi, če je nepremičninski posrednik pravnomočno obsojen za kaznivo dejanje zoper premoženje oziroma gospodarstvo na kazen zapora več kot tri mesece (glej 8. člen ZNPosr).

### 3. Varstvo potrošnikov pred sklenitvijo prodajne pogodbe

#### 3.1. Oglaševanje

Posebna pravila za oglaševanje prodaje nepremičnin določa ZNPosr. Namen teh pravil je zagotavljanje takšnega oglaševanja, ki bo naslovnikom oglasnih sporočil zagotavljalo celovito informacijo o nepremičninah in jih varovalo pred neresničnim in zavajajočim oglaševanjem. Gre torej za podoben namen, kot ga imajo določila splošnih pravil potrošniškega varstva.<sup>11</sup>

Posebna pravila, ki jih morajo pri oglaševanju spoštovati nepremičninske družbe, so določena v 16. členu ZNPosr. Posebna pravila oglaševanja veljajo za vse načine tržnega komuniciranja, vključno z najbolj pogosto obliko posredovanja informacij, to je spletnim oglaševanjem. Pomemben je predvsem prvi odstavek te določbe, ki nalaga obveznost oglaševanja nepremičnine na način, ki zagotavlja celovito informacijo. Oglaševanje mora obsegati objavo cene, lokacije, leta izgradnje stavbe oziroma zadnje prenovne ter velikosti nepremičnine in sedeža

<sup>9</sup> Imenik je javno dostopen na spletni povezavi: [www.nepremicninsko-posredovanje.mzip.gov.si](http://www.nepremicninsko-posredovanje.mzip.gov.si).

<sup>10</sup> Za kršitev pravil varnega in skrbnega poslovanja se šteje zlasti: (1) če posrednik ne opozori naročitelja na pravne in stvarne napake nepremičnine, za katere je vedel oziroma bi moral vedeti, če bi skrbno preverjal stanje nepremičnine; (2) če naročitelja ne seznani s tržnimi razmerami, ki so pomembne in bi bistveno vplivale na določitev cene v pogodbi; (3) če protipravno zadržuje originalne listine naročitelja oziroma tretje osebe.

<sup>11</sup> Glej 12. do 15.a člen ZVPot.

nepremičninske družbe. Med obveznimi sestavinami oglaševanja je vsebinsko najmanj določen pojem lokacije nepremičnine. Pri razlagi tega pojma je treba upoštevati ravnotežje interesov obeh strank. Pri nakupu bivalne nepremičnine je prav lokacija bistvenega pomena in tako makro- kot mikrookolje sta med najpomembnejšimi elementi, ki vplivajo na izbiro. Zato kupec želi čim bolj natančen podatek o lokaciji nepremičnine. Interes posrednika pa je drugačen. Če bi se že v oglasu natančno razkrila lokacija nepremičnine, bi lahko zainteresenti za nakup neposredno stopili v stik s prodajalcem in na ta način obšli posrednika. Oba interesa sta vredna upoštevanja, zato je najbolj primerno, da se pojem razlaga ob upoštevanju obeh. Opis lokacije naj bo zato dovolj natančen, da pokaže na ožje bivanjsko okolje. Včasih zadošča ime naselja, če je naselje manjše. V mestih je to lahko ime četrti ali drugega bivanjskega območja. Ni pa treba, da bi bila lokacija označena z ulico in hišno številko oziroma katastrskimi podatki. Če nepremičninska družba oglašuje lastno nepremičnino, mora to v oglasu posebej navesti (tretji odstavek 16. člena ZNPosr).

Posebno pravilo velja za primer oglaševanja prodaje več posameznih delov v stavbah v etažni lastnini. V tem primeru mora nepremičninska družba v oglasu objaviti najvišje in najnižje cene kvadratnega metra površine stavbe ali njenega posameznega dela, lokacijo, leto izgradnje oziroma zadnje preнове ter firmo in sedež nepremičninske družbe (drugi odstavek 16. člena ZNPosr). Zakon sicer posebej ne poudarja, da se pravilo uporablja le v primeru prodaje več posameznih delov, vendar po naravi stvari drugačna razlaga ni mogoča. V takšnih primerih je treba nadalje upoštevati še določbo prvega odstavka 5. člena ZVKSES, ki določa pogoje, ki jih mora izpolnjevati prodajalec, da sploh lahko začne oglaševati prodajo. Dva pogoja sta splošna. Prodajalec mora imeti ustrezno pravico na zemljišču in pridobiti dokončno gradbeno dovoljenje. Pri prodaji stanovanj kot posameznih delov stavbe pa mora v obliki notarskega zapisa določiti splošne pogoje prodaje. Pravna posledica kršitve te prodajalčeve dolžnosti je določena z drugim odstavkom 5. člena ZVKSES. Pogodba kupca ne zavezuje in od nje lahko kadarkoli odstopi. Odstopno upravičenje prodajalca močno obremenjuje, saj njegova uresničitev ni vezana na rok. Zato velja prodajalcu priznati možnost, da od kupca po zagotovitvi pogojev zahteva, da se izjavi glede uresnitve odstopnega upravičenja. Čeprav zakon tega posebej ne določa, pravilo o tem, kdaj se lahko začne oglaševati, veže tudi nepremičninskega posrednika. Če drugega ne, je podlaga za takšno stališče splošna zaveza k skrbnemu ravnanju, ki zajema tudi upoštevanje interesa strank, za katere posrednik posreduje. Drugače pa šesti odstavek 16. člena ZNPosr določa, da ta pravila veljajo tudi za oglaševanje, ki ga neposredno izvaja investitor gradnje objekta v etažni lastnini.

## 3.2. Posredovanje v prometu z nepremičninami

### 3.2.1. Vsebina pogodbe

Prodaja in nakup nepremičnin pogosto potekata s pomočjo nepremičninskega posrednika, ki posreduje bodisi za eno bodisi za obe stranki. Dejavnost nepremičninskega posredovanja je urejena v ZNPosr, kjer najdemo tudi posebno ureditev posredniške pogodbe. Pogodba o posredovanju v prometu z nepremičninami izhaja iz splošnega okvira posredniške pogodbe v OZ,<sup>12</sup> dopolnjujejo pa ga posebna pravila ZNPosr, v katerih so upoštevane nekatere posebnosti opravljanja te dejavnosti, ki v določenem delu okvir običajnega delovanja posrednika tudi presegajo. Posebna pravila ZNPosr so kogentne narave in odstopanja od njih so dopustna le, če so v očitno korist naročitelja posredovanja, kar je tipično pravilo varstva potrošnikov (tretji odstavek 13. člena ZNPosr).<sup>13</sup> Če je naročitelj oseba, ki ima pravni status potrošnika, pa za pogodbo veljajo tudi pravila ZVPot. Pogodba o posredovanju z nepremičninami odgovarja definiciji pogodbe o opravljanju storitev iz 1. člena ZVPot. Tako bodo tudi za dejavnost nepremičninskega posredovanja veljala pravila ZVPot o oglaševanju storitve. To je treba ločevati od oglaševanja nepremičnin, na katere se nanaša posredovanje, za kar velja določba 16. člena ZNPosr. Nadalje veljajo tudi nekatera druga pravila ZVPot, kot npr. 25.d člen o stroških telefonske komunikacije med posrednikom in naročiteljem, pravila o sklepanju pogodb na daljavo, če se uporablja takšna tehnika sklenitve, in podobno.

S pogodbo o posredovanju v prometu z nepremičninami se nepremičninska družba kot posrednik zavezuje, da si bo prizadevala najti in spraviti v stik z naročiteljem tretjo osebo, ki se bo z njim pogajala za sklenitev prodajne pogodbe, naročitelj pa se zavezuje, da bo družbi plačal za posredovanje, če bo prodajna pogodba sklenjena. Zakon za to pogodbo določa, da mora biti sklenjena v pisni obliki (prvi odstavek 13. člena ZNPosr). Sodna praksa ta pogoj za veljavnost posredniške pogodbe obravnava v povezavi s teorijo o realizaciji in priznava veljavnost tudi ustno sklenjenim pogodbam. »Če bi želel zakonodajalec v ZNPosr pomanjkanje obličnosti sankcionirati z ničnostjo, bi to izrecno v zakonu navedel. Če pa pomanjkanje predpisane obličnosti ne povzroči ničnosti pogodbe, potem je treba uporabiti določbo 58. člena OZ, ki določa, da je pogodba, za katero se zahteva pisna oblika, veljavna, čeprav ni bila sklenjena v tej obliki, če sta pogodbeni stranki v celoti ali v pretežnem delu izpolnili obveznosti, ki so iz nje

<sup>12</sup> Glej drugi odstavek 13. člena ZNPosr.

<sup>13</sup> Takšno stališče izraža tudi sodna praksa v VSL sodba II Cp 4189/2009 z dne 3. 2. 2010.

nastale.«<sup>14</sup> Zakon pa ne predpisuje le pisne oblike, ampak določa tudi vsebino pogodbe. Obvezne sestavine so našteje v četrtem odstavku 13. člena ZNPosr in med njimi bomo omenili tiste, ki so značilne za pogodbe, pri katerih je predpisana vsebina pogodbe z namenom varstva potrošnikov. Gre predvsem za zapis vsebin, ki naročitelju kot šibkejši in neprofesionalni stranki določajo elemente pravnega varstva in ga seznanjajo z bistvenimi elementi pogodbe. Predvsem gre opozoriti na določbe, ki se nanašajo na obveznost plačila in višino provizije za posredovanje, dopustnost obračunavanja stroškov posredovanja in čas trajanja posredniške pogodbe. Posrednik mora pri opravljanju svojih dejanj upoštevati interese naročitelja in pri tem ga veže standard profesionalne skrbnosti dobrega strokovnjaka (14. člen ZNPosr).

Končno velja še poudariti, da ZNPosr določa najdaljši čas trajanja pogodbe (26. člen ZNPosr). Najdaljši rok znaša dva meseca in po poteku tega časa lahko stranki skleneta novo pogodbo oziroma pogodbo z enako vsebino skleneta za naslednja dva meseca.

### 3.2.2. Pravica posrednika do plačila provizije

Posebna pravila ZNPosr pa varujejo interes naročitelja predvsem v zvezi s terjatvijo posrednika na plačilo provizije in obračunavanjem stroškov posredovanja. Opozoriti velja predvsem na prvi odstavek 25. člena ZNPosr, ki določa, da nepremičninska družba pridobi pravico do plačila za posredovanje, ko je sklenjena pogodba, pri sklenitvi katere je posredovala.<sup>15</sup> Izjeme od tega osnovnega pravila so razmeroma ozke. Nepremičninska družba ima pravico do provizije tudi v dveh primerih, ko ne pride do sklenitve pogodbe med naročiteljem in tretjo osebo z njenim posredovanjem. Še zmeraj pa mora biti pogodba sklenjena. Posrednik obdrži pravico do provizije, če naročitelj sam sklene pogodbo s tretjo osebo, s katero je naročitelja spravil v stik, in je bila ta pogodba sklenjena v šestih mesecih po prenehanju pogodbe o posredovanju. Posrednik in naročitelj pa se lahko dogovorita, da ima posrednik pravico do plačila provizije, kadar naročitelj sam najde tretjo osebo, s katero sklene pogodbo, ki je bila predmet posredovanja. Vendar je v tem primeru plačilo odvisno od opravljenega dela in ne sme presegati ene četrtine s pogodbo dogovorjenega plačila za posredovanje. Če posrednik

<sup>14</sup> VSL sodba I Cp 2288/2010 z dne 13. 10. 2010. Ni se mogoče strinjati s tistim delom odločbe, v katerem je zavzeto stališče, da bi moral zakonodajalec ničnostno sankcijo za pomanjkljivo obliko posebej predpisati, saj to izhaja že iz splošnih predpisov. Zato naj velja ocena, da namen pisne oblike (varstvo šibkejše stranke) ni takšen, da bi zahteval ničnostno sankcijo, če so izpolnjeni pogoji za uporabo teorije o realizaciji.

<sup>15</sup> Določba je bila spremenjena in prej veljavno besedilo je dopuščalo dogovor o plačilu provizije že ob sklenitvi predpogodbe, kar pa je po spremembi ZNPosr nedopustno. Glej tudi VSL sodba I Cgp 1214/2010 z dne 2. 11. 2010.

posreduje za obe stranki sklenjene pogodbe, posrednik ni upravičen do dvojnega ali višjega plačila (drugi odstavek 5. člena ZNPosr).<sup>16</sup> Velja domneva, da se v takšnem primeru plačilo razdeli med obe stranki, ni pa nedopusten dogovor, da obveznost plačila prevzame samo eden od naročiteljev. Provizija za posredovanje je omejena tudi po višini. Če je vrednost nepremičnine, pri prodaji katere se posreduje, višja od 10.000 evrov, potem je najvišja dovoljena provizija 4 odstotke od pogodbene vrednosti (prvi odstavek 5. člena ZNPosr). Če je vrednost manjša, se o višini provizije stranki lahko dogovorita s pogodbo.

### 3.2.3. Posrednikova dolžnost obveščanja

Splošna obveznost posrednika je, da naročitelja obvesti o vseh za nameravani posel pomembnih okoliščinah, ki so mu bodisi znane ali bi mu morale biti znane (843. člen OZ). Ta splošna obveznost pa je v ZNPosr vsebinsko zelo razčlenjena in upošteva predvsem okoliščine, ki so značilne za prodajno pogodbo, katere predmet je nepremičnina. Prvi odstavek 17. člena ZNPosr določa, da mora posrednik naročitelju na razumljiv način pojasniti naslednje okoliščine: (1) tržne razmere, ki so pomembne za določitev cene v pogodbi v prometu z nepremičninami; (2) vsebino predpisov, ki so pomembni za veljavno sklenitev pogodbe v prometu z nepremičninami; (3) višino in vrsto davčnih obveznosti stranke, višino stroškov notarske overovitve podpisov, vpisa v zemljiško knjigo in morebitnih drugih stroškov v zvezi s sklenitvijo pogodbe, ki je predmet posredovanja; (4) morebitna tveganja, povezana z neurejenim zemljiškoknjižnim stanjem nepremičnine, vpisanimi stvarnimi pravicami oziroma drugimi pravicami tretjih na nepremičninah oziroma drugimi morebitnimi neurejenimi pravnimi razmerji. Ta dolžnost posrednika je v tesni povezavi z dodatno obveznostjo posrednika iz 23. člena ZNPosr, ki posrednika obvezuje, da pripravi skrbni pregled nepremičnine in o tem pripravi pisno obvestilo za naročitelja o morebitnih stvarnih in pravnih napakah nepremičnine. Izraza stvarne in pravne napake v tej zvezi nista najbolj posrečena in nikakor ju ni mogoče razlagati na način, kot se pojma razlagata pri obveznosti jamčevanja. V tem primeru ne gre za neskladnost med dogovorjenimi in resničnimi lastnostmi, ampak za oceno tveganj, ki izhajajo iz stvarnega in pravnega stanja nepremičnine. Posrednik mora naročitelju predstaviti vsa dejanska in pravna tveganja, ki obstajajo, upošteva tudi možnost, da je v prodajni pogodbi jamčevanje prodajalca za napake izključeno. Ker naročitelj ni strokovnjak za presojo dejanskega in pravnega stanja nepremičnine, ga mora na te okoliščine opozoriti posrednik. Če posrednik posreduje za kupca, ga mora obvestiti o

<sup>16</sup> V tem delu je ZNPosr za naročitelja ugodnejši od splošnega pravila OZ, ki dopušča možnost drugačnega dogovora.

vseh lastnostih nepremičnine, za katere ve oziroma bi glede na dolžno skrbno ravnanje moral vedeti in ki so pomembne za odločitev o sklenitvi pogodbe. Če posrednik posreduje za obe stranki, pa mora ravnati v interesu obeh in ravno tako razkriti vse navedene okoliščine. V takšnem primeru posrednika ne sme premamiti interes, da je pogodba sklenjena, in kupcu ne sme zamolčati določene okoliščine, češ da je to tudi v interesu prodajalca. Za izpolnitev te obveznosti posrednik odgovarja odškodninsko. Predvsem si lahko zamislimo primer, da posrednik odgovarja za škodo zaradi stvarne napake, če je s prodajno pogodbo obveznost jamčevanja izključena ali če gre za napako, ki bi jo moral kupec sam opaziti pri pregledu nepremičnine.<sup>17</sup> Nadalje je v ZNPosr posebej omenjena posrednikova dolžnost, da naročitelja obvesti o konfliktu interesov. Posrednik mora naročitelja jasno in pisno opozoriti o morebitnih nasprotjih med interesi naročitelja in interesi nepremičninske družbe oziroma drugih naročiteljev, za katere nepremičninska družba opravlja storitve posredovanja v prometu z nepremičninami (21. člen ZNPosr). Najpogosteje mora naročitelja obvestiti o tem, da posreduje tudi za drugo pogodbeno stranko. V praksi se bo lahko pojavilo vprašanje, ali zadošča tudi že ustno opozorilo naročitelja. Odgovor verjetno ni povsem enoten in upoštevati je treba okoliščine posameznega primera. Ustno opozorilo verjetno povsem zadošča, če iz naročiteljevih ravnanj izhaja, da je z vsebino opozorila seznanjen. Naročitelj proti posredniku ne more uveljavljati škode zaradi napak samo zaradi opustitve obvestila, če izhaja, da je bila napaka upoštevana pri sklepanju pogodbe in je stanje stvari vplivalo na določitev pogodbene cene. Seveda pa dokazno breme seznanitve naročitelja z napako bremeni posrednika.

#### 3.2.4. Povračilo stroškov

Posebnost ZNPosr je, da določa obveznost nepremičninskih družb, da sprejmejo splošne pogoje opravljanja storitev posredovanja v prometu z nepremičninami (15. člen ZNPosr).<sup>18</sup> Vsebina splošnih pogojev je določena z drugim odstavkom 15. člena ZNPosr. Predpisana vsebina ne zajema celotnega delovanja nepremičninskega posredovanja in bolj ali manj opredeljuje način obračunavanja stroškov oziroma pravila o tem, kateri stroški nepremičninskega posrednika so vključeni v provizijo in jih nepremičninski posrednik ne sme posebej terjati od naročitelja. Na splošno so ti stroški opredeljeni kot stroški za opravljanje dejanj pri vzpostavljanju stikov za naročitelja, stroški preverjanja stanja nepremičnine ter stroški pri pogajanjih in pripravah za sklenitev prav-

<sup>17</sup> Relevantne sodne prakse glede navedenega nisem našel.

<sup>18</sup> Če nepremičninska družba ne sprejme splošnih pogojev, se lahko kaznuje z globo od 12.500 do 250.000 evrov (34. člen ZNPosr)!

nega posla. Namen zakonske določbe je jasen: preprečuje, da bi se omejitev višine provizije obšla tako, da bi nepremičninska družba posebej zaračunavala posamezna opravila, ki spadajo v dejavnost nepremičninskega posredovanja. Če je namen določbe jasen, pa je zelo nenavaden način, na katerega se ureničuje. Enak učinek bi zakonodajalec lahko dosegel z zakonskimi določbami, ki bi kogentno določale način obračunavanja stroškov, kar bi bilo primernejše, saj so splošni pogoji običajno namenjeni drugačnim vsebinam. Naj ob tem omenimo, da za morebitne druge vsebine splošnih pogojev, ki presegajo okvir 15. člena ZNPosr, v celoti veljajo splošna pravila OZ in ZVPot, predvsem tista o pravnih posledicah nepoštenih pogodbenih pogojev. Zakonodajalec bi lahko dosegel namen 15. člena ZNPosr tudi tako, da bi enostavno določil, da mora pogodba o posredovanju vsebovati določilo o stroških, ki so del posredniške provizije in jih posrednik ne sme dodatno zaračunati naročitelju. Če je zakonodajni pristop v tem pogledu neposrečen, pa vsebina ni sporna. Primeroma so našeta nekatera pogosta in tipična opravila, ki spadajo v dejavnost posredovanja in jih naročitelju ni dopustno posebej zaračunati. Naj omenimo samo nekatera najbolj značilna, kot so: (1) seznanjanje naročitelja in tretje osebe s tržnimi razmerji, ki so pomembna za določitev cene nepremičnine, z vsebino predpisov, ki so pomembni za veljavno sklenitev pogodbe o posredovanju v prometu z nepremičninami, z višino davčnih obveznosti stranke in s cenami notarskih storitev; (2) ugotavljanje pravnega stanja nepremičnine s pridobitvijo listin o nepremičnini (izpisek iz zemljiške knjige), pogodb (če nepremičnina še ni vpisana v zemljiško knjigo) in podobno; (3) ogled nepremičnine po sklenitvi pogodbe o posredovanju v prometu z nepremičninami; (4) oglaševanje prodaje nepremičnine v sredstvih javnega obveščanja ali na drug način; (5) naročiteljeva navzočnost pri ogledu nepremičnine; (6) telefonsko komuniciranje s strankami.

Ureditev stroškov v ZNPosr kaže na zakonodajalčev namen, da gre za kogentno pravilo, ki ga ni mogoče obiti z drugačnim pogodbenim dogovorom, kot to velja po splošnih pravilih.<sup>19</sup> To velja za stroške dodatnih storitev, ki jih opravi nepremičninski posrednik in ne spadajo v osnovno dejavnost posredovanja. Takšne stroške lahko posrednik obračuna naročitelju neodvisno od tega, ali je bila sklenjena pogodba ali ne, in niso zajeti v omejeni višini provizije. Primer takšnega stroška je lahko naročilo in pridobitev energetske izkaznice.

### 3.2.5. Posrednikovo sodelovanje pri sklenitvi pogodbe

Nepremičninski posrednik pogosto ne nastopa le v skladu z definicijo posredovanja in ne spravlja strank prodajne pogodbe samo v stik, ampak sodeluje

<sup>19</sup> Glej prvi odstavek 848. člena OZ.



tudi pri pogajanjih in sklenitvi pogodbe. Za posrednikovo svetovanje strankama pri sklenitvi pogodbe ZNPosr predpisuje določene posebne pogoje. Pri zapisu pogodbene volje strank mora za nepremičninsko družbo sodelovati oseba, ki ima doseženo stopnjo izobrazbe diplomiranega pravnika.<sup>20</sup>

## 4. Elementi varstva potrošnikov v prodajni pogodbi po ZVKSES

### 4.1. Prodajna pogodba po ZVKSES

Pogodbe, za katere veljajo posebna pravila iz ZVKSES, so opredeljene po dveh kriterijih. Prvi kriterij je subjektiven in se nanaša tako na prodajalca kot kupca. Posebna pravila se uporabljajo, če je prodajalec investitor pri gradnji bivalne nepremičnine ali vmesni kupec. Pojem vmesnega kupca je opredeljen z namenom preprečevanja izigravanja kogentnih določb. Gre za vsakega kupca, ki bivalno nepremičnino kupuje za nadaljnjo prodajo, in ne za potrebe lastnega bivanja. Druga stranka pogodbe je kupec, ki ima po splošnih določbah potrošniškega prava status potrošnika.<sup>21</sup> Nekatera posebna pravila ZVKSES pa se lahko uporabljajo tudi za pogodbe, ki jih sklepajo osebe, ki nimajo položaja potrošnika.

Drugi kriterij je objektivne narave in se nanaša na predmet pogodbe. Posebna pravila se uporabljajo za prodajo enostanovanjskih stavb in stanovanj kot posameznih delov stavb v etažni lastnini. Če povežemo subjektivni kriterij z objektivnim, lahko ugotovimo, da je namen zakona urejanje pogodb, ki se sklepajo za nove bivalne nepremičnine, ki jih investitor gradi z namenom prodaje individualnim kupcem.

Tehnika zakona je primerljiva s splošno potrošniško zakonodajo. Posamezni mehanizmi so določeni kot minimalni standardi varstva kupcev in seveda so dopustni posebni pogodbeni dogovori, ki so za kupca ugodnejši. Nasprotno pa je vsak odmik v nasprotni smeri prepovedan s sankcijo ničnosti. Prav tako so s prodajno pogodbo izenačeni drugi pravni posli z enakim namenom, kot ga ima prodaja. ZVKSES želi preprečiti sklepanje poslov zaradi izogibanja kogentnim varovalnim določbam z drugačnim poimenovanjem pravnega posla ali navidezno drugačno določitvijo obveznosti.

<sup>20</sup> ZNPosr ni usklajen s strokovnimi nazivi po bolonjski reformi. Verjetno temu danes ustreza pravnik, ki ima dokončano drugo bolonjsko stopnjo.

<sup>21</sup> Glej 2. člen ZVPot.



## 4.2. Način določitve predmeta prodaje

Prodajna pogodba o prodaji nepremičnine mora biti po splošnih pravih obligacijskega prava sklenjena v pisni obliki.<sup>22</sup> Člen 6 ZVKSES pa določa nekatere obvezne sestavine, ki jih mora pogodba vsebovati in ki se nanašajo na nepremičnino kot predmet prodaje. Predvsem mora biti v pogodbi na primeren način opredeljena nepremičnina. V tem delu se obligacijski posel približuje stvarnopravnemu in nepremičnina mora biti označena z zemljiškoknjižnimi podatki (identifikacijski znak) oziroma s podatki, ki jasno izražajo načrtovane spremembe v prostoru (predvsem parcelacije). Druga pomembna obvezna sestavina pogodbe je določitev tehničnih lastnosti nepremičnine glede izvedbe gradbenih in drugih del ter vgrajene opreme in naprav.

Še bolj natančno so določene obvezne sestavine prodajne pogodbe, če je njen predmet stanovanje kot posamezni del stavbe. Določbe tega poglavja se ne nanašajo le na obvezne sestavine, ampak določajo tudi druge pomembne pravne posledice. Tako iz drugega odstavka 7. člena ZVKSES izhaja obveznost oblikovanja etažne lastnine, oblikovanje klasičnega solastninskega odnosa pa ni dopuščeno. Z vidika sestave prodajne pogodbe je obvezna določitev splošnih pogojev prodaje v obliki notarskega zapisa. V splošnih pogojih morajo biti določeni vsi pogoji prodajne pogodbe tako, da je po vsebini dogovor med prodajalcem in kupcem omejen le na določitev posameznega dela stavbe in kupnine. Prav tako morajo splošni pogoji vsebovati tudi vse sestavine pravnega akta o ustanovitvi etažne lastnine. ZVKSES pri tem upošteva, da pravni akt, ki ureja etažno lastnino, lahko določa pravni položaj lastnika posameznega dela v etažni lastnini. Ker kot pravni akt učinkuje *erga omnes*, gre po vsebini lahko tudi za omejitve lastninske pravice. Zato je pravilno, da je kupec s takšnimi pogoji seznanjen vnaprej, investitorju pa je onemogočeno poznejše enostransko spreminjanje načrtovane ureditve etažne lastnine. Sestavni del splošnih pogojev je tudi etažni načrt, sestavljen v skladu s predpisi.

Pri določitvi splošnih pogojev prodaje ZVKSES nalaga tudi nekatere posebne dolžnosti notarjem. Splošne pogoje je dopustno določiti šele, ko so izpolnjeni pogoji za sklepanje prodajnih pogodb. Zato notarji tudi v tem primeru prevzemajo nadzorstveno funkcijo. Poleg preverjanja izpolnjevanja pogojev za začetek prodaje jim je naložena posebna skrbnost v primeru nečistih zemljiškoknjižnih stanj, pri čemer jih ZVKSES zavezuje k obrazložitvi s tem povezanih tveganj.

<sup>22</sup> Glej komentar 52. člena OZ v Plavšak in Juhart, str. 367.

### 4.3. Določitev in plačilo kupnine

Kupnina v prodajnih pogodbah po ZVKSES mora biti določena v enotnem znesku, v katerega so zajeti vsi stroški, ki bremenijo kupca. Izjeme od tega načela so taksativno našteje in se nanašajo samo na zamudne obresti, posledice upniške zamude in stroške vknjižbe lastninske pravice v korist kupca. Namen tega pravila je kupcu zagotoviti jasnost in preglednost cene, ki jo plača za nepremičnino. Gre za podobno metodo in funkcijo, kot ju ima učinkovita obrestna mera v pogodbah o potrošniških kreditih.<sup>23</sup>

Prodajalec si lahko kot znak ugotovitve prodajne pogodbe izgovori obveznost kupca, da mora ob sklenitvi plačati aro. Višina are je omejena na največ 10 odstotkov celotne kupnine in se v skladu s splošnimi pravili všteva v kupčevo izpolnitev. Glede obveznosti plačila preostanka kupnine pa ZVKSES postavlja strogo načelo sočasnosti izpolnitve. Kupec je zavezan plačati kupnino šele, ko so izpolnjeni pogoji za vpis njegove lastninske pravice v zemljiško knjigo in pogoji za izročitev nepremičnine. Oboji pogoji so z zakonskimi pravili natančno pojasnjeni in upoštevajo možnost različnih položajev, ki lahko nastanejo v posameznih primerih. Odstop od načela sočasnosti plačila kupnine z izročitvijo nepremičnine in zagotovitvijo pogojev za vpis lastninske pravice je dopusten samo pod pogoji iz 12. člena ZVKSES. Če prodajalec zahteva plačilo dela kupnine z izjemo are že prej, mora kupcu zagotoviti posebno varstvo pred sistemskimi tveganji, kot so: finančna nesposobnost dokončati gradnjo, neizpolnitev pogodbe in skrite stvarne napake. Zavarovanje pred temi tveganji je mogoče samo na enega od določenih načinov. Prodajalec lahko kupcu zagotovi bančno garancijo ali poroštvo zavarovalnice na vračilo vnaprej plačanega zneska kupnine. Namesto bančne garancije ali poroštva je mogoče vzpostaviti poseben sistem skrbniških storitev, določenih v razdelku 2.8. ZVKSES, ki zagotavljajo namensko uporabo vnaprej plačanih denarnih sredstev in njihovo ločenost od drugega prodajalčevega poslovanja. Sistem skrbniških storitev kupcu zagotavlja bodisi izpolnitev pogodbe bodisi vračilo kupnine tudi, če pride v času pred izpolnitvijo vseh obveznosti prodajalca do njegovega stečaja.

Posebne pravice kupca glede plačila kupnine so določene tudi s 15. členom ZVKSES. Ne glede na roke plačila kupnine, določene s pogodbo, ima kupec pravico zadržati plačilo 10 odstotkov kupnine do izročitve nepremičnine oziroma možnosti, da preveri tehnično skladnost nepremičnine z vsebino pogodbe. Poleg tega lahko zadrži plačilo 5 odstotkov kupnine, če so na nepremičnini napake, ki jih je treba odpraviti, če mu prodajalec ni zagotovil bančne garancije za odpravo

<sup>23</sup> Plavšak, str. 50.

skritih napak oziroma če še niso izpolnjeni pogoji za vknjižbo lastninske pravice. Zadržanje dela kupnine iz navedenih razlogov lahko kumulira.

Posebej je urejena tudi prodajalčeva pravica do odstopa od pogodbe zaradi kupčeve neizpolnitve obveznosti. Predvsem plačilo kupnine po ZVKSES ne more biti dogovorjeno kot obveznost s fiksnim izpolnitvenim rokom. Odstop od pogodbe je dopusten samo z določitvijo naknadnega roka za izpolnitev, ki ne sme biti krajši od enega meseca. Dopustno pa je, da je že vnaprej dogovorjeno, da se domneva, da je naknadni izpolnitveni rok določen avtomatično s prvim dnevom zamude. Odstop od pogodbe je mogoč samo s pisno izjavo, ki po splošnih pravilih učinkuje v skladu s prejemno teorijo. Tudi tu pa je v korist kupca določeno, da lahko opravi izpolnitev svoje obveznosti (skupaj z zamudnimi obrestmi), ki ohranja pogodbo v veljavi, še istega dne, ko je prejel obvestilo o odstopu od pogodbe. V primeru odstopa od pogodbe mora prodajalec vrniti kupcu vsa opravljena plačila razen are, ki jo lahko zadrži. Vračilo plačanih zneskov zapade v petnajstih dneh od odstopa od pogodbe. Dopusten je dogovor v prodajalčevo korist, ki omogoča vračilo plačanih zneskov šele, ko prodajalec sklene novo prodajno pogodbo za nepremičnino, ki je bila predmet razdrte prodaje. Tudi v tem primeru je za vračilo kupnine določen največ trimesečni končni rok.

#### 4.4. Izročitev nepremičnine

ZVKSES posebej skrbno in natančno obravnava obveznost izročitve nepremičnine. Bistveni element vsake prodajne pogodbe po ZVKSES je določitev roka, v katerem mora prodajalec izročiti nepremičnino kupcu. Obveznosti izročiti nepremičnino v določenem roku ni dopustno omejevati z ekskulpacijskimi razlogi, ki se nanašajo na graditev in za katere se domneva, da jih mora imeti investitor pod svojim nadzorom. Eno najpomembnejših pravil v tretjem odstavku 16. člena natančno določa, kaj se šteje za izročitev nepremičnine. Bistveni elementi izročitve so: (1) zagotovitev uporabnega dovoljenja; (2) skladnost nepremičnine s tehničnimi lastnostmi, dogovorjenimi s pogodbo, kar je izraz splošnega načela, da mora stranka izpolniti obveznost tako, kot se glasi; (3) zagotovitev možnosti za prevzem nepremičnine. Prodajalec se izjemoma lahko izogne zamudi z izročitvijo samo, če je ta posledica počasnega dela upravnih organov v zvezi z izdajo uporabnega dovoljenja. Vendar mora tudi v tem primeru prodajalec pravočasno zaprositi za uporabno dovoljenje (mesec dni pred izpolnitvenim rokom), pozneje pa se mora izkazati, da je bila zahteva utemeljena. Samoumevno pa prodajalčevo zamudo izključuje kupčeva neizpolnitev obveznosti. V poštrev pride tako dolžniška zamuda s prej zapadlim plačilom obroka kupnine oziroma upniška zamuda s prevzemom nepremičnine, če so izpolnjeni pogoji za prevzem. Fizični način izročitve nepremičnine je oprede-

ljen v 18. členu ZVKSES in je sestavljen iz naslednjih ravnanj: (1) prepustitve posesti nepremičnine; (2) izročitve kopije uporabnega dovoljenja; (3) izročitve predpisanih certifikatov, garancijskih listov in izjav o skladnosti za opremo in naprave; (4) izročitve projekta izvedbenih del. Posebej je urejen tudi prevzem stavb v etažni lastnini, pri čemer se upoštevajo tako posamezni deli stavbe v etažni lastnini kot tudi skupni deli. Za prevzem skupnih delov je pooblaščen upravnik, ki se mu izroči tudi vsa zahtevana listinska dokumentacija. Zato je pomembno, da se pravočasno sklene pogodba o opravljanju upravniških storitev. K sklenitvi te pogodbe pa je zavezan prodajalec. O prevzemu nepremičnine je treba sestaviti zapisnik. Ob samem aktu prevzemanja je prodajalec kupca dolžan poučiti o njegovih pravicah glede pogodbenih kazni in jamčevanja za napake. Zapisnik o prevzemu nepremičnine ima določene minimalne sestavine in mora obsegati vsaj: (1) opis stanja nepremičnine s podatki, ali ustreza lastnostim, določenim s pogodbo; (2) izjavo kupca o prevzemu nepremičnine oziroma izjavo o tem, zaradi katerih napak odklanja prevzem nepremičnine; (3) izjavo kupca o prevzemu uporabnega dovoljenja, garancijskih listov in izjav o skladnosti ter projekta izvedenih del; (4) morebitno zahtevo kupca za odpravo napak, ki so bile ugotovljene ob prevzemu, in roke, v katerih bo prodajalec te napake odpravil; (5) morebitno izjavo kupca o uveljavljanju pravice do pogodbene kazni zaradi prodajalčeve zamude; (6) izjavo kupca, da ga je prodajalec poučil o pravicah in pravnih posledicah, vezanih na prevzem (gre za pravice, vezane na odgovornost za očitne napake, in uveljavljanje pogodbene kazni zaradi zamude, o katerih se mora kupec izreči ob prevzemu).

Zaradi zamude z izročitvijo ima kupec *ex lege* pravico do pogodbene kazni. Gre za pomemben odstop od splošne ureditve, po kateri pogodbena kazen učinkuje samo, če je posebej in izrecno dogovorjena. Zaradi posebne pravne narave je z ZVKSES določena tudi višina pogodbene kazni zaradi zamude. Ta znaša 0,5 promila kupnine za vsak dan zamude. Dopusten pa je poseben dogovor o maksimiranju pogodbene kazni. Zgornja meja je razmeroma visoka in znaša 50 odstotkov kupnine.<sup>24</sup>

#### 4.5. Odgovornost za napake

Pri prodaji nepremičnine po ZVKSES prodajalec svoje obveznosti jamčevanja za stvarne in pravne napake izpolnitve ne sme izključiti. V sistemu odgovornosti za napake so pomembne predvsem stvarne napake. Varstvo pred pravnimi napakami pa se zagotavlja primarno z zahtevo, da se kupcu omogoči bremen prost vpis lastninske pravice.

<sup>24</sup> O razlogih za določitev vrednostnih kriterijev pogodbene kazni glej Plavšak, str. 65.

Enako kot v splošnih pravilih je treba v sistemu jamčevanja za stvarne napake ločevati med očitnimi in skritimi napakami. Očitne napake mora kupec v skladu s splošnimi pravili odkriti ob prevzemu nepremičnine in o njih ob prevzemu obvestiti prodajalca. Notifikacija napake se ugotovi v prevzemnem zapisniku. Primarna posledica očitne napake je zahteva za odpravo napake. Prodajalec mora te napake na zahtevo kupca odpraviti v roku enega meseca. Šele po izteku tega roka ima kupec na voljo alternativno uveljavljanje klasičnih jamčevalnih zahtevkov, kot so: nadaljnje vztrajanje pri odpravi napake, odprava napak na stroške prodajalca in znižanje kupnine. Omejena pa je pravica do odstopa od pogodbe. Ta je na podlagi petega odstavka 20. člena ZVKSES dopusten samo, če ima nepremičnina napako, ki znatno ovira njeno normalno uporabo, ali če glede bistvenih lastnosti odstopa od lastnosti, določenih v prodajni pogodbi.

Prodajalec odgovarja tudi za skrite napake na nepremičnini.<sup>25</sup> Jamčevalni rok za skrite napake je glede na splošno določbo iz drugega odstavka 462. člena OZ podaljšan na dve leti.<sup>26</sup> Rok za napake iz naslova solidnosti gradnje pa je enako kot v splošnih predpisih deset let. Tudi za uveljavljanje pravic zaradi skritih napak je pogoj njena notifikacija. Notifikacijski rok je subjektiven in teče od dneva, ko je kupec ugotovil napako. Tudi notifikacijski roki so podaljšani glede na splošne prekluzivne roke in znašajo dva oziroma šest mesecev. V obvestilu o napaki mora kupec napako opisati in prodajalca pozvati, da jo odpravi. Prodajalec si mora napako ogledati v roku petnajstih dni in v nadaljnjih petnajstih dnevih kupcu sporočiti vzrok napake in način njene odprave. Tudi v primeru skritih napak ima prodajalec najprej možnost, da opravi napako. Šele če tega ne stori v dveh mesecih od prejetega obvestila, se lahko uveljavljajo alternativno klasični jamčevalni zahtevki. Za zavarovanje morebitnih terjatev iz naslova skritih napak ima kupec pravico do zadržanja 5 odstotkov zneska kupnine oziroma mu mora namesto tega prodajalec izročiti bančno garancijo na prvi poziv z rokom veljavnosti 26 mesecev od dneva pridobitve veljavnega uporabnega dovoljenja. V sistemu gradnje z oblikovanjem skrbniških mehanizmov se lahko garancije izročijo notarju.

## 5. Sklep

Čeprav so elementi varstva potrošnikov pri prodaji nepremičnin razdrobljeni, skupaj tvorijo razmeroma trden sistem pravil. Pravni položaj kupca nepremičnine je zelo močan predvsem v klasičnem potrošniškem razmerju pri prvi prodaji nepremičnine, med podjetjem in osebo, ki ima lastnost potrošnika. Pravna pravila ZVKSES izrazito varujejo pravni položaj kupca nepremičnine pred vsemi najpo-

<sup>25</sup> O pojmu skrite napake glej podrobneje Plavšak, str. 68.

<sup>26</sup> Enako tudi 37.b člen ZVPot.

membnejšimi tveganji pri sklenitvi in izpolnitvi prodajne pogodbe. Z njimi so tveganja potrošnika zelo zmanjšana, niso pa v celoti izključena in kljub dobremu zakonodajnemu okviru se lahko zgodi, da potrošnik ne dobi tistega, kar utemeljeno pričakuje kot izpolnitev pogodbe. Takšni primeri so po moji oceni redki, so pa zelo boleči, saj imajo ti posli za posameznika zelo visoko vrednost, ki zajame tako prihranke kot bodoče dohodke. Več tveganj nosijo potrošniki v medsebojnih razmerjih na trgu rabljenih premičnin, kjer tveganje prevzame tako prodajalec kot kupec. V takšnih razmerjih lahko prevlada izkušenejša ali bolj brezobzirna stranka. Zato se zdi ureditev nepremičninskega posredovanja pomembna dopolnitev varstva strank v prometu z nepremičninami, sploh v tistem delu, ki nepremičninskemu posredniku nalaga obveznost obveščanja in skrb za interese obeh pogodbениh strank v prodajni pogodbi, ki se sklene z njihovim posredovanjem.

### Literatura in viri

- PLAVŠAK, Nina, JUHART, Miha, (ur.) in drugi, *Obligacijski zakonik s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- PLAVŠAK, Nina, *Zakon o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb z uvodnimi pojasnili*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- SCHMIDT, Christoph U., HERTEL, Christian, *Real Property Law and Procedure in the European Union*. European University Institute (EUI) Florence / European Private Law Forum Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, 31. 5. 2005, dostopno na: [www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf](http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf) (6. 10. 2015).

# Jamstvo za vloge kot instrument varstva potrošnikov

Meta Ahtik<sup>1</sup>

## 1. Uvod

Jamstvo za vloge ima dva osnovna cilja, ki se med seboj tesno prepletata – varstvo potrošnikov in ohranjanje finančne stabilnosti. Relativni pomen obeh ciljev se v času spreminja. Pred krizo je bilo varstvo potrošnikov pomembnejše kot danes, ko se zaradi razsežnosti nedavne finančne krize bolj poudarja zaščita stabilnosti finančnega sistema, zlasti preprečevanje navalov na banke.<sup>2</sup> Po drugi strani pa Direktiva 2014/49/EU v uvodnih izjavah poudarja zaščito vlagateljev pred posledicami nesolventnosti kot glavni cilj depozitne jamstvene sheme. Prepletenost obeh ciljev nakazuje npr. dejstvo, da bi bila v primeru navala na banke ogrožena stabilnost sistema, hkrati pa bi nekateri potrošniki (deponenti) ostali brez svojih sredstev.<sup>3</sup>

Prispevek bo najprej z vidika ekonomske analize prava utemeljil potrebo po varstvu potrošnikov na področju finančnih storitev, torej tudi na področju depozitnih jamstev. Prikaz podatkov o pomenu depozitnega financiranja za slovenske banke ter o obsegu in deležu depozitov v finančnih naložbah gospodinjstev in podjetij bo podlaga za nadaljnjo utemeljitev potrebe po oblikovanju depozitne jamstvene sheme. Temu bo sledil opis značilnosti, ki jih mora imeti jamstvena shema, da lahko uspešno dosega prej opisana cilja. Predstavitvi zgodovinskih vidikov depozitnih jamstev v svetu in v Sloveniji bo sledila ocena veljavne ureditve in sprememb, ki jih je prinesla Direktiva 2014/49/EU z vidika teoretičnih zahtev za kakovostne sheme jamstev za vloge.

## 2. Ekonomska utemeljitev varstva potrošnikov na področju finančnih storitev

Za pojasnjevanje ravnanja posameznika (tudi potrošnika) se v ekonomski znanosti najpogosteje uporablja teorija racionalne izbire. Ta predvideva, da posa-

<sup>1</sup> Stališča, izražena v članku, ne izražajo stališč institucij, pri katerih je avtorica zaposlena.

<sup>2</sup> Cartwright, str. 127; Majcen in Pollick, str. 30.

<sup>3</sup> Banke namreč nimajo dovolj likvidnih sredstev, da bi poplačale vse deponente.

meznik vedno izbere logično in se odloči za rešitev, ki je v njegovem interesu in mu prinese največje zadovoljstvo. Racionalno ravnanje pomeni, da so posameznikova dejanja skladna (si med seboj niso v nasprotju) in ustrezajo posameznikovim izkušnjam ter danim okoliščinam, ciljno usmerjena v produkcijo določenih rezultatov, utemeljena na primerjavi stroškov in koristi ter usmerjena v maksimiranje koristi oziroma minimiziranje izgub.<sup>4</sup> V skladu s to teorijo potrebe po specifičnih instrumentih varstva potrošnikov ni.

Ekonomska literatura, ki posega na področje varstva potrošnikov, ima svoje začetke v šestdesetih in sedemdesetih letih prejšnjega stoletja, ko je bil potrošnik zaradi svoje relativne šibkosti v primerjavi s ponudnikom obravnavan kot izkoriščana stran. Ta teorija je temeljila na potrošniku, ki se srečuje z monopolnim ponudnikom, a je zanemarila dejstvo, da lahko med ponudniki vlada velika konkurenca, ki to šibkost izniči. Nadalje naj bi ponudniki izkoriščali informacijske prednosti pred potrošnikom, saj vedo več o pogodbi ter o proizvodu oziroma storitvi, ki ga ponujajo.<sup>5</sup> Pomen tega dela se je pozneje povečal. Ekonomska literatura se je namreč razvila v tri različne smeri – informacijsko ekonomiko, novo institucionalno ekonomiko in vedenjsko ekonomiko.

V prvem toku ima najpomembnejšo vlogo informacija – pomanjkanje informacij oziroma visoki stroški njihovega pridobivanja so tisti, ki potrošniku preprečijo, da bi sprejel optimalno odločitev.<sup>6</sup> Če potrošnik dobi vse relevantne informacije, lahko sprejme optimalno odločitev. V takem primeru bi torej zadoščalo, da ponudnik potrošniku ponudi vse informacije v zvezi z dobrino oziroma storitvijo. Seveda pa je vprašljivo, koliko bi potrošniku pri odločitvi pomagalo takšno preobilje informacij o proizvodu, ki ga kupuje.

Druga smer gre še korak dlje – dostop do informacij ne zadošča, saj so stroški pridobivanja informacij zgolj ena od oblik transakcijskih stroškov.<sup>7</sup> Mednje spadajo ne le stroški iskanja in pridobivanja informacij (iskanje primerne nasprotne stranke, informiranje o nasprotni stranki), ampak tudi stroški pogajanj (dogovor o vsebini pogodbe in sklenitev pogodbe) in stroški izvrševanja (nadzor nad izvajanjem pogodbe, kaznovanje morebitnih kršitev, prisilna uveljavitev pogodbe).<sup>8</sup> Potrošniki so percipirani kot omejeno racionalni, kar pomeni, da si sicer prizadevajo ravnati racionalno, vendar pa so pri tem le omejeno uspešni.<sup>9</sup> Človeški um se pri formuliranju in reševanju kompleksnih problemov ter pri procesiranju

<sup>4</sup> <http://www.businessdictionary.com/definition/rationality.html> (6. 7. 2010).

<sup>5</sup> Rühl, str. 571–572.

<sup>6</sup> Weber, str. 2.

<sup>7</sup> Več o transakcijskih stroških v pogodbenem pravu v Ahtik (2010, *Transakcijski ...*).

<sup>8</sup> Cooter in Ulen, str. 91.

<sup>9</sup> Williamson, str. 45–46.



informacij srečuje z omejitvami,<sup>10</sup> kot so pomanjkljiva informiranost, fizična, intelektualna ali materialna nesposobnost izbrati optimalno odločitev ter pomanjkaje volje oziroma motivacije za izbor najboljše odločitve. Nanj namreč ne vplivajo zgolj ekonomski, ampak tudi neekonomski dejavniki.<sup>11</sup> Rezultati posameznikovega ravnanja torej z objektivnega vidika in ob *ex post* oceni niso nujno racionalni in optimalni. Prav zato je regulacija posameznih institutov (npr. pogodb), ki te transakcijske stroške ustrezno zmanjša, potrebna.

Tretja skupina, vedenjska ekonomika, ki v zadnjem razdobju vse bolj prevladuje, pa večinoma z analizo obnašanja potrošnikov utemeljuje, da ti ne le občasno, ampak sistematično ravna drugače, kot bi od racionalnega posameznika pričakovali.<sup>12</sup> Potrošniki so pogosto slabo informirani, veliko število možnosti jih zmede, kar povzroči napake pri odločanju.<sup>13</sup> Standardni ekonomski pristopi, ki zahtevajo in predvidevajo racionalnega potrošnika in popolne trge, so torej večinoma nerealni. Na podlagi tega Barr s soavtorji zaključijo, da mora zakonodaja slediti dejanskemu obnašanju potrošnikov, ki ga je seveda treba poprej natančno preučiti, in ne teoretičnemu modelu njihovega vedenja, pričakovanjem in predvidevanjem o tem, kako bi se potrošniki morali obnašati. Zakonodaja mora temeljiti na priznanju dejstev, da med prejetimi informacijami in njihovim razumevanjem ter namerami in dejanskim ravnanjem potrošnikov obstaja vrzel. Prav zato lahko ustrezna regulacija prepreči družbeno neoptimalne izide tržnih procesov.<sup>14</sup>

Ker so finančne pogodbe nadpovprečno zapletene, hkrati pa zadevajo tako rekoč slehernega posameznika v modernem gospodarstvu,<sup>15</sup> je visoka raven varstva potrošnikov na področju finančnih pogodb nujna, pa čeprav gre za tako enostaven posel, kot je pogodba o depozitu. To potrjujejo tudi velik pomen depozitov za banke na eni strani in naložbe potrošnikov v depozite na drugi strani.

### 3. Pomen depozitnega financiranja v Sloveniji

Struktura in obseg depozitov v nekem gospodarstvu sta pomembna dejavnika pri oblikovanju depozitne jamstvene sheme. Seveda pa je marsikatera lastnost depozitne sheme, kot je v veljavi pri nas, oblikovana na podlagi značilnosti depozitnega financiranja bank v Evropski uniji.

<sup>10</sup> Rao, str. 17–18.

<sup>11</sup> Bajt in Štiblar, str. 105–107.

<sup>12</sup> Weber, str. 2.

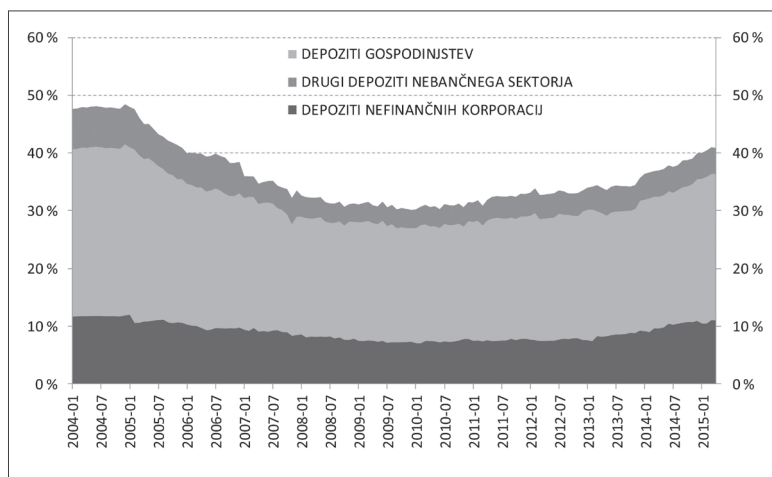
<sup>13</sup> Ardiç, Ibrahim in Mylenko, str. 4.

<sup>14</sup> Barr, Mullainathan in Shafir, str. 17–18.

<sup>15</sup> Skoraj vsak potrošnik ima transakcijski račun, ki ob pozitivnem stanju že implicira potencial za depozitno jamstvo ob propadu banke.

Zadnji trendi kažejo, da so banke spet bolj naklonjene financiranju z depoziti, saj ti ponovno postajajo najpomembnejši vir financiranja. Struktura pasive slovenskega bančnega sektorja je tako čedalje bolj podobna strukturi pasive pred letom 2005, kar je razvidno na sliki 1. Vzroki teh sprememb so različni, iskati jih je mogoče v strahu pred nenadnim odlivom grosističnih virov, ki so ga banke izkusile v začetnem obdobju krize (2008–2009), manjši dostopnosti teh virov in regulatornih spremembah, ki dajejo prednost depozitnim virom.<sup>16</sup>

Slika 1: **Delež depozitnih virov v bilanсах slovenskih bank**



Vir: ECB, lastni.

Ker imajo med celotnimi depoziti čedalje večji delež vpogledne vloge,<sup>17</sup> ki jih lahko deponenti kadarkoli dvignejo, se pomen depozitnih jamstev za finančno stabilnost sistema povečuje.

Podatki iz finančnih računov nadalje kažejo, da bančne vloge zajemajo izjemno velik del celotnega finančnega premoženja gospodinjstev. Ta delež se je sicer v času spreminjal, odvisen je bil zlasti od privlačnosti (donosnosti) drugih premoženjskih oblik pa tudi od njihove vrednosti.<sup>18</sup> Leta 2014 so depoziti imeli 36-odstotni delež med vsemi finančnimi naložbami gospodinjstev. To je sicer precej manj od 45-odstotnega leta 2002, vendarle pa potrjuje velik pomen oblikovanja

<sup>16</sup> Banka Slovenije, str. 41; Wruuck, str. 5.

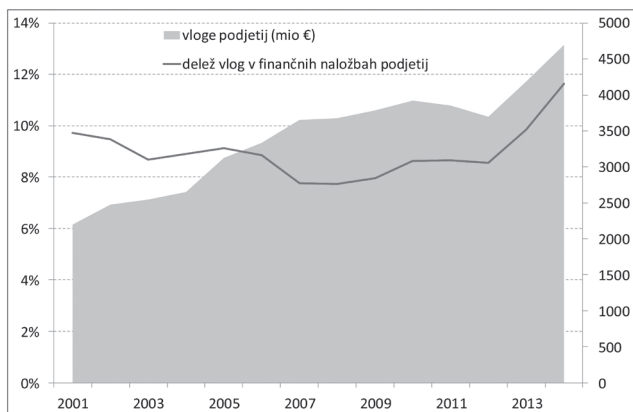
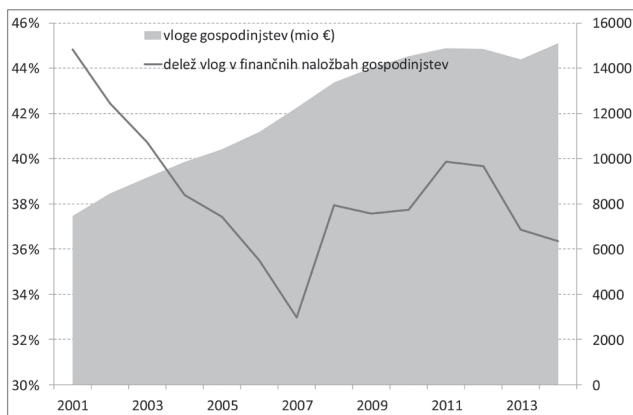
<sup>17</sup> Vzroke za spremenjeno strukturo depozitnih virov je mogoče iskati zlasti v nizkih obrestnih merah.

<sup>18</sup> Delnice so bile pred krizo vredne več kot med njo, čeprav je njihova količina ostala nespremenjena. To lahko npr. pojasni povečani delež depozitov v finančnih naložbah gospodinjstev v letu 2008.

depozitnih shem za občutek varnosti fizičnih oseb in posledično za preprečevanje navalov na banke. Zlasti osebe z nižjimi dohodki in manjšim premoženjem imajo še vedno večji del svojega premoženja naloženega v depozite.

Tudi podjetja, ki so ob upoštevanju značilnosti dobrih depozitnih shem izključena iz depozitnega jamstva, imajo okrog 10 odstotkov svojih naložb v bančnih vlogah. V zadnjem obdobju se je ta delež, pa tudi obseg depozitov, precej povečal. Z vidika finančne stabilnosti je vključitev podjetij v jamstveno shemo torej lahko smiselna, pomisleke morda zbuja le zmanjšana skrbnost pri nadzoru teh investitorjev nad bankami.

Slika 2: Bančne vloge in delež teh vlog v finančnem premoženju gospodinjstev in podjetij



Vir: Banka Slovenije, lastni izračuni.

Pomen bančnih vlog tako za banke kot za deponente je tolikšen, da z obeh vidikov, ki sta glavna argumenta za vzpostavitev jamstva za vloge, utemeljuje oblikovanje depozitnih jamstev.

#### 4. Teoretična izhodišča urejanja jamstev za vloge

Depozitne jamstvene sheme imajo več ciljev, med katerimi sta najpomembnejša povečanje stabilnosti posameznih institucij in finančnega sistema kot celote ter varstvo potrošnikov. Pomen teh ciljev se v času spreminja, prav tako je različen po geografskih območjih.<sup>19</sup> Pred krizo je imel mikrocilj varstva potrošnikov večji pomen, kot ga ima danes, ko je zaradi razsežnosti nedavne finančne krize bolj poudarjena zaščita stabilnosti celotnega finančnega sistema, varstvo potrošnikov pa naj bi bilo zgolj stranski učinek zagotavljanja finančne stabilnosti.<sup>20</sup> Ta cilj pa je že ves čas v ospredju v ZDA, ki so depozitne jamstvene sheme utemeljevale s pomenom preprečevanja navalov na banke.<sup>21</sup> Tudi v lastnostih depozitnih shem je močno izražen cilj, ki mu je dal zakonodajalec (oziroma drug ustanovitelj sheme) prednost.

Drugi, neposredni cilj depozitnih zavarovanj je posledica dejstva, da je izguba prihrankov posameznikov družbeno in politično nesprejemljiva. Večina potrošnikov je namreč finančno neukih, analiza tveganosti vlaganja sredstev v določeno kreditno institucijo pa ne zahteva preučitve zgolj konkretne pogodbe, ampak celotnega finančnega stanja in poslovanja kreditne institucije, torej banke ali hranilnice. Celoten proces je torej precej bolj zapleten kot analiza kakovosti dobrin oziroma storitev, ki jih potrošniki kupujejo. Informacije o poslovanju finančnih posrednikov, ki so na voljo splošni javnosti, so namreč omejene, hkrati pa jih povprečno izobražen potrošnik tudi težko razume.<sup>22</sup> Obstaja torej informacijska asimetrija, ki presega raven asimetrije med strankama pri običajnih pogodbah.

»Stranski učinek« jamstva za vloge je krepitev moralnega hazarda tako pri bankah kot pri potrošnikih. Ti so zaradi jamstva namreč manj motivirani za spremljanje finančne situacije svoje banke. Odločili se bodo za banko, ki jim za njihov depozit ponuja najvišjo obrestno mero, čeprav je nadpovprečno tvegana, morda celo na robu propada. Namesto da bi taka banka zmanjševala obseg poslovanja, se torej krepí. Podobno se lahko bančniki, ki vedo, da bodo depoziti v skrajnem primeru poplačani iz jamstvene sheme, spustijo v pretirano tvegane naložbe.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> MacDonald, str. 8.

<sup>20</sup> Bernet in Walter, str. 23.

<sup>21</sup> Cartwright, str. 127.

<sup>22</sup> MacDonald, str. 8.

<sup>23</sup> Cartwright, str. 130; Demaestri in Kiguel, str. 100; Garcia, 1999, str. 6; MacDonald, str. 10.

Od tod izhaja, da mora oblikovanje depozitnih jamstvenih shem najti srednjo pot med nasprotujočima si ciljema – nezadostno zavarovanje namreč zmanjšuje zaupanje deponentov in povečuje verjetnost navala na banke, po drugi strani pa obstoj zavarovanja poveča problem moralnega hazarda in ogrozi tržno disciplino.<sup>24</sup> V literaturi in praksi se je zato oblikoval seznam značilnosti, ki jih mora kot prvi pogoj za uspešno delovanje imeti vsaka jamstvena shema.<sup>25</sup>

Depoziti so lahko zavarovani implicitno ali pa eksplicitno, z oblikovanjem formalne depozitne sheme. Pri implicitnem jamstvu se v javnosti oblikuje domneva, da bo v primeru nezmožnosti poplačila depozitov s strani banke država delno ali v celoti pokrila izgube deponentov. Domneva se lahko vzpostavi zaradi preteklih ravnanj ali pa izjav vladnih predstavnikov, da bo država delno ali v celoti pokrila izgube, ki bi zaradi neplačila banke nastale deponentom.<sup>26</sup> V takem primeru je pravna varnost deponentov razmeroma nizka, saj je odločitev države, ali bo deponente poplačala, odvisna od značilnosti vsakega primera posebej.<sup>27</sup> Prednost takega načina depozitnega jamstva je njegova fleksibilnost. V tem primeru ni administrativnih stroškov, ki jih sicer zahtevata vzpostavitev in delovanje jamstvene sheme. Seveda pa ima takšno *ad hoc* jamstvo tudi slabosti. Država mora na hitro zbrati sredstva, ki jih bo namenila varčevalcem. Ta problem ni specifičen zgolj za implicitno jamstvo, saj se pojavi tudi v primeru *ex post* shem, pri katerih je sicer določen vsaj način zbiranja sredstev za poplačilo. Zelo pogosto izplačila v takem primeru tudi niso omejena na najbolj ranljive skupine vlagateljev, kot je običajno pri eksplicitnih jamstvih, posledica pa so višji stroški. Poleg tega v primeru implicitnega jamstva postopki izplačila niso določeni. Sama organizacija izplačil torej zahteva precej dejavnosti v zelo kratkem času.<sup>28</sup>

Precej večjo transparentnost in zaupanje pa omogoča jasno definirano eksplicitno jamstvo.<sup>29</sup> Vzpostavi se lahko že z razglasitvijo državnega jamstva s strani vladnih predstavnikov.<sup>30</sup> Ne glede na to mnenje je prava eksplicitna shema običajno jasno vnaprej definirana v zakonu ali drugem podobno zavezujočem predpisu.

<sup>24</sup> Carmassi, Luchetti in Micossi, str. 16.

<sup>25</sup> Bolj natančno v BIS & IADI, 2009.

<sup>26</sup> Bernet in Walter, str. 19.

<sup>27</sup> V primeru britanskih varčevalcev v podružnicah islandskih bank je britanska shema poplačala varčevalce na svojem ozemlju, čeprav k temu ni bila zavezana. V islandski jamstveni shemi, ki bi sicer morala poplačati varčevalce, namreč ni bilo dovolj sredstev, Islandija pa je zavrnila poplačilo tujih deponentov. Več v Ahtik (2010, Jamstvo ...).

<sup>28</sup> MacDonald, str. 11.

<sup>29</sup> Demaestri in Kiguel, str. 100; Garcia, 1999, str. 7.

<sup>30</sup> Bernet in Walter, str. 19.

Formalne depozitne jamstvene sheme je mogoče razvrstiti na podlagi več kriterijev. Pomembnejši med njimi je način vodenja in financiranja. Glede na ta kriterij ločimo naslednje vrste shem:

- zasebno financirane in zasebno vodene,
- zasebno financirane in državno vodene,
- državno financirane in državno vodene.

Pri zasebno financiranih in zasebno vodenih shemah se glede na to, da gre za obliko zavarovanja, kot najočitnejši zasebni ponudnik te storitve ponujajo zavarovalnice. Država bi tako kot za številne druge tvegane aktivnosti predpisala obvezno zavarovanje, zasebne zavarovalnice pa bi oblikovale zavarovanje, prilagojeno tveganju posamezne banke. Tako zasnovano zavarovanje bi banke spodbudilo k manj tveganemu obnašanju.<sup>31</sup> Vendar pa te rešitve skoraj ni mogoče zaslediti. Razlogov je več. Zavarovalništvo je v mnogih državah manj razvito kot bančništvo in zato ni sposobno ocenjevati tveganj bančnega poslovanja. Poleg tega propad banke navadno ni osamljen dogodek, zato zavarovalnice niso pripravljene prevzeti tveganja množičnih poplačil v primeru sistemske krize.<sup>32, 33</sup> Depozitno jamstvo naj bi prineslo tudi večje zaupanje javnosti, česar pa z vključitvijo zasebnega subjekta iz finančnega sektorja verjetno ni mogoče zagotoviti.<sup>34</sup>

Depozitna jamstva zato navadno dobijo obliko zasebnega, bančnega jamstva ali pa državnega jamstva. Ti rešitvi nista povsem enoznačni in imata mnogo vmesnih možnosti. MacDonald navaja:

- brezpogojno depozitno jamstvo države,
- državno organizirana in vodena shema, ki jo vsaj delno financirajo poslovne banke,
- skupno organizirana in vodena shema, ki jo v celoti financirajo poslovne banke,
- zasebno, brez vmešavanja države organizirana shema.<sup>35</sup>

Zasebno vodena shema ima običajno omejena pooblastila, medtem ko ima državno vodena agencija pogosto širše pristojnosti.

Brepogojno depozitno jamstvo države je bilo značilno zlasti za tranzicijske vzhodnoevropske države. V primeru hujših težav pa bo vsaka shema potrebovala podporo države,<sup>36</sup> kot se je izkazalo tudi v času finančne krize, ko so številne

<sup>31</sup> MacDonald, str. 11–12; Cartwright, str. 126.

<sup>32</sup> Slednje je sicer tudi splošni problem depozitnega jamstva.

<sup>33</sup> MacDonald, str. 11–12.

<sup>34</sup> Cartwright, str. 127.

<sup>35</sup> MacDonald, str. 12–13.

<sup>36</sup> Garcia (2000), str. 52–71.

članice EU zagotovile neomejeno državno depozitno jamstvo. Tudi taka oblika jamstva mora imeti za optimalno doseganje cilja določene lastnosti. Uvesti jo je smiselno samo, kadar je kriza sistemska. Oblikovana mora biti tako, da je kredibilna, razglasiti pa jo mora vlada, saj država tudi jamči za depozite. Hkrati mora biti oznanjeno, da je jamstvo zgolj začasne narave.<sup>37</sup>

Bolj običajna rešitev je, da shemo organizira država, navadno centralna banka. Taka shema se deloma financira s prispevki bank, deloma pa eventualno kritje deponentov zagotavlja država, lahko pa se shema v celoti financira s prispevki bank.<sup>38</sup> Ti rešitvi sta daleč najbolj pogosti.

Zaradi že opisanega močnega javnega interesa, ki se razteza tako na področje varstva potrošnikov kot tudi na področje finančne stabilnosti, so izključno zasebne sheme danes zelo redke.

Ne glede na način organiziranja sheme mora biti shemi zagotovljena čim večja neodvisnost – tako v razmerju do finančne industrije kot v razmerju do nadzornih organov, centralne banke in vlade. Nujno pa je tesno sodelovanje z institucijo, ki deluje kot posojilodajalec v skrajni sili.<sup>39</sup>

Članstvo v jamstveni shemi je lahko obvezno ali prostovoljno. V primeru prostovoljnega članstva lahko pride do negativne selekcije – selektivne vključitve bolj tveganih kreditnih institucij v shemo.<sup>40</sup> Večji obseg v shemo vključenih depozitov nadalje omogoča znižanje povprečnih stroškov zavarovanja in boljšo oceno tveganj.<sup>41</sup> Po drugi strani pa bi prostovoljna shema potrošnikom omogočila izbiro med tveganimi, bolj donosnimi in netveganimi, vendar manj donosnimi naložbami. Glede na začetno ugotovitev o finančni nepoučenosti večine potrošnikov je verjetno bolj smiselno, da je shema obvezna. Če se pojavi potreba, se lahko na trgu oblikuje dodatna, prostovoljna shema, ki ponuja jamstvo tudi za depozite, ki sicer niso zavarovani.<sup>42</sup>

Sheme se razlikujejo tudi glede na raven kritja. Običajno niso zavarovani niti vsi tipi depozitov niti celotne vsote depozitov, saj delno zavarovanje zmanjšuje moralni hazard<sup>43</sup> in ohranja instrument tržne discipline,<sup>44</sup> hkrati pa popolno zavarovanje za financerja sheme pomeni previsoke stroške. Večina shem ima opredeljeno maksimalno vsoto, ki jo lahko posamezen deponent dobi. Višina

<sup>37</sup> Garcia (2000), str. 52–71.

<sup>38</sup> MacDonald, str. 12.

<sup>39</sup> Garcia (2000), str. 35–36.

<sup>40</sup> Bernet in Walter, str. 30; Garcia (1999), str. 7.

<sup>41</sup> IMF, str. 10.

<sup>42</sup> IMF, str. 3.

<sup>43</sup> Garcia (1999), str. 9.

<sup>44</sup> IMF, str. 9.

te sheme je stvar presoje njenega ustanovitelja (navadno države), odvisna pa je od gospodarske moči države (BDP na prebivalca), višine povprečnega depozita in drugih podobnih dejavnikov.<sup>45</sup> IMF kot primer navaja shemo, ki pokriva 80 odstotkov deponentov in 20 odstotkov depozitov. Danes povprečna shema daje jamstvo v višini dvakratnika bruto domačega proizvoda na prebivalca.<sup>46</sup>

Ne glede na obseg depozita in zgornjo mejo zajamčene vsote je jamstvo ponekod omejeno na del vloge (sozavarovanje). Taka rešitev prispeva k ohranjanju zanimanja varčevalcev za kakovost poslovanja bank in prek tržne discipline tudi k bolj kakovostnemu in manj tveganemu poslovanju bank.<sup>47</sup> Eventualno sozavarovanje pa ne bi smelo imeti pomembnejše vloge, saj lahko zmanjša zaupanje deponentov.<sup>48</sup>

Izplačilo varčevalcem mora biti čim bolj hitro, saj varčevalci potrebujejo dostop vsaj do določene vsote neogibno potrebnih sredstev. Poleg tega hitro izplačilo prepreči širjenje negotovosti.<sup>49</sup>

Smiselno je razmisliti, ali naslednje kategorije depozitov (v celoti) vključiti v zavarovanje:<sup>50</sup>

- depoziti drugih bank oziroma finančnih institucij,
- depoziti države in lokalnih skupnosti,
- depoziti gospodarskih družb,
- depoziti subjektov, ki vodijo banko (članov uprave oziroma upravnega odbora, nadzornega odbora, revizorjev ipd.) ter njihovih sorodnikov,
- depoziti z banko povezanih družb,
- depoziti, ki izhajajo iz transakcij s kriminalnim ozadjem,
- depoziti deponentov, proti katerim ima banka dospelo terjatev.

Odločitev o izključitvi posameznih kategorij depozitov oziroma deponentov iz jamstva je odvisna od posamezne države in cilja, ki ga želi s shemo doseči.

Za izključitev naštetih depozitov oziroma deponentov iz jamstva obstaja precej argumentov. Iz jamstva je treba izključiti subjekte, ki premorejo dovolj znanja, da lahko ovrednotijo kakovost poslovanja banke, ki so ji zaupali svoja sredstva. Tako so vzpostavljene tržne spodbude za manj tvegano poslovanje bank. Poučeni subjekti bodo svoja sredstva banki zaupali le, če bo poslovala dovolj varno, da ne bodo ogrožena. Preveč tvegani subjekti bodo tako izločeni s trga. Po drugi strani

<sup>45</sup> MacDonald, str. 17.

<sup>46</sup> IMF, str. 9.

<sup>47</sup> MacDonald, str. 18.

<sup>48</sup> Carmassi, Luchetti in Micossi, str. 25.

<sup>49</sup> Wruuck, str. 8.

<sup>50</sup> MacDonald, str. 1; Garcia (2000), str. 27.



pa izključitev npr. gospodarskih družb s seznama ustvarja neenakost med subjekti, ki poslujejo v pravni obliki gospodarske družbe, in drugimi.<sup>51</sup> Med poučenimi deponenti so na zgornjem seznamu finančne institucije, država in lokalne skupnosti, gospodarske družbe in družbe, povezane z banko.<sup>52</sup> Med poučene subjekte nedvomno spadajo člani posloводства oziroma usmerjevalnih organov banke. Ti nadalje ne bi smeli biti nagrajeni za napake pri vodenju družbe tako, da dobijo poplačane svoje depozite.<sup>53</sup>

Država se mora odločiti, kako urediti zavarovanje za depozite v podružnicah in hčerinskih družbah tujih bank na svojem ozemlju oziroma depozite podružnic ali hčerinskih družb svojih bank v tujini. V Evropski uniji je tudi v skladu s priporočili BIS določeno, kakšna je ureditev v primerih čezmejnega poslovanja bank.<sup>54</sup>

Depozitne sheme se lahko financirajo *ex post* ali *ex ante*. Drugi način financiranja omogoča večje zaupanje javnosti in pospeši poplačilo, saj so sredstva na voljo takoj. Ta način financiranja tudi zmanjšuje procikličnost in moralno tveganje, saj omogoča tveganju prilagojene premije. Sistem je pravičen, ker v sklad prispevajo vse institucije, tudi tista, za katero bo eventualno treba opraviti izplačilo. Pomanjkljivosti tega sistema sta težavnost izbora ustrezne in pravične metode izračuna in administrativna kompleksnost sistema. Poglavitna prednost sistema *ex post* je, da spodbuja banke, da nadzorujejo aktivnosti drugih bank, hkrati pa bankam ni treba zagotavljati sredstev, če do propada banke ne pride. Bistvena pomanjkljivost je dejstvo, da ob pojavu potrebe po izplačilu sredstva niso takoj na voljo.<sup>55</sup> Naenkrat je treba zbrati ogromno količino sredstev, namesto da bi bilo njihovo zbiranje enakomerno razporejeno skozi daljše časovno obdobje.<sup>56</sup> To lahko povzroča zamude pri izplačilu in privede do učinka domin (propada več bank), naknadne prenovitve pogojev izplačila ali celo propada sheme.<sup>57</sup>

Osnova za vplačila v shemo so navadno vsi depoziti, podvrženi zavarovanju.<sup>58</sup> Vplačila v shemo so lahko izvršena po enotni stopnji ali pa so prilagojena tveganju. Druga oblika je pravičnejša, a hkrati tudi bolj zapletena. Enostavnejša je v sistemu financiranja *ex ante*. Njena uporaba v sistemu *ex post* bi bila zelo težavna, morda

<sup>51</sup> MacDonald, str. 17–18.

<sup>52</sup> Carmassi, Luchetti in Micossi, str. 23.

<sup>53</sup> MacDonald, str. 15.

<sup>54</sup> Več v Ahtik (2012, Jamstvo za vloge v EU: kako ...), str. 35–41.

<sup>55</sup> Bernet in Walter, str. 36–37.

<sup>56</sup> MacDonald, str. 18–19.

<sup>57</sup> Bernet in Walter, str. 36–37.

<sup>58</sup> MacDonald, str. 19.

celo nemogoča, saj bi višino uteži za nazaj težko utemeljili. Uporaba tveganju prilagojenega financiranja shem nadalje zmanjšuje moralni hazard.<sup>59</sup>

Iz opisa depozitnih shem je razvidno, da te nikakor niso namenjene razmeram sistemske krize.<sup>60</sup> Očitno je namreč, da ob propadu več bank sredstva v depozitni shemi ne morejo zadoščati za poplačilo vseh ali velikega dela deponentov v nekem gospodarstvu oziroma v primeru podružničnega čezmejnega poslovanja celo zunaj države, v kateri ima banka sedež.

## 5. Zgodovinski razvoj depozitnih jamstev v svetu in Sloveniji<sup>61</sup>

Depozitno zavarovanje vlog je bilo prvič oblikovano leta 1829 v ZDA, v zvezni državi New York,<sup>62</sup> v večjem obsegu pa so se jamstva za bančne vloge začela pojavljati konec 19. oziroma na začetku 20. stoletja v ZDA na ravni zveznih držav. Depozitno zavarovanje je banke spodbudilo k tveganim naložbam in celo goljufijam, zato so depozitne sheme večinoma kmalu propadle.<sup>63</sup> Prva samostojna država, ki je uvedla depozitno zavarovanje, je bila Češkoslovaška leta 1924. V ZDA pa je bilo jamstvo za vloge na zvezni ravni, uvedeno leta 1934, kot odgovor na veliko bančno krizo in kmalu po ločitvi investicijskega in poslovnega bančništva.<sup>64</sup>

Zaradi pogostosti bančnih kriz je do danes večina držav oblikovala neko obliko jamstva za vloge. V našem prostoru je obstajalo že v času Jugoslavije, z osamosvojitvijo pa je, v skladu s teritorialnim načelom, jamstvo za depozite prevzela Banka Slovenije oziroma Republika Slovenija.<sup>65</sup> Problematiko deviznih varčevalcev Ljubljanske banke na Hrvaškem ter v Bosni in Hercegovini bo po odločitvi Evropskega sodišča za človekove pravice reševal poseben zakon.<sup>66</sup>

<sup>59</sup> Garcia (1999), str. 8.

<sup>60</sup> Ahtik (2010, Jamstvo ...), str. 15.

<sup>61</sup> Povzeto po Ahtik (2012, Jamstvo za vloge v EU: sedanja ...), str. 22–29.

<sup>62</sup> Ribnikar, str. 226–228.

<sup>63</sup> Calomiris in White, str. 164–166.

<sup>64</sup> Ribnikar, str. 226–228.

<sup>65</sup> V 19. členu Ustavnega zakona za izvedbo Temeljne ustavne listine Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 1/91) je določeno: »Za dinarske hranilne vloge in sredstva na tekočih računih občanov, vložena v bankah na ozemlju Republike Slovenije, za katere je do uveljavitve tega zakona jamčila Narodna banka Jugoslavije, prevzame jamstvo Banka Slovenije po stanju na dan uveljavitve tega zakona. Za dinarske hranilne vloge in sredstva na tekočih računih občanov, ki imajo stalno prebivališče na ozemlju Republike Slovenije, vložena v Poštni hranilnici, za katera je do uveljavitve tega zakona jamčila Narodna banka Jugoslavije, prevzame jamstvo Banka Slovenije po stanju na dan uveljavitve tega zakona. Za devize na deviznih računih in deviznih hranilnih knjižicah, vložene v bankah na ozemlju Republike Slovenije, za katere je do uveljavitve tega zakona jamčila SFRJ, prevzame jamstvo Republika Slovenija po stanju na dan uveljavitve tega zakona.«

<sup>66</sup> Predlog Zakona o načinu izvršitve sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi številka 60642/08 je bil sredi junija 2015 v obravnavi v Državnem zboru.

Zakon o bančništvu (ZBan, Uradni list RS, št. 7/1999), ki ureja depozitne sheme in je začel veljati leta 2001, pa je že sledil Direktivi 94/19/ES, s katero je Evropska unija predpisala nekatere značilnosti in minimalne standarde jamstva za vloge.

## 6. Veljavna ureditev depozitnega zavarovanja v Sloveniji

Jamstvo za vloge v Republiki Sloveniji še vedno ureja leta 2006 sprejeti Zakon o bančništvu (ZBan-1),<sup>67</sup> saj maja 2015 sprejeti Zakon o bančništvu (ZBan-2)<sup>68</sup> v prehodnih določbah opredeljuje, da določbe 8. poglavja (to je 310.–317.c člen) ZBan-1 z uveljavitvijo novega zakona ne prenehajo veljati.

ZBan-1 kot vlogo definira skupno stanje vseh terjatev fizičnih oseb, fizičnih oseb, ki samostojno opravljajo dejavnost, samostojnih podjetnikov ali pravnih oseb. Pravna podlaga za vlogo so lahko pogodba o vodenju transakcijskega računa, hranilna vloga, denarni depozit, potrdilo o depozitu oziroma blagajniški zapis, če sta izdana kot imenski vrednostni papir, ali kakršenkoli drug pozitivni saldo, ki je posledica sredstev, ostalih na računu, ali začasnih stanj, ki so posledica običajnih bančnih transakcij, ki jih mora banka vrniti v skladu z veljavnimi zakonskimi in pogodbenimi pogoji, razen terjatev na osnovi izdanih obveznic ali drugih dolžniških vrednostnih papirjev banke. Niso pa zajamčene vloge, ki se glasijo na prinosnika.<sup>69</sup> Prav tako niso zajamčene vloge drugih bank in finančnih družb, ki so jih vložile v svojem imenu in za svoj račun, vloge v zvezi s posli, zaradi katerih je bil imetnik vloge pravnomočno obsojen za kaznivo dejanje pranja denarja, vloge držav, centralnih bank in lokalnih skupnosti ter vloge pravnih oseb, ki so neposredni ali posredni uporabniki državnega ali občinskega proračuna, vloge delničarjev banke, ki imajo najmanj 5-odstotni delež v kapitalu banke ali glasovalnih pravicah, vloge pravnih oseb, ki so podrejene družbe banke, vloge, ki se glede na svoje lastnosti upoštevajo pri izračunu kapitala banke, vloge pravnih oseb, ki so ustrezale oziroma ustrezajo merilom za velike oziroma srednje velike družbe po ZGD-1, in vloge samostojnih podjetnikov, katerih podjetje ustreza merilom za velike oziroma srednje velike družbe po ZGD-1, ter vloge kolektivnih naložbenih podjetij, vključno s podjetji zaprtega tipa, vloge pokojninskih skladov in vloge kritnih skladov zavarovalnic.<sup>70</sup> Opisane izjeme pretežno ustrezajo tistim, ki jih navaja tudi teorija. S seznama izjem so izpuščeni le depoziti članov uprave, nadzornih svetov in njihovih družinskih članov, za katere je novela

<sup>67</sup> Uradni list RS, št. 131/2006, z nadaljnjimi spremembami.

<sup>68</sup> Uradni list RS, št. 25/2015.

<sup>69</sup> Člen 310 ZBan-1.

<sup>70</sup> Člen 311 ZBan-1.

ZBan-1E<sup>71</sup> izjemo odpravila z utemeljitvijo, da »je zaradi skrajševanja rokov za izplačilo vlog potrebno avtomatizirati pripravo in preverjanje seznama zajamčenih vlog oziroma vlagateljev« ter da se uporaba izjem »omeji na tiste, ki procesa ugotavljanja, preverjanja in izplačila zajamčenih vlog ne upočasnijo.«<sup>72</sup>

Naslednje odstopanje od teoretičnih zahtev za oblikovanje kakovostnih depozitnih shem je pri udejanjenju bruto oziroma neto principa obračuna vloge.<sup>73</sup> Slovenski zakon je najprej udejanjal neto princip – vloge so bile zmanjšane za dospel neporavnane terjatve banke do deponenta.<sup>74</sup> Od konca leta 2012 pa se uporablja bruto princip. Sprememba je bila utemeljena s tem, da omogoča »hitrejšo pripravo podatkov, manj pravnih zapletov in večje razumevanje pri vlagateljih«. Nadalje naj ne bi bilo večjih razlik med obsegom neto in bruto vlog.<sup>75, 76</sup> Če torej ob začetku stečaja banke obstaja terjatev banke do imetnika vloge, se za to terjatev do višine 100.000 evrov ne uporabljajo pravila zakona, ki ureja stečaj gospodarskih družb, o pobotu, ki nastane z začetkom stečaja. Zajamčena vloga po tem zakonu je tako stanje vloge posamezne osebe do skupne višine 100.000 evrov na dan začetka stečaja banke.<sup>77</sup>

Obe spremembi, uvedeni v kriznem obdobju, sicer pomenita odstopanje od zasnove optimalne depozitne jamstvene sheme, saj povečujeta moralni hazard. Vendar pa se je s tem, vsaj po mnenju predlagatelja zakona, Ministrstva za finance, povečala odpornost sheme. Spremembi naj bi namreč povečali hitrost izplačila oziroma zaupanje vlagateljev, oboje pa bi lahko preprečilo verjetnost navala na banke.

Ocene iz prejšnjih let sicer kažejo, da imajo upravičene vloge<sup>78</sup> v celotnem obsegu vlog od 70- do 75-odstotni delež, medtem ko je delež kritih vlog<sup>79</sup> v upravičenih vlogah 85-odstoten.<sup>80</sup> Prva številka je primerljiva s povprečjem v

<sup>71</sup> Uradni list RS, št. 79/2010.

<sup>72</sup> Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu – predlog za obravnavo na Vladi RS, EVA: 2010-1611-0018, 23. 6. 2010, str. 51–52.

<sup>73</sup> Direktivi 94/19/ES in 2009/14/ES sta na tem področju državam sicer omogočali diskrecijo.

<sup>74</sup> Člen 310 ZBan-1, v veljavi do 28. 12. 2012.

<sup>75</sup> Ministrstvo za finance je v utemeljitvi sprememb ugotovilo, da so imeli 31. 12. 2011 deponenti, katerih vloge so zajamčene, skupaj za 17.620.418 tisoč evrov »bruto« vlog in 17.603.919 tisoč evrov »neto« vlog. Zajamčene vloge (neto vloga vlagatelja do višine 100.000 evrov) pa so znašale 14.901.208 tisoč evrov. Obseg bruto vlog je bil torej le za 0,09 odstotka večji od obsega neto vlog (Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu – predlog za obravnavo na Vladi RS, EVA: 2012-1611-0147, 21. 9. 2012, str. 52).

<sup>76</sup> Prav tam.

<sup>77</sup> Člen 310 ZBan-1.

<sup>78</sup> Vloge, ki niso izključene iz zaščite. Več v naslednji točki.

<sup>79</sup> Upravičene vloge, ki ne presegajo opredeljenje stopnje kritja (100.000 evrov). Več v naslednji točki.

<sup>80</sup> Cannas, str. 11–12.

Evropski uniji, medtem ko je druga od povprečja višja za kar 18 odstotnih točk, saj imajo višji delež samo kriti depoziti na Slovaškem.<sup>81</sup> Slovenski depoziti so torej po obsegu skromnejši kot v drugih državah ali pa so bolj razporejeni med bankami – subjekti, ki imajo zneske višje od 100.000 evrov, jih torej razdelijo med več bank, da si tako zagotovijo kritje za večji obseg sredstev.

Za izplačilo zajamčene vloge pri banki, nad katero je bil začet stečajni postopek, do stanja vloge v višini 100.000 evrov<sup>82</sup> jamčijo banke s sedežem v Republiki Sloveniji.<sup>83</sup> Pogoj za izplačilo vlog iz jamstvene sheme je torej začetek stečajnega postopka. Ta se začne na predlog Banke Slovenije, ki ga mora ta vložiti na dan izdaje odločbe o ugotovitvi pogojev<sup>84</sup> za začetek stečajnega postopka.<sup>85</sup> Sodišče pa mora najpozneje naslednji delovni dan od prejema predloga Banke Slovenije izdati sklep o začetku stečajnega postopka.<sup>86</sup> Banka Slovenije takoj po začetku stečajnega postopka javno objavi obvestilo vlagateljem o stečaju in pogojih za uveljavljanje pravice do izplačila zajamčene vloge.<sup>87</sup> Zakon nalaga obveznosti, povezane z jamstveno shemo, tudi službi bančne notranje revizije. Ta mora, če pri pregledu poslovanja ugotovi, da lahko zaradi neustreznega poslovanja banke nastopi možnost aktiviranja jamstva za zajamčene vloge, o tem obvestiti upravo banke, če ta ne ukrepa, pa tudi nadzorni svet. Če ne ukrepa nobeden od njiju, mora obvestiti Banko Slovenije.<sup>88</sup>

Posamezna banka jamči za izplačilo zajamčenih vlog pri drugi banki v obsegu, ki je enak deležu, kakršnega ima glede na vsoto zajamčenih vlog pri vseh bankah, zmanjšano za vsoto zajamčenih vlog, ki so predmet jamstva, vsota zajamčenih vlog pri tej banki.<sup>89</sup> S ciljem pravočasnega izplačila mora imeti banka del sredstev naloženih v likvidne finančne instrumente. Njihov obseg mora zajemati vsaj

<sup>81</sup> Prav tam.

<sup>82</sup> Od 20. 11. 2008 do 31. 12. 2010 je jamstvo nad zneskom 100.000 evrov za neto vloge fizičnih oseb in mikro ter malih podjetij zagotavljala Republika Slovenija.

<sup>83</sup> Člen 313 ZBan-1.

<sup>84</sup> Člen 320 ZBan-1 določa: »Banka Slovenije izda odločbo o ugotovitvi pogojev za začetek stečajnega postopka: 1. če pri opravljanju nadzora nad banko ugotovi, da premoženje banke ne zadošča za poplačilo vseh terjatev upnikov banke ali da banka ni sposobna tekoče izpolnjevati svojih zapadlih obveznosti in 2. če oceni, da z izrednimi ukrepi v banki ni mogoče odpraviti razlogov iz 1. točke tega odstavka ali če se v času trajanja izrednih ukrepov položaj v banki ni izboljšal in banka kljub izrednim ukrepom ni odpravila razlogov iz 1. točke tega odstavka.«

<sup>85</sup> V skladu s 309.a členom ZBan-1 je odločba o ugotovitvi pogojev za začetek stečajnega postopka (oziroma ustrezna odločba pristojnega organa druge države) pogoj, da dospel vloga, ki bi morala biti na zahtevo vlagatelja izplačana, a ni bila izplačana v skladu z veljavnimi zakonskimi in pogodbenimi pogoji, obvelja za neizplačljivo. Dan, ko je vloga postala neizplačljiva, je dan izdaje tovrstne odločbe.

<sup>86</sup> Člen 322 ZBan-1.

<sup>87</sup> Člen 314a ZBan-1.

<sup>88</sup> Člen 145 ZBan-2.

<sup>89</sup> Člen 313 ZBan-1.

2,2 odstotka zajamčenih vlog posamezne banke, banka pa jih ne sme vključiti med ustrezna finančna sredstva pri izračunu likvidnostne pozicije oziroma količnikov likvidnosti ali jih dati v zavarovanje.<sup>90</sup> Banka mora Banki Slovenije poročati o znesku vseh vlog, neto vlog, zajamčenih vlog in številu vlagateljev, katerih vloge so zajamčene.<sup>91</sup> V uporabi je torej shema *ex post*,<sup>92</sup> ki ima kar nekaj slabosti,<sup>93</sup> kar je bil tudi razlog, da je Direktiva 2014/49/EU<sup>94</sup> (roki za njeno implementacijo sicer še niso v celoti potekli) uveljavila obvezno uvedbo shem *ex ante*.

Ob aktivaciji jamstva Banka Slovenije naloži bankam, da vplačajo ustrezen del sredstev, potrebnih za izplačilo zajamčenih vlog.<sup>95</sup> Če banke s sedežem v Republiki Sloveniji ne morejo pravočasno zagotoviti zadostnih sredstev za izplačilo zajamčenih vlog, sredstva začasno zagotovi Republika Slovenija, banke pa ji jih morajo pozneje vrniti. Pogoji, način in roki vračila se opredelijo s pogodbo.<sup>96</sup>

Hkrati z odločbo o ugotovitvi pogojev za začetek stečajnega postopka Banka Slovenije imenuje tudi banko, ki bo prevzela posle banke v stečaju v zvezi z izplačilom zajamčenih vlog (t. i. banka prevzemnica).<sup>97</sup> Ta banka mora začeti z izplačili najpozneje dvajseti dan po začetku stečajnega postopka.<sup>98</sup> Banke so upravičene do vračila sredstev, ki so jih izplačale deponentom. Sredstva iz stečajne mase se poplačajo v sorazmerju z višino sredstev, ki so jih banke vplačale.<sup>99</sup>

V primeru združitve bank morajo banke, ki se združujejo, svoje vlagatelje pred vpisom združitve v register obvestiti o tem, da bodo zaradi združitve njihove skupne vloge mogoče presegle znesek zajamčene vloge. Deponenti imajo pravice, ki so povezane s soglasji za spremembo dolžnika v pogodbenih razmerjih. Med njimi sta npr. pravica predčasne razveze pogodbe in pravica, da se v primeru predčasne razveze pogodbe deponentova vloga obrestuje po prvotno določeni obrestni meri. Banka mora deponente opozoriti na te pravice in na rok za uveljavitev teh pravic.<sup>100</sup>

V skladu z evropsko zakonodajo in priporočili baselskega odbora se v primeru čezmejnega poslovanja bank uporabljajo naslednja pravila: podružnica kreditne

<sup>90</sup> Člena 312 in 314 ZBan-1, 7. in 8. člen Sklepa o sistemu jamstva za vloge.

<sup>91</sup> Člen 311a ZBan-1.

<sup>92</sup> V Evropski uniji imajo *ex post* ureditev še Italija, Luksemburg, Avstrija in Združeno kraljestvo.

<sup>93</sup> Opisane so bile v 3. poglavju.

<sup>94</sup> Uradni list EU, L 173.

<sup>95</sup> Člen 316 ZBan-1.

<sup>96</sup> Člen 313 ZBan-1.

<sup>97</sup> Člen 321 ZBan-1.

<sup>98</sup> Člen 10a Sklepa o sistemu jamstva za vloge.

<sup>99</sup> Člen 317 ZBan-1.

<sup>100</sup> Člen 5 Sklepa o sistemu jamstva za vloge.

institucije v Sloveniji je vključena v shemo matične države, podružnica slovenske institucije pa v slovensko jamstveno shemo. Hčerinske banke so samostojne pravne osebe in so zato vključene v shemo države, v kateri imajo sedež.<sup>101</sup>

## 7. Ureditev po Direktivi 2014/49/EU

Jamstvo za vloge je zgolj eden od številnih institutov, ki so bili spremenjeni zaradi finančne krize. V strukturi t. i. varnostne mreže (bančni nadzor in regulacija, reševanje bank v težavah in depozitna jamstva) je le eden od elementov, ki potrebujejo podobno prilagoditev kot drugi deli mreže. Ti so bili večinoma že oblikovani na evropski ravni,<sup>102</sup> medtem ko ureditve depozitnih jamstev na evropski ravni še ni, očitno pa je tudi še nekaj časa ne bo, saj za vzpostavitev vseevropske jamstvene sheme za zdaj še ni bilo soglasja. Vsaka sprememba direktive o depozitnih shemah sicer prinaša višjo raven harmonizacije. Morda bodo postopne spremembe vendarle pripeljale do ureditve, pri kateri bodo vsi trije deli bančne varnostne mreže oblikovani na isti, nadnacionalni ravni. Poročilo petih predsednikov,<sup>103</sup> objavljeno junija 2015, sicer predvideva, da naj bi bil dogovor o skupnem sistemu zajamčenih vlog sprejet do konca junija 2017.<sup>104</sup>

Direktiva 2014/49/EU v slovensko zakonodajo še ni bila prenesena,<sup>105</sup> saj je predviden sprejem posebnega zakona, ki bo urejal sistem jamstva za vloge v okviru postopkov reševanja in prenehanja bank. Direktiva uvaja številne spremembe, od katerih mnoge vplivajo na raven varstva potrošnikov.

Obseg kritja je med državami harmoniziran, prav tako je zdaj natančno določeno, kateri depoziti in kateri deponenti so v jamstvo vključeni. Jamstvo zdaj pokriva vsa nefinančna podjetja, ne glede na njihovo velikost. Ta ureditev je sicer v nasprotju s prej predstavljenimi načeli dobrih jamstvenih shem, vendar je normodajalec očitno ocenil, da ne bo spremenila pozornosti, s katero podjetja spremljajo poslovanje bank.

Izvzeti pa ostajajo vloge drugih kreditnih institucij, kapital, vloge, ki izhajajo iz transakcij, v zvezi s katerimi je bila izrečena kazenska obsodba zaradi pranja denarja, vloge finančnih institucij, vloge investicijskih podjetij, vloge, katerih

<sup>101</sup> Več v Ahtik (2012, Jamstvo za vloge v EU: kako ...), str. 35–41.

<sup>102</sup> Enotni nadzorni mehanizem (*Single Supervisory Mechanism*) in enotni reševalni mehanizem (*Single Resolution Mechanism*).

<sup>103</sup> Jean-Claude Juncker, Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi in Martin Schulz.

<sup>104</sup> Poročilo petih predsednikov vsebuje načrt za okrepitev evropske ekonomske in monetarne unije, ki naj bi se začel izvajati 1. julija 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5240\\_sl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5240_sl.htm) (24. 6. 2015).

<sup>105</sup> Sprva je bilo predvideno, da se direktiva v slovenski pravni red prenese z ZBan-2, a je prevladala odločitev za specialni zakon.



lastnik ni bil nikoli identificiran, vloge zavarovalnic in pozavarovalnic, vloge kolektivnih naložbenih podjetij, vloge pokojninskih in rentnih skladov, vloge javnih organov in dolžniški vrednostni papirji kreditne institucije ter obveznosti iz lastnih akceptov in menic.<sup>106</sup> Direktiva daje državam le malo diskrecije pri določanju izjem od neupravičenih vlog.<sup>107</sup> Jamstvo je harmonizirano pri 100.000 evrih, izjemoma so lahko krajši čas zaščitene tudi višje vloge (npr. vloge, ki izhajajo iz stanovanjskih transakcij, vloge, namenjene socialnim vidikom).<sup>108</sup>

Sheme bodo nadalje morale skrajšati roke za izplačilo vlog na sedem dni. Določeno je sicer prehodno obdobje, saj mora biti sedemdnevni rok dosežen šele leta 2024. Od leta 2019 naprej bo rok za izplačilo petnajst dni, od leta 2021 deset dni, od leta 2024 pa sedem dni.<sup>109</sup> Postopna vpeljava skrajšanih rokov je kompromis med ciljem zagotavljanja čim bolj učinkovitega varstva potrošnikov in prilagodljivostjo shem. Te bodo morale imeti izoblikovane zelo natančne plane ravnanja, saj z izplačili praktičnih izkušenj skorajda ni.<sup>110</sup>

Položaj potrošnikov bo olajšan tudi v primeru izplačil zaradi stečaja podružnice, ki je sicer članica sheme v državi matične banke. Direktiva namreč predvideva, da deponenti svoje pravice uveljavljajo pri lokalni shemi, in ne več neposredno pri shemi, pri kateri so njihovi depoziti zavarovani. Lokalna shema pa potem naprej ureja odnose s shemo v domači državi podružnice. Sheme različnih držav članic bodo torej morale med seboj sodelovati.<sup>111</sup>

V skladu z zahtevami nove direktive morajo banke potrošnikom zagotoviti večji obseg informacij o depozitnih jamstvih kot prej. Banke morajo deponente obveščati prek izpiskov z računov.<sup>112</sup> Ker je poznavanje delovanja in karakteristik depozitnih jamstvenih shem skromno, bi bilo treba opravljati redne analize pomanjkljivosti na tem področju in poskušati doseči čim boljše informiranost potrošnikov.<sup>113</sup>

Bistvena sprememba, ki jo prinaša direktiva, je uvedba *ex ante*, na tveganjih utemeljenega financiranja depozitnih jamstvenih shem. Ciljni znesek sredstev v

<sup>106</sup> Člen 5 Direktive 2014/49/EU.

<sup>107</sup> To so npr. vloge malih in srednjih podjetij v zasebnih pokojninskih sistemih ali sistemih poklicnega pokojninskega zavarovanja, vloge v lokalnih organih, katerih letni proračun ne presega 500.000 evrov, ali vloge, ki se lahko v skladu z nacionalnim pravom sprostijo le za poplačilo posojila za zasebne nepremičnine pri kreditni instituciji ali drugi instituciji, v kateri so vloge, izključene iz izplačila iz sistema jamstva za vloge.

<sup>108</sup> Člen 6 Direktive 2014/49/EU.

<sup>109</sup> Člen 8 Direktive 2014/49/EU.

<sup>110</sup> Wruuck, str. 8–9.

<sup>111</sup> Prav tam, str. 9.

<sup>112</sup> Člen 16 Direktive 2014/49/EU.

<sup>113</sup> Wruuck, str. 9.



skladu naj bi obsegal 0,8 odstotka vseh kritih depozitov. Opisani obseg sredstev mora shema doseči v desetih letih. Banke bodo prispevke plačevale vsaj enkrat na leto. Če razpoložljiva finančna sredstva sistema jamstva za vloge ne zadoščajo za izplačilo vlagateljem, morajo banke vplačati izredne prispevke do največ 0,5 odstotka njihovih kritih vlog na koledarsko leto. Sistem jamstva za vloge lahko v izrednih okoliščinah in ob soglasju pristojnega organa zahteva višje prispevke. Če bi plačilo teh prispevkov ogrozilo likvidnost ali solventnost kreditne institucije, je mogoče plačilo v celoti ali deloma odložiti za največ šest mesecev, vendar je mogoč ponoven odlog.<sup>114</sup>

Višina prispevkov se določi na podlagi tveganosti banke, pri čemer pridejo v poštev kriteriji, kot so npr. kapitalska ustreznost, kakovost aktive in likvidnost. Mogoče je določiti tudi minimalno raven prispevkov, ki niso odvisni od tveganja. Prvotni predlog direktive je predpisoval precej natančno metodologijo ugotavljanja tveganju prilagojenih prispevkov članic v sisteme zajamčenih vlog,<sup>115</sup> a je direktiva na koncu odločitev o metodologiji v večji meri prepustila državam članicam. EBA mora sicer pripraviti smernice z metodami izračunov prispevkov,<sup>116</sup> hkrati pa mora država izbrani model financiranja posredovati EBA.<sup>117</sup>

V jamstvenem skladu zbrana sredstva se primarno uporabljajo za poplačilo vlagateljev, lahko pa tudi za financiranje reševanja kreditnih institucij in ukrepe, ki bi utegnili preprečiti njen propad.<sup>118</sup>

Rešitve nove direktive torej v več pogledih izboljšujejo položaj potrošnikov – deponentov v primeru stečaja banke ali hranilnice. Slovenijo implementacija direktive še čaka. Največji izziv bo gotovo uvedba *ex ante* financiranja sheme.

## 8. Sklep

Med razlogi za uvedbo depozitnih jamstvenih shem se najpogosteje omenjata varstvo potrošnikov in ohranjanje finančne stabilnosti. Teža, ki se daje posameznemu cilju, se med državami in v času razlikuje, čeprav analiza pokaže, da sta cilja med seboj skoraj neločljivo povezana.

Ekonomske teorije utemeljujejo potrebo po varstvu potrošnikov na različne načine – s pomanjkanjem informacij, obstojem transakcijskih stroškov in dejanskim ravnanjem potrošnikov. Rešitve, ki jih posamezne teorije ponujajo,

<sup>114</sup> Člen 10 Direktive 2014/49/EU.

<sup>115</sup> Več v Ahtik (2012, Jamstvo za vloge v EU: sedanja ...), str. 22–29.

<sup>116</sup> EBA je smernice (Guidelines on methods for calculating contributions to deposit guarantee schemes – EBA/GL/2015/10) objavila 28. 5. 2015.

<sup>117</sup> Člen 13 Direktive 2014/49/EU.

<sup>118</sup> Člen 11 Direktive 2014/49/EU.

se razlikujejo – v skladu s pogledom prve od njih, informacijske ekonomike, bi zadoščalo, da bi potrošniki imeli dostop do vseh relevantnih informacij. Druga skupina, nova institucionalna ekonomika, meni, da tudi to ne bi zadoščalo, saj transakcijski stroški potrošnikom preprečujejo, da bi se seznanili z vsemi informacijami, četudi so jim te na voljo. V skladu s tretjo, vedenjsko teorijo, pa je vedenje potrošnikov pogosto, če ne celo pretežno, v nasprotju s predvidevanji teorije, čemur se mora prilagoditi tudi regulativa. Ta mora preprečiti pogosto neoptimalne izide tržnih procesov in zaščititi potrošnike. Finančne pogodbe, tudi enostavnejše med njimi, spadajo med bolj zapletene pravne posle, ki pa niso omejeni na strokovnjake, ampak danes zadevajo tako rekoč vsakega posameznika, zato je njihova regulacija nujna. To velja tudi za bančne vloge. Odločitev o izboru banke, ki naj bi ji zaupali svoja sredstva, bi od potrošnikov zahtevala natančno preučitev finančnega stanja posamezne banke. Tovrstna ocena je težavna že za finančnega strokovnjaka, kaj šele za povprečnega potrošnika, ki nima niti vseh potrebnih podatkov. Nujna je torej neka oblika zaščite potrošnika in depozitne jamstvene sheme so se skozi čas izkazale za primerno orodje.

Uvedbo depozitnega jamstva utemeljuje tudi pomen, ki ga imajo naložbe v bančne vloge za deponente na eni strani in za financiranje bank na drugi strani. Ta struktura razkrije tudi pomen obeh ključnih ciljev depozitnih shem – varstva potrošnikov in ohranjanja finančne stabilnosti. Obema ciljema sledijo tudi lastnosti depozitnih shem, ki jih je identificirala literatura. Depozitna shema mora biti praviloma eksplicitna, zaradi močnega javnega interesa državno organizirana, a financirana s strani subjektov, ki so vir tveganja, tj. bank. Prispevki naj se zbirajo vnaprej in naj bodo sorazmerni s tveganostjo posamezne banke. Jamstvo države naj nastopi le izjemoma, ko drugače ni mogoče zagotoviti zaupanja varčevalcev. Številne lastnosti shem so namenjene preprečevanju moralnega hazarda. Članstvo v shemi mora biti obvezno. Zavarovanje, ki ga shema nudi, naj ne bo popolno, prav tako naj bi bile izvzete nekatere vrste depozitov, zlasti od poučenih vlagateljev.

Sedanja ureditev v Sloveniji je v veliki meri v skladu s teoretičnimi zahtevami, čeprav obstaja tudi nekaj odstopanj. Najpomembnejše med njimi – *ex post* financiranje sheme bo odpravljeno z implementacijo nove direktive, ki jo je Evropska unija sprejela v letu 2014. Med krizo, pa tudi z novo ureditvijo v Direktivi 2014/49/EU, je bilo sicer uveljavljenih precej novih odstopanj od prej opisanih načel. Rešitve, kot so uvedba jamstva za bruto vloge, vključitev depozitov nefinančnih gospodarskih družb in razširitev jamstev na člane poslovnih in usmerjevalnih teles banke, so, podobno kot možnost izplačila sredstev pri shemi v državi gostiteljici podružnice namesto pri matični shemi v tujini, namenjene lažjemu uveljavljanju pravic potrošnikov. S krepitvijo zaupanja potrošnikov se

zmanjša tudi možnost navala na banke in krepi finančna stabilnost. S tem sta, sicer na račun krepitve moralnega hazarda, v večji meri dosežena oba poglobljena cilja depozitnih shem. V njihovi ureditvi na ravni Evropske unije pa je v prihodnje še mogoče pričakovati spremembe, ki bodo usmerjene predvsem v oblikovanje depozitnih jamstev na evropski ravni, s čimer bo oblikovanje bančne unije zaključeno.

## Literatura in viri

- AHTIK, Meta, Jamstvo za vloge v finančni krizi. *Pravna praksa*, 2010, letn. 29, št. 23, str. 14–15.
- AHTIK, Meta, Transakcijski stroški v pogodbenem pravu. *Podjetje in delo*, 2010, letn. 36, št. 6-7, str. 1441–1450.
- AHTIK, Meta. Jamstvo za vloge v EU: sedanja ureditev in predlog njenih sprememb. *Bančni vestnik*, 2012, letn. 61, št. 3, str. 22–29.
- AHTIK, Meta, Jamstvo za vloge v EU: kako daleč je evropska jamstvena shema? *Bančni vestnik*, 2012, letn. 61, št. 4, str. 35–41.
- ARDIÇ, Oya Pinar, IBRAHIM, Joyce A., in MYLENKO, Nataliya, Consumer Protection Laws and Regulations in Deposit and Loan Services. A Cross-Country Analysis with a New Data Set. The World Bank. *Policy Research Working Paper* 5536, 2011.
- BAJT, Aleksander, in ŠTIBLAR, Franjo, *Ekonomija – Ekonomska analiza in politika*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- Banka Slovenije: *Poročilo o finančni stabilnosti*, maj 2015.
- BARR, Michael S., MULLAINATHAN, Sendhil, in SHAFIR, Eldar, *Behaviorally Informed Financial Services Regulation*, New America Foundation, 2008, <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=other> (18. 6. 2015).
- BERNET, Beat, in WALTER, Suzana, *Design, structure and implementation of a modern deposit insurance scheme*. SUERF: The European Money and Finance Forum, 2009.
- BIS & IADI: *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*, June 2009.
- CALOMIRIS, Charles W., in WHITE, Eugene M., *The Origins of Federal Deposit Insurance*. V: Calomiris, C. W. (ur.), *U. S. Bank Deregulation in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, str. 164–211.
- CANNAS, Giuseppina, CARIBONI, Jessica, VEISARI, Laleh Kazemi, PAGANO, Andrea, *Updated estimates of EU eligible and covered deposits*. European Commission, Joint Research Centre, 2014.

- CARMASSI, Jacopo, LUCHETTI, Elisabetta, MICOSSI, Stefano, *Overcoming Too-Big-To-Fail, A Regulatory Framework to Limit Moral Hazard and Free Riding in The Financial Sector*. Report of The CEPS-Assonime Task Force on Bank Crisis Resolution, 2010.
- CARTWRIGHT, Peter, *Consumer Protection in Financial Services*. London: Kluwer Law International, 1999.
- COOTER, Robert, ULEN, Thomas, *Ekonomska analiza prava*. Ljubljana: Finance, 2005.
- DEMAESTRI, Edgardo C., KIGUEL, Miguel A., Designing Deposit Insurance, v: Gallindo, A., Izquierdo, A. & Micco, A. (ur.), *Unlocking Credit The Quest for Deep and Stable Bank Lending*, 2005, str. 99–105.
- Direktiva 94/19/ES o sistemih zajamčenih vlog, Uradni list EU L 135.
- Direktiva 2009/14/ES o spremembah Direktive 94/19/ES o sistemih zajamčenih vlog glede stopnje kritja in rokov za izplačilo, Uradni list EU L 68.
- Direktiva 2014/49/EU o sistemih jamstva za vloge, Uradni list EU L 173.
- EBA: *Guidelines on methods for calculating contributions to deposit guarantee schemes*, EBA/GL/2015/10, 28. 5. 2015.
- GARCIA, Gillian G. H., *Deposit Insurance: A Survey of Actual and Best Practices*. IMF WP/99/54.
- GARCIA, Gillian G. H., *Deposit Insurance and Crisis Management*, IMF WP/00/57.
- MACDONALD, Ronald, Deposit Insurance. *Handbooks in Central Banking*, Centre for Central Banking Studies, Bank of England, 1996, št. 9.
- MAJČEN, Vida, POLLICK, Matej, Finančna kriza spreminja jamstvo za vloge v bankah. *Bančni vestnik*, letn. 59, št. 7-8, str. 30–35.
- Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu – predlog za obravnavo na Vladi RS, EVA: 2010-1611-0018, 23. 6. 2010.
- Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu – predlog za obravnavo na Vladi RS, EVA: 2012-1611-0147, 21. 9. 2012.
- RAO, Pinninti Krishna, *The Economics of Transaction Costs, Theory, Methods and Applications*. New York: Palgrave MacMillan, 2003.
- RIBNIKAR, Ivan, Jamstvo za bančne vloge prebivalstva, *Bančni vestnik*, 1989, letn. 38, št. 6, str. 226–228.
- RÜHL, Gisela, Consumer Protection in Choice of Law. *Cornell International Law Journal*, 2011, Vol. 44, str. 569–601.
- Sklep o sistemu jamstva za vloge, Uradni list RS, št. 97/2010, 26/2012, 75/2012 in 29/2013.
- Ustavni zakon za izvedbo Temeljne ustavne listine Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 1/91.

WEBER, Franziska, Harmonization: Consumer Protection. V: Backhaus, J. (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*. New York: Springer, 2014, str. 1–9.

WILLIAMSON, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

WRUUCK, Patricia, *Deposit guarantee reform in Europe: A systemic perspective*. Deutsche Bank Research, December 19, 2014.

Zakon o bančništvu (ZBan), Uradni list RS, št. 7/1999 z nadaljnjimi spremembami.

Zakon o bančništvu (ZBan-1), Uradni list RS, št. 131/2006 z nadaljnjimi spremembami.

Zakon o bančništvu (ZBan-2), Uradni list RS, št. 25/2015.



# Kreditni v švicarskih frankih: čigave so težave?

Boštjan Koritnik

## 1. Uvod

Predvsem v zadnjem času so pridobili krediti v švicarskih frankih oziroma krediti z valutno klavzulo<sup>1</sup> zelo slab sloves, saj so se zaradi zvišanja vrednosti švicarskih frankov v razmerju do evra zvišali obroki uporabnikov teh kreditov (torej vrednost kredita), ki seveda pridobivajo dohodke večinoma v domači valuti evru. Preprosto povedano: z zasluženim evrom lahko kupiš po »podražitvi« valute manj švicarskih frankov, torej moraš dati za enako obveznost kot prej (izraženo v švicarskih frankih) več evrov. Tej posledici je sledila razumljiva slaba volja kreditojemalcev, ki so med drugim banke obtožili, da so se okoristile z njihovo nesrečo oziroma jih celo prevarale.

V tem prispevku bi rad prikazal:

- (sicer znano dejstvo) da so posojila s kreditno klavzulo oziroma v tuji valuti zakonsko predvidena in da sama na sebi torej niso nič nenavadnega;
- da je izbira kredita, vezanega na prav določeno valuto, pogosto stvar (človeški naravi inherentnega) moralnega tveganja (hazarda) potrošnika;
- da so očitki kreditojemalcev, da so se banke okoristile in jih zavajale, vsaj na splošno oziroma za večino primerov neutemeljeni;
- da bi kreditojemalci glede na naravo takega pravnega posla morali pričakovati, da se lahko kaj spremeni tudi njim v škodo in da moramo izhajati iz podmene, da so s svojo poslovno sposobnostjo posledice za njih v nekem trenutku ugodnejše izbire sprejeli.

---

<sup>1</sup> Za potrebe tega prispevka in ob upoštevanju primerljivih posledic obojih bom v nadaljevanju to uporabljal kot sinonim. Enako velja za pojma »kredit« in »posojilo«. »Valutna klavzula je dogovor med pogodbenima strankama, po katerem je predmet denarne obveznosti plačilo določenega števila denarnih enot, izraženih v tuji valuti, ali pa ob sklenitvi pogodbe nedoločenega števila denarnih enot v domači valuti v vrednosti (po tečaju) določene količine denarnih enot, izraženih v tuji valuti, na dan izpolnitve.« Glej Plavšak, str. 514, tudi glede delitve med pristne in nepristne valutne terjatve (obveznosti).

Presenetljivo pa je, da kljub tem slabim izkušnjam ni povečanega zanimanja za konverzijo sedanjih evrskih kreditov z variabilno obrestno mero v takšne s fiksno obrestno mero.

## 2. »Zavedeni in ohranjeni v škodljivem produktu«?

Slovenski kreditojemalci, predvsem tisti iz Združenja Frank,<sup>2</sup> trdijo, da so bili s strani bank kršeni Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot)<sup>3</sup> in Obligacijski zakonik (OZ).<sup>4</sup> Njihove trditve lahko povzamemo v tri skupine: dogajanje pred sklenitvijo pogodbe, trditve glede same pogodbe in pa dogajanje po sklenitvi pogodbe (nekateri argumenti so seveda med temi skupinami »deljeni«).

Pred sklenitvijo kreditne pogodbe naj bi (bilo) sporno, da je kredit v švicarskih frankih (oziroma kredit z valutno klavzulo) »škodljiv produkt, izvedeni finančni instrument, ki ga kreditojemalcem sploh ne bi smeli ponujati«. <sup>5</sup> Nadalje »varnost kreditov« ni bila tolikšna, kakršno so (»upravičeno«) pričakovali, <sup>6</sup> pri čemer ni povsem jasno, kaj sploh pomeni »varnost kredita«. Domnevam, da gre za pričakovanje, da se (sprejeto) valutno tveganje ne bo uresničilo. Bankam pa se očita tudi, da zavarovanja pred valutnim tveganjem<sup>7</sup> fizičnim osebam niso ponujale, temveč so posameznike, ki so sami izrecno spraševali za to možnost, »celo prepričale, da zavarovanje ni potrebno«. <sup>8</sup>

S samo kreditno pogodbo naj bi bilo po mnenju prizadetih kreditojemalcev narobe to, da »pogodbeni pogoji niso bili razumljivi«, kar da je posledica zavajajočega oglaševanja in trženja. <sup>9</sup> V pritožbah komitentov se največkrat pojavlja očitok, da komitenti »niso bili (na ustrezen način) opozorjeni na valutno tveganje<sup>10</sup> oziroma so bili opozorjeni na možnost spreminjanja višine anuitete, pa jih banke niso opozorile na možnost tako drastičnega povečanja«. Ob tem bankam očitajo,

<sup>2</sup> Glej tudi Pestar, str. 12, in <https://www.zdruzenje-frank.si/> (1. 10. 2015) ter dokumentacijo, pridobljeno iz pritožbenih postopkov.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 98/2004 – UPB, 114/2006 – ZUE, 126/2007, 86/2009, 78/2011, 38/2014 in 19/2015.

<sup>4</sup> Uradni list RS, št. 40/2007 – UPB1.

<sup>5</sup> Pestar, str. 12, in <https://www.zdruzenje-frank.si/> (1. 10. 2015) ter dokumentacija, pridobljena iz pritožbenih postopkov.

<sup>6</sup> Prav tam.

<sup>7</sup> Instrument valutne oziroma obrestne kapice banke večinoma ponujajo pravnim osebam, gre pa v tem primeru za izvedeni finančni instrument. Razloga, zakaj ga ne ponujajo fizičnim osebam, sta kompleksnost instrumenta in njegova cena.

<sup>8</sup> Pestar, str. 12, in <https://www.zdruzenje-frank.si/> (1. 10. 2015) ter dokumentacija, pridobljena iz pritožbenih postopkov.

<sup>9</sup> Prav tam.

<sup>10</sup> Dokumentacija, pridobljena iz pritožbenih postopkov.



da so imele samo one »možnost zavarovati svojo valutno izpostavljenost« (»za banke tveganja ni bilo«), kar naj bi kazalo na »veliko neravnotežje v pravicah pogodbenih strank v škodo potrošnika«. <sup>11</sup>

Za čas po sklenitvi kreditne pogodbe pa kreditorejmalci bankam očitajo, da naj kreditorejmalcev ne bi sprotno obveščale o dogajanjih na finančnih trgih, ki imajo vpliv na njihov kredit, <sup>12</sup> hkrati pa da so same leta 2008, po opozorilu Banke Slovenije, vse svoje pozicije v švicarskih frankih pretvorile v evre, »potrošnike kreditorejmalcev« pa »še naprej vztrajno prepričevale«, da so krediti v švicarskih frankih varni. <sup>13</sup>

Od domnevnih 10.000 kreditorejmalcev v Sloveniji se je Združenju Frank »prijedružilo oziroma oglasilo« že skoraj 4.000 članov ali podpornikov, ki so večinoma prizadeti kreditorejmalci, <sup>14</sup> zanimiv pa je odgovor soustanoviteljice Združenja Frank Alje Pestar <sup>15</sup> na domnevno označbo teh kreditorejmalcev za špekulante, tj. da še nihče od teh »ni omenil ali priznal, da bi bilo z dolgoročnim stanovanjskim kreditom mogoče zaslužiti«. <sup>16</sup> Bistvo je seveda v definiciji zaslužka, ki pa ni zgolj prirastek glede na vložek, temveč tudi manjši strošek, torej prihranek glede na siceršnje stanje.

### 3. Denarna obveznost v tuji valuti in valutna klavzula

Po naravi stvari je lahko predmet obveznosti vsota denarja v tuji valuti, <sup>17</sup> v skladu z načelom monetarnega nominalizma pa mora dolжник plačati tisto število denarnih enot, na katero se glasi obveznost. <sup>18</sup> Da je bila v nekatere kreditne pogodbe vključena valutna klavzula, ne more biti sporno. OZ namreč v 372. členu (Valorizacija denarnih obveznosti) določa, da se pogodbeni stranki »lahko dogovorita, da se višina dolžnikove denarne obveznosti določi glede na [...] gibanje tečaja tuje valute (valutna klavzula), [...] če ni takšen dogovor v nasprotju z zakonom«. <sup>19</sup> V OZ sta izrecno predvidena celo dva primera, ko se že dogovorjena (*sic!*) cena spremeni zaradi spremembe menjalnega tečaja valut:

- organizator potovanja sme zahtevati zvišanje dogovorjene cene v primeru, »če je po sklenitvi pogodbe prišlo do spremembe v menjalnem tečaju valute«; <sup>20</sup>

<sup>11</sup> Pestar, str. 12.

<sup>12</sup> Dokumentacija, pridobljena iz pritožbenih postopkov.

<sup>13</sup> Pestar, str. 12.

<sup>14</sup> Prav tam.

<sup>15</sup> <https://www.zdruzenje-frank.si/vprasanja-in-odgovori/> (2. 10. 2015).

<sup>16</sup> Pestar, str. 12.

<sup>17</sup> Glej 34. člen OZ.

<sup>18</sup> »[Č]e se upnik in dolжник v skladu z zakonom ne dogovorita drugače.« Člen 371 OZ.

<sup>19</sup> Prvi odstavek 372. člena OZ. Gre za enega od dveh izrecno predvidenih primerov.

<sup>20</sup> Prvi odstavek 900. člena OZ.

- gostinec pa ne sme spremeniti dogovorjenih cen, če o tem ne obvesti turistične agencije najmanj šest mesecev vnaprej, »razen če se spremeni menjalni tečaj valut, ki vplivajo na dogovorjeno ceno«.<sup>21</sup>

Osnovno načelo obligacijskega prava je dolžnost izpolnitve obveznosti (*pacta sunt servanda*).<sup>22</sup> Bistvo pravnega posla je v zagotovitvi izpolnitve prevzete pravne obveznosti. Če sta se torej dve stranki dogovorili za kreditno pogodbo z izplačilom denarne vrednosti v tuji valuti oziroma z valutno klavzulo, je dogovorjeno treba izpolniti.

Res pa je, da temu osnovnemu načelu obligacijskega prava »konkurirata« zlasti načelo ekvivalentnosti dajatev, načelo vestnosti in poštenja ter načelo pravičnosti.<sup>23</sup> Izhajajoč iz teh načel se je prav tako ugovarjalo sklenjenim kreditnim pogodbam v švicarskih frankih oziroma z valutno klavzulo v švicarskih frankih.

Se pa v našem pravnem redu »pretirana strogost« načela *pacta sunt servanda* relativizira (»rahlja«) z institutom spremenjenih okoliščin (*rebus sic stantibus*): zaradi spremenjenih razmer se lahko povsem izjalovi prvotni pogodbeni namen ali pa postane pogodbeni obveznost ene stranke tako težavna, da ne bi bilo pravično vztrajati pri njeni izpolnitvi.<sup>24</sup>

S strani prizadetih kreditojemalcev so se pojavljala tudi sklicevanja na klavzulo spremenjenih okoliščin, češ da so se okoliščine iz časa ob sklenitvi pogodbe tako spremenile, da so povzročile neustrezno, nepošteno zvišanje obveznosti. **A valutna klavzula je v osnovi ravno predvidevanje pogodbenih strank, da se bodo okoliščine (vrednost valut oziroma menjalno razmerje med valutami) ob sklenitvi pogodbe po sklenitvi pogodbe spremenile, in njihova izrecna želja, da to v pogodbi posebej uredijo.**<sup>25</sup> Tudi sicer vsaka dlje časa trajajoča pogodba vsebuje tveganje, stranki pa se s podpisom zavežeta k izpolnitvi ne glede na ta tveganja. Običajno poslovno tveganje nikoli ne more biti podlaga izpodbijanja, kar izhaja iz 114. člena OZ, ki določa, da upošteva sodišče pri presoji zahteve za razvezo oziroma spremembo pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin »tveganja, ki so za pogodbene stranke v poslovnem prometu običajna pri izpolnjevanju pogodb iste vrste«. Pri kreditnih pogodbah z valutno klavzulo oziroma v tuji valuti pa je valutno tveganje brez dvoma običajno poslovno tveganje.

Ključno je tako vprašanje, zakaj je kreditojemalec sklenil kreditno pogodbo, pri kateri se v tako veliki meri ne zaveda višine svoje bodoče obveznosti.

<sup>21</sup> Prvi odstavek 917. člena OZ.

<sup>22</sup> Člen 9 OZ.

<sup>23</sup> Dolenc, nav. delo, str. 594.

<sup>24</sup> Prav tam, str. 599.

<sup>25</sup> Podobno prav tam, str. 594.

## 4. Švicarski frank in moralno tveganje

V tem pogledu pomembni dejstvi sta: na švicarske franke vezani krediti so bili v nekem trenutku s strani javnosti percipirani kot ugodnejši (tudi zato, ker so bili v nekem obdobju ob neupoštevanju tveganja in zgolj »matematično gledano« res ugodnejši<sup>26</sup>), pojem »švicarski frank« pa tudi sicer ni budil negativnih občutkov. Tudi kreditorejmalci v svojih pritožbah pogosto izpostavljajo, da jim je bilo s strani banke predstavljeno, da sta evro in frank stabilni valuti ter da imata Švica in EU močni gospodarstvi.<sup>27</sup>

Švicarski frank naj bi bil namreč »zelo varna« valuta, saj so švicarske banke pojem kakovosti in varnosti,<sup>28</sup> kar bi lahko rekli, da velja tudi za Švico kot državo.<sup>29</sup> To navsezadnje odraža tudi trditev z začetka tisočletja, da naj bi »[k]ot vedno ob povečanem globalnem tveganju [...] največ pridobil švicarski frank«.<sup>30</sup> Čeprav je hkrati res, da ima razmerje med količino švicarskih frankov v obtoku in potrebami države Švice res velik razkorak, saj se v času krize v švicarski frank zatekajo številni investitorji, ki sicer s Švico nimajo ničesar skupnega – se pa lahko tudi to varno zatočišče hitro spremeni, tudi čez noč.<sup>31</sup>

V skladu s tem bi, če nekoliko poenostavim, lahko rekli, da pred desetimi leti (še) ni bilo razloga za preobrat od (podzavestne) afinitete do švicarskega franka, saj je »trdnost in varnost valute« nekaj pozitivnega, z vidika psihologije pa je

<sup>26</sup> Drugo vprašanje pa je, kolikšen del te percepcije lahko pripišemo trženju banke, kolikšen del pa ignoranci potrošnika do neke potencialne grožnje v prihodnosti. Domnevamo lahko, da je banka na eni strani želela prodati produkt (ključno je po mojem to, da bi pri tem in evrskem kreditu prodala, torej težko izpeljujemo sklepanje na to, da je bistveno manj agresivno tržila evrskega), na drugi strani pa vemo, da s(m)o ljudje pogosto bistveno bolj nagnjeni k trenutnemu užitku (beri: večjemu izplenu, nižji ceni itd.) v primerjavi z neko pogojno, morebitno in v prihodnost odloženo bolečino (beri: nižji izplen, višja cena itd.). Če odmislimo skrajne primere, je v večini primerov krivda neke vmes, zato je ključno oceniti, ali bi potrošnik mogel in moral vedeti, v kaj se spušča tudi ne glede na agresivno trženje s strani banke. Seveda pa se vse spremeni, če lahko potrošnik v konkretnem primeru dokaže recimo namerno zavajanje in prevaro.

<sup>27</sup> Dokumentacija, pridobljena iz pritožbenih postopkov.

<sup>28</sup> Tudi bančno zavarovalništvo, ki nekako združuje funkcijo banke in ponudnika zavarovanj (torej instrumenta za večanje varnosti), se je – po obdobju Beneške republike v 12. stoletju – recimo najprej pojavilo prav v Švici. Vir: Gliha, str. 7 in 11.

<sup>29</sup> Nekoliko za šalo, a celo računovodske izkaze Banke Slovenije za leto 2003 – ko težav s posojili v švicarskih frankih še ni bilo na vidiku – so v družbi PwC revidirali v skladu z mednarodnimi revizijskimi standardi in »standardi, ki jih je sprejelo švicarsko strokovno združenje«. Vir: Banka Slovenije (2003), str. 74.

<sup>30</sup> Podergajs, str. 56. Enako ECB (2004a), str. 83. Poudaril B. K. Kot zanimivost, takrat, leta 2001, se je vrednost švicarskega franka v razmerju do evra gibala okrog ravni 1,51 evra za frank. Za gibanje v obdobju med letom 2001 (povprečno 1,5105) in majem 2004 (1,5400) glej recimo ECB (2004b), str. 139.

<sup>31</sup> Rozman.

pričakovano, da smo raje vpleteni v nekaj, npr. kreditno pogodbo, ki vsebuje za naše uho (razumevanje) pozitivne elemente, sploh ob vizualizaciji zaželenih lastnih nepremičnin (katere nakup nam sklenjena kreditna pogodba omogoča). Se pa mnogi potrošniki – glede na pogostost in različne oblike recimo spletnih prevar<sup>32</sup> – očitno prav ob tem »prividu bližnje realizacije želja« prepogosto ne zavedajo spremenljivosti razmer (maja letos, ker je ravno govor o švicarskih frankih, se je končala tudi že prav (tradicionalna in splošna) pojmovna bančna tajnost švicarskih bank<sup>33</sup>) in nujne previdnosti.

Dober kazalnik tega je recimo dejstvo, da je v Veliki Britaniji samo v letu 2014 prebivalstvo zaradi prevar pri spletnih zmenkarijah izgubilo 47,5 milijona evrov,<sup>34</sup> saj presoja okoliščin in lastnega ravnanja ob visoki stopnji želje po sprejetosti in partnerstvu pač ni najboljša.<sup>35</sup> Za Slovence pa je še posebej značilno, da si nepremičnine, ki bi ji lahko rekli »moja«, neizmerno želimo,<sup>36</sup> podobno kot si (boljše?) družbe želijo Britanci. Torej bi lahko rekli, da smo čustveno nagnjeni h kdaj preveč lahkovernemu sledenju našim željam.

Ob tem je posamezniku prepogosto težko razumljivo, da je lahko nekaj sicer pozitivnega v posebnih okoliščinah negativno in da ima lahko recimo dvig vrednosti valute, na katero je vezana njegova kreditna pogodba (»z njim povezane valute«), ki je kot dvig po naravi stvari pozitiven, zanj negativne posledice. To je dejstvo, sploh ob sicer nizki stopnji finančne pismenosti Slovencev.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Glej recimo [www.policija.si/index.php/preventiva-/preventiva/5811-goljufije-pri-nakup-rablje-nih-vozil-policija-opozarja](http://www.policija.si/index.php/preventiva-/preventiva/5811-goljufije-pri-nakup-rablje-nih-vozil-policija-opozarja) (22. 8. 2015).

<sup>33</sup> Bančna tajnost švicarskih bank je »nedvomno veljala kot globalni sinonim varovanja zaupnosti podatkov o bančnih komitentih«. EU in švicarska zvezna vlada sta namreč 27. maja 2015 podpisali sporazum o avtomatični izmenjavi podatkov v zvezi z davčnimi zadevami. »S tem je bilo konec bančne tajnosti, kot jo je poznal švicarski zvezni Bančni zakonik. Ta je omejeval posredovanje bančnih informacij strank ne le tujim davčnim in drugim organom, pač pa tudi švicarskim.« Vir: Merc, str. 6.

<sup>34</sup> Po izvirnem viru 34 milijonov britanskih funtov. Pri preračunu zneskov iz britanskih funtov (GBP) v evre (EUR) je uporabljen referenčni tečaj ECB z dne 14. avgusta 2015, in sicer 1 EUR = 0,71450 GBP. [www.bsi.si/podatki/tec-bs.asp](http://www.bsi.si/podatki/tec-bs.asp) (22. 8. 2015).

<sup>35</sup> Glej med viri naveden dokument City of London Police.

<sup>36</sup> Grmek: »Kar 82 odstotkov Slovencev živi v lastnih stanovanjih, kar nas uvršča v vrh razvitejših držav.« Andreja Cirman z Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani sicer meni, da »smo narod lastnikov zaradi razmer, ne zato, ker bi nam bilo lastništvo stanovanja posebna vrednota«, saj da nimamo alternative v obliki kakovostnega trga najemniških stanovanj. Vir: Vsi bi bili ... . Glej tudi med viri naveden dokument Državnega sveta Republike Slovenije.

<sup>37</sup> Glej recimo Mihajlovič. Med vprašanji v raziskavi ni bilo neposredno vezanega na posojila, je pa recimo zanimiva trditev finančnega svetovalca Mitje Vezoviška: »Večina posameznikov tudi ne razume, da je posojilo treba nekoč poravnati, tudi če plačaš zavarovanje posojila; to je namreč namenjeno zaščiti banke.« Vir: prav tam.

Dejstvo je tudi, da bi težko rekli, da gre pri dvigu vrednosti švicarskega franka v primerjavi z domačo valuto za nenavadne razmere, ki jih prebivalci Slovenije nismo vajeni.<sup>38</sup> Tolar je recimo v obdobju med letoma 1994 in 2003 skoraj največ izgubil ravno v razmerju do švicarskega franka.<sup>39</sup> A takrat ta apreciacija švicarskega franka proti domači valuti za veliko večino prebivalstva negativnih posledic jasno ni imela (ker takrat ni bilo tovrstnih kreditov, ki bi se zaradi apreciacije švicarskega franka »podražili«). Kar je v luči poznejših dogodkov – če bi šlo za seznanitev v milejših okvirih kot v zadnjem času, bi se kreditorejmalci seznanili s tveganji z manj posledicami in pozneje ne bi množično sklepali kreditnih pogodb z valutno klavzulo – gotovo obžalovanja vredno dejstvo.

Običajno je pri stabilni valuti tudi obrestna mera nizka, saj je tveganje nižje. S tem se je utemeljevalo, da je Libor nižji od Euriborja, in ta (smiselna) predpostavka je bila vedno izpolnjena. Vendar pa evro ni nemška marka, ki je v razmerju s švicarskim frankom v preteklosti ohranjala stabilno menjalno razmerje oziroma je celo pridobivala, tako da bi lahko rekli, da se pri zadnjih padcih tečaja evra ni veliko spremenilo na strani švicarskega franka – glavni razlog je namreč na strani evra, ki je primerjalno tudi do drugih valut bistveno izgubljal na vrednosti.<sup>40</sup>

Kljub vsemu pa menim, da je bilo ključno dejstvo, da so bila posojila v švicarskih frankih (če nekoliko poenostavim) desetletje bistveno ugodnejša – morda ne ob upoštevanju sprejetega tveganja in njegove cene! – s tem pa so potrošniki »dobivali potrditev«, da se je njihovo tveganje izplačalo. Leta 2007 je bil namreč švicarski frank na praktično zgodovinsko nizkih ravneh,<sup>41</sup> kar kreditorejmalcem ni pomagalo k (varnejši) odločitvi, tj. odločitvi za (v tistem trenutku in okoliščinah manj ugoden) evrski kredit.

Že omenjeno moralno tveganje, ko človek zavestno sprejme neko tveganje (ne sicer v igralnici) v zameno za dobiček, se je tudi vmes potrdilo, saj so kreditorejmalci, ki jih je prizadelo zvišanje vrednosti švicarskega franka v razmerju do evra, to prenesli in se ob upanju na vnovični obrat niso odločili za

<sup>38</sup> Mimogrede, za Hrvate bi še lažje rekli, da se zaradi menjav hrvaških kun v evre dobro zavedajo teh menjav, ki se jih mi od leta 2007 in sprejema evra vseeno manj.

<sup>39</sup> Za približno 40 odstotkov. »Največja deprecijacija je bila [v obdobju 1994–2003] zabeležena nasproti britanskemu funtu, s približno enakim odstotkom pa sledijo češka krona, švicarski frank in ameriški dolar.« Vir: Flere.

<sup>40</sup> Rozman. Evrskemu območju se je pač pridružilo preveč »nestabilnih« držav, Nemčija pa je bila le ena sama »stabilna« država. Zato evro ni ohranil stabilnosti, kot je bila v preteklosti značilna za nemško marko.

<sup>41</sup> Glej recimo Belak, str. 21: »[...] V obdobju od januarja 1999 do januarja 2011. 1 EUR = 1,6803 je [...] direktna kotacija švicarskega franka v enoti tujega denarja, ki je v tem primeru evro, je pa tudi najvišja vrednost deviznega tečaja in hkrati najnižja vrednost švicarskega franka v teh letih, in sicer oktobra 2007.«

konverzijo v kredit v evrih. S čimer seveda znova zavestno sprejemajo tveganje, kar je njihova legitimna (poslovna/potrošniška) odločitev (in s tem sklenjen cikel oziroma krog moralnega tveganja). Ne velja pa seveda to za primere, ko so kreditorejmalci po novih (zaostrenih) kreditnih pogojih kreditno nesposobni in konverzije ne morejo opraviti. Tem špekulacije (ki je povsem legitimna in brez slabšalnega prizvoka) nikakor ne moremo očitati (sploh ker je glavnic preostalega kredita zdaj lahko višja kot ob sklenitvi kreditne pogodbe), bi pa bilo morda poslovno modro, da bi banke to ob želji po konverziji (ali kakšni drugi rešitvi) ob morda dodatnih zavarovanjih s strani kreditorejmalcev upoštevale, saj so ti v podobno slabem položaju in že v teh razmerah banki povzročajo tveganje (nevrčila kredita).

Pogost je očitek kreditorejmalcev, da so jih banke vabile k sklepanju kreditnih pogodb (v evrih ali švicarskih frankih, očitki so oboji). Vendar pa to ne more biti pravno upoštevno, saj bi v nasprotnem morali uvesti npr. kategorijo delno poslovno sposobnih ljudi, ki ne bi smeli biti zmožni samostojno podpisati pogodbe, ki z obveznostmi presega njihove finančne zmožnosti. Pravo pred nesmotrnimi odločitvami ne more varovati v nedogled.

Banke recimo še zdaj trdijo, da so imetniki posojil v švicarskih frankih še vedno »na boljšem« v primerjavi s komitenti, ki so pred pet in več leti vzeli posojilo v evrih.<sup>42</sup> Sploh če upoštevamo, da evro vnovič nekoliko pridobiva na vrednosti, podobni pa so tudi obeti. Zaradi posledic, ki jih je imela takratna odločitev Švicarske narodne banke za švicarski izvoz in gospodarstvo, ta namreč že izvaja ukrepe za slabitev švicarskega franka.<sup>43</sup>

## 5. Kaj je mogoče očitati bankam

Ali je bankam mogoče karkoli očitati? Po pregledu pritožbene dokumentacije kreditorejmalcev bi to težko trdil. Banke so potencialni stranki pri trženju običajno izročile izračun različnih oblik kreditov (ob upoštevanju predpostavk oziroma ocen, ki so bile kot take izrecno navedene) in komitentu izročile v podpis izjavo (ali pa je bilo to, predvsem pozneje, vsebovano kot klavzula v kreditni pogodbi<sup>44</sup>), da ga je banka seznanila s tveganjem zviševanja obveznosti zaradi zviševanja vrednosti Liborja in vrednosti valute (zaradi obveznosti izplačila kredita v evrih): »Kreditorejmalec izjavlja, da tveganje v celoti prevzema.«<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Ustreznih izračunov v podkrepitev te trditve še nisem pridobil.

<sup>43</sup> Shields in Nag. Glej tudi Revill; Dorgan.

<sup>44</sup> Včasih sta bila uporabljena celo oba pristopa hkrati.

<sup>45</sup> Dokumentacija iz pritožbenih postopkov.

Izjava ene od bolj izpostavljenih slovenskih poslovnih bank se je recimo glasila:

»**Sprememba valutnega tečaja**

Valutno tveganje je tveganje spremembe vrednosti švicarskega franka (CHF) v primerjavi z vrednostjo domače valute (slovenski tolar\*). Anuiteta kredita se v primeru rasti švicarskega franka proti domači valuti zviša, v primeru padanja pa zniža. Gibanje tečaja SIT/CHF lahko spremljate na:

<http://www.bsi.si/podatki/najnovejsi-tecaj.bs.asp>

ali na finančnih straneh slovenskih dnevnikov (Delo, Dnevnik, Večer).

\* od 1. 1. 2007 dalje EUR.«

Menim, da bi se kreditojemalec na podlagi te izjave mogel in moral zavedati pomena valutnega tveganja. Poved »Anuiteta kredita se v primeru rasti švicarskega franka proti domači valuti zviša, v primeru padanja pa zniža« ne pušča dvoma. Tudi trditev nekaterih pritožnikov, da taka izjava (če ni bila vsebovana tudi v sami kreditni pogodbi) ni sestavni del kreditne pogodbe in zato ni upoštevana, ne vzdrži, saj med strankami ni moglo biti nobenega dvoma, da se nanaša na kreditno pogodbo.<sup>46</sup> Tudi če bi šlo za formalno kršitev 7. člena Zakona o potrošniških kreditih (ZPotK),<sup>47</sup> ki določa obvezne sestavine potrošniške kreditne pogodbe, se moram strinjati z eno ob poslovnih bank, ki je zapisala, da to ne spreminja dejstva, da se je pritožnik valutnega tveganja moral in mogel zavedati že na podlagi značilnosti pravnega posla, tj. večvalutne kreditne pogodbe in podpisane izjave (ob dodatnem zatrjevanju bank, da je bilo komitentom to isto pojasnjeno tudi s strani notarjev,<sup>48</sup> kar pa kreditorejmalci pogosto zanikajo<sup>49</sup>).

V tej smeri je zelo pronicljiv argument zapisal Poravnalni svet pri Združenju bank Slovenije:

»Hkrati sta stranki valutno tveganje sprejeli kot del njunega pogodbenega odnosa v samo kavzo pogodbe, zato nihanje tečaja ni moglo vplivati na njuna pričakovanja. Pri tem ni mogoče upoštevati, kaj je posamezna stranka dejansko pričakovala (pravno rečeno, kakšen je bil njen motiv), temveč to, kakšna 'pričakovanja' so v okvirih pogodbene kavze. V naravi valutne klavzule – zlasti kadar se stranki dogovorita za razmerje med dvema v načelu trdnima valutama – pa je tveganje.«

<sup>46</sup> Podobno argument ene od bank v okviru pridobljene dokumentacije iz pritožbenih postopkov.

<sup>47</sup> Uradni list RS, št. 77/2004. Od 7. avgusta 2010 je sicer v veljavi novi Zakon o potrošniških kreditih (ZPotK-1), Uradni list RS, št. 59/2010, 77/2011 in 30/2013.

<sup>48</sup> Dokumentacija iz pritožbenih postopkov.

<sup>49</sup> Pogovori s prizadetimi kreditorejmalci.



Glede na vse navedeno bi se povprečno skrben potrošnik ob takem ravnanju banke lahko zavedal, kakšno tveganje je sprejel s sklenitvijo kredita z valutno klavzulo.<sup>50</sup>

Poleg tega je imel kreditojemalec vedno možnost predlagati refinanciranje ali preoblikovanje kredita oziroma (največkrat pogodbeno predvideno) predčasno poplačilo.<sup>51</sup> Velika večina bank je vse stranke, ki so imele kredite v švicarskih frankih, pisno obveščala o vsaki spremembi Liborja (če je šlo za 6-mesečni Libor, vsakih šest mesecev), na teh obvestilih pa je bila nova mesečna obveznost informativno vidna tudi v evrih.<sup>52</sup> Po težko ovrgljivi trditvi bank je to precej verodostojna informacija, ki odraža gibanje tako Liborja kot deviznega tečaja ter posledično tudi vpliv na strankino glavnico. Dejstvo obveščanja so torej banke večinoma izkazale, menim pa tudi, da bi tako obveščanje glede na naravo produkta morale biti ustrezno (zadostno).

Toliko bolj v luči dejstva, da so imele tudi banke vire financiranja v švicarskih frankih in je torej očitak okoriščenja na račun teh kreditojemalcev v veliki meri depasiran. Dejansko s tako kreditno pogodbo tveganje sprejemata obe stranki.<sup>53</sup> Banka tako zaradi virov financiranja v švicarskih frankih kot tudi zaradi večje nevarnosti, da bodo kreditojemalci nezmožni vračila kreditov.

Dokaz za tako trditev so tudi opozorila Banke Slovenije.<sup>54</sup> Ta je poslovne banke redno opozarjala, da se povečuje njihova posredna izpostavljenost tveganju spremembe tečaja švicarskega franka prek stanovanjskih posojil (ne pa, da morajo karkoli spremeniti glede odnosa do komitentov):

»Ta oblika posojil [posojila, indeksirana z gibanjem deviznega tečaja švicarskega franka do evra] je konec preteklega leta dosegla že petino vseh stanovanjskih posojil in s tem postala nezanemarljivo potencialno kreditno tveganje tudi za banke v primeru večje apreciacije švicarskega franka do evra v prihodnjem dolgoročnem obdobju. Da se je sektor gospodinjstev v preteklem letu pričel soočati s problemi rednega odplačevanja posojil, potrjuje tudi prvo

<sup>50</sup> Enako Poravnalni svet pri Združenju bank Slovenije v senatu pod predsedstvom Franca Testena v enem od pritožbenih postopkov. Prav tam.

<sup>51</sup> Dokumentacija iz pritožbenih postopkov. Trditve nekaterih kreditojemalcev so sicer, da je banka to odsvetovala, pri čemer pa je kaj več kot (če sploh) slab nasvet težko dokazati.

<sup>52</sup> Dokumentacija iz pritožbenih postopkov. Tudi za to nekateri kreditojemalci trdijo, da ne drži, a bo to lahko dodaten argument pri presoji v njihovem konkretnem primeru. V pregledanih pritožbenih postopkih ta trditev ni bila ovržena.

<sup>53</sup> Prav tam. Na istem mestu je Poravnalni svet zapisal: »Valutna klavzula ima v tem primeru očitno drugačen pomen, kot so ga imele valutne klavzule v pogojih hiperinflacije, ko je bila valutna klavzula v funkciji ohranjanja dejanske vrednosti denarne izpolnitve.«

<sup>54</sup> Banka Slovenije (2008), str. 26 in 106.



poslabšanje škodnega rezultata zavarovalnic pri zavarovanju potrošniških in stanovanjskih posojil po nekaj letih.«<sup>55</sup>

Da poslovnih bank Banka Slovenije pri tem ni opozarjala glede odnosa do komitentov, je seveda razumljivo, saj je nadzornik (ustreznega ravnanja) bank, in ne neposredni<sup>56</sup> skrbnik interesov komitentov.

Drugo vprašanje pa je, ali so banke ravnale dovolj skrbno ob očitnem zniževanju kreditnih standardov. Združenje Frank je ob sklicevanju na Kodeks poslovne etike članic Združenja bank Slovenije<sup>57</sup> bankam (njihovim zaposlenim) očitalo premajhno vestnost pri opravljanju storitev, ob čemer se potem te »ne morejo sklicevati na nevednost ali na premajhno pozornost in so praviloma odgovorne za katerokoli stopnjo krivde«. <sup>58</sup> Banke so v borbi za tržni delež zavestno sprejele tveganje manj kakovostnega kreditnega portfelja.<sup>59</sup> V anketi o bančnih posojilih iz julija 2006 so recimo banke na splošno poročale o sprostitvi kreditnih standardov za odobravanje stanovanjskih posojil in potrošniških kreditov gospodinjstvom, kot razlog pa so navajale predvsem konkurenco s strani drugih bank in nebančnih institucij ter manjše zaznavanje tveganj v smislu pričakovanih glede splošne gospodarske aktivnosti in obetov na stanovanjskem trgu.<sup>60</sup> Spremembe kreditnih standardov so bile večinoma izvedene z znižanjem marž za povprečna posojila, pri stanovanjskih posojilih pa tudi s podaljšanjem ročnosti.<sup>61</sup> Težko bi torej rekli, da ni šlo za legitimno (in legalno) poslovno odločitev. Dejstvo je namreč, da so ocene kreditnega tveganja in nadzor stroškovno intenzivni, »zato se za nižje izpostavljenosti

<sup>55</sup> Prav tam, str. 11.

<sup>56</sup> Poudarek je na tem pridevniku.

<sup>57</sup> Določba 2.4 Kodeksa poslovne etike članic Združenja bank Slovenije (Vestnost, poštenost in skrbnost pri delu): »Zaposleni v članicah ZBS in njihovi organi morajo svoje naloge opravljati pošteno, skrbno in s potrebno vestnostjo, zavedajoč se strožjih meril odgovornosti v poslovanju po načelih dobrega gospodarja oziroma dobrega strokovnjaka. Ob premajhni vestnosti pri opravljanju svojih storitev, še posebej pri upravljanju tujega premoženja, se članice ZBS ne morejo sklicevati na nevednost niti na premajhno pozornost in so praviloma odgovorne za kakršnokoli stopnjo krivde. Še posebno visoka stopnja vestnosti in skrbnosti je potrebna pri svetovanju strankam na področju finančnih instrumentov.«

<sup>58</sup> Pestar.

<sup>59</sup> Banka Slovenije (2008), str. 11: »Visoka rast bančnih posojil gospodinjstvom se ob naraščajočih obrestnih merah odraža v vedno višji stopnji zadolženosti in večji obremenjenosti dohodkov tega sektorja. Banke v medsebojni konkurenci in težnji po ohranjanju visoke dinamike rasti posojil gospodinjstvom znižujejo kreditne standarde ter ponujajo nove oblike dolgoročnih posojil, kot so stanovanjska posojila s poplačilom glavnice ob zapadlosti, ki so vezana na investicijske produkte, in posojila, indeksirana z gibanjem deviznega tečaja švicarskega franka do evra.«

<sup>60</sup> ECB (2006), str. 47.

<sup>61</sup> Prav tam.

predvideva manj izkušeno osebje, ki lahko oceni kreditno tveganje večjemu številu komitentov«. <sup>62</sup>

Vendar pa številni komitenti, ki niso zmožni poplačati svojih kreditov, niso posledica (samo) teh nižjih standardov. So posledica spremenjenih razmer na trgu, sploh pa ni jamstva, da bi bolj restriktivna politika podeljevanja kreditov s strani naših bank preprečila eksistencialne težave teh istih kreditojemalcev. Dokaz za to lahko izpeljemo iz izkušnje s Hrvaške.

Tam se spopadajo s težavo s (po trditvah Raiffeisen skupine Štajerska) 3.000 krediti v skupni vrednosti 265 milijonov evrov, ki so bili hrvaškim državljanom med letoma 1997 in 2012 odobreni brez soglasja oziroma dovoljenja Hrvaške narodne banke. <sup>63</sup> Avstrijski Raiffeisenbank in Raiffeisenlandesbank naj bi namreč preko mreže posrednikov plasirali kredite na ozemlju Hrvaške, čeprav je bilo neposredno trženje bančnih storitev do vstopa Hrvaške v EU prepovedano. <sup>64</sup> Zaradi domnevno številnih izvršb na nepremičnine (in domnevno do trikrat višjih obrestnih mer kot pri kreditih v švicarskih frankih) je javno mnenje podobno nastrojeno kot v primeru kreditov v švicarskih frankih, <sup>65</sup> prav tako pa je že oblikovano društvo STOPbank, <sup>66</sup> katerega cilj je, med drugimi, razglasitev na opisan način sklenjenih kreditov za nične. <sup>67</sup> Torej povsem enako kot pri kreditih v švicarskih frankih, a je pomenljiv predvsem razlog, zakaj je do sklenitve teh kreditov, čeprav je bila obrestna mera za komitente bistveno manj ugodna kot pri kreditih na Hrvaškem, prihajalo. Ti kreditojemalci namreč zaradi – zanje še vedno – prestrogih kreditnih standardov v hrvaških poslovnih bankah niso bili kreditno sposobni, zato so se odpravili v Avstrijo. T. i. *race to the bottom* <sup>68</sup> je torej lahko podlaga trditvi, da tudi višji kreditni standardi ne bi preprečili, temveč bi težavo zgolj (kot v tem primeru geografsko) preusmerili. Slednje pa je težava tudi v

<sup>62</sup> Markovič, str. 17: »Za višje izpostavljenosti pa se predvideva bolj izkušeno osebje. Število ocen kreditnega tveganja je v tem primeru manjše.«

<sup>63</sup> A so iz Hrvaške narodne banke sporočili, da za veljavnost teh kreditov dovoljenje niti ni potrebno. Vir: [https://sveorbakreditima.files.wordpress.com/2014/07/hnb\\_oc48ditovanje.pdf](https://sveorbakreditima.files.wordpress.com/2014/07/hnb_oc48ditovanje.pdf) (23. 8. 2015).

<sup>64</sup> Borič.

<sup>65</sup> Več o tem na <https://sveorbakreditima.wordpress.com/page/1/> (23. 8. 2015). Hrvaško ustavno sodišče je v zadevi U-II-6962/2014 z dne 2. decembra 2014 sicer zavrglo predlog za začetek postopka za oceno ustavnosti in zakonitosti kreditnih pogodb, ki so bile v navedenem obdobju sklenjene na ozemlju Hrvaške s tujimi zadrugami in hranilnicami ter overjene pri hrvaškem notarju, a se je izreklo za nepristojno, ni pa drugače vsebinsko presojalo zadeve. Glej [http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/94b579567876f9fcc1256965002d1bf4/c12570d30061ce54c1257da3003dba0a/\\$FILE/U-II-6962-2014.pdf](http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/94b579567876f9fcc1256965002d1bf4/c12570d30061ce54c1257da3003dba0a/$FILE/U-II-6962-2014.pdf) (23. 8. 2015).

<sup>66</sup> Več na [www.stopbank.eu/](http://www.stopbank.eu/) (23. 8. 2015).

<sup>67</sup> [www.stopbank.eu/ciljevi-udruge/](http://www.stopbank.eu/ciljevi-udruge/) (23. 8. 2015).

<sup>68</sup> Gre za nižanje standardov (kakovosti) s ciljem večanja (npr. cenovne) konkurenčnosti na trgu. Manj kakovostno oziroma manj zahtevno je ceneje oziroma bolj dostopno (dosegljivo).

Sloveniji, čeprav ne v takem obsegu. Slovenija namreč nima uzakonjeno, da lahko posojila odobravajo samo banke (recimo na način, kot to velja za sprejemanje depozitov), zato obstaja veliko alternativnih ponudnikov potrošniških posojil, ki pa so zaradi pomanjkanja nadzora nad njimi in spornih poslovnih praks veliko tveganje za potrošnike. A v javnost pač pridejo posamični ekscesni primeri (takih »posojilnic« oziroma njihovih praks), vendar zaradi različnih nevarnih okoliščin za potrošnike tudi to v manjšem obsegu, kot bi sicer.

V skladu z navedenim bi bankam težko očitali okoriščanje na račun teh kreditojemalcev. Enako velja za očitke zavajanja, sploh »sistemskega«, o dogajanju v posameznih primerih pa je ob pomanjkanju ustreznih dokazov težko soditi.

## 6. Česa si želijo kreditojemalci

Če pogledamo očitke prizadetih kreditojemalcev, bi bilo po njihovem mnenju edino pravilno opraviti konverzijo obstoječega kredita po nekem menjalnem razmerju, ki bi odstopalo od veljavnega referenčnega tečaja Evropske centralne banke in od v pogodbi dogovorjenega. Za kaj takega podlage ni, saj smo že ugotovili, da pogojev za razvezo ali spremembo pogodbe po 112. členu OZ ni, v nobenem primeru pa zakon ne omogoča spremembe pogodbe na podlagi enostranske zahteve. Prav tako menim, da v ravnanjih in opustitvah bank (vsaj v večini primerov) ni podlage za ničnost in neveljavnost pogodb.<sup>69</sup>

Tudi sicer je vprašanje, za kaj natanko si Združenje Frank sploh prizadeva. Glede na zapisano se zdi, da vidijo izhod v ničnosti valutne klavzule. Vendar je zelo verjetno, da bi bila v takem primeru nična celotna kreditna pogodba, saj ima za kreditno pogodbo z valutno klavzulo tak pomen, da pogodba sama ne more obstati in brez te klavzule tudi ne more veljati.<sup>70</sup> Brez dogovora o obrestih kredita kreditne pogodbe pač ni.

In če je pogodba nična, mora v skladu s prvim odstavkom 87. člena OZ vsaka pogodbeni stranka vrniti drugi vse, kar je prejela na podlagi take pogodbe. Kar pomeni, da bi moral tak kreditojemalec praktično v trenutku vrniti celotno posojilo (zmanjšano za lastna izplačila banki, seveda, a bi ta lahko uveljavljala, da ji kreditojemalec povrne pravičen del škode, ki ji je zaradi razveze pogodbe nastala, kar vključuje tudi nadomestilo koristi, ki izhajajo iz uporabe sposojenega denarja, torej obresti v določeni višini). Močno pa dvomim, da je to v interesu kreditojemalcev in da se Združenje Frank zavzema za to. V skladu s tem se mi

<sup>69</sup> Enako Poravalni svet pri Združenju bank Slovenije v senatu pod predsedstvom Franca Testena v enem od pritožbenih postopkov.

<sup>70</sup> Prvi odstavek 88. člena OZ.

zdi, da je njihov interes prej v ukrepu hrvaške vlade (»državna pomoč«),<sup>71</sup> ki pa nikakor nima pravne, temveč ima po mojem prepričanju zgolj politično podlago. Na Hrvaškem se namreč bližajo volitve, da bo taka (kmalu uzakonjena) odločitev prestala sodno presojo o odgovornosti hrvaške vlade za škodo, povzročeno bankam,<sup>72</sup> pa je po mojem mnenju zelo malo verjetno.

## 7. Sprejemanje obrestnega tveganja kot dokaz (že) pozabljene lekcije

Nekoč smo se zelo bali obrestnega tveganja (temeljna obrestna mera (TOM)<sup>73</sup> je segala do 20 odstotkov na letni ravni), tečajno tveganje pa smo podcenjevali, medtem ko je zdajšnja realnost ravno obratna.<sup>74</sup> Poglejmo si primer, ko bi 1. septembra letos kreditojemalec sklenil kreditno pogodbo za 200.000 evrov, z dobo odplačevanja 20 let (glej tabelo). Pri evrskem kreditu s fiksno obrestno mero (OM) je skupna obrestna mera (ker gre za fiksno OM) ves čas 3 odstotke, pri evrskem kreditu z variabilno obrestno meto pa je pribitek na referenčno obrestno mero (3-mesečni Euribor) 2 odstotka.

Če izhajamo iz predpostavke, da je 3-mesečni Euribor 0,75 je torej skupna OM pri kreditu z variabilno OM 2 odstotka. Če bi prvih pet let Euribor ohranjal vrednost 0 oziroma malenkost negativno, bi to pomenilo, da bi kreditojemalec pri kreditu s fiksno OM plačal v tem času 66.718 evrov, kreditojemalec pri kreditu z variabilno OM pa 61.212 evrov (razlika 5.507 evrov), pri čemer bi odplačal tudi 3.275 evrov glavnice manj. Domnevam, da bi bil pri takem izračunu bodoči kreditojemalec precej bolj naklonjen kreditu z variabilno OM.

A če se vrednost Euriborja za naslednjih 15 let vrne na 5 odstotkov, kar je že bil, bi to pomenilo, da bi bil skupni znesek plačil pri kreditu s fiksno OM 266.872 evrov, pri kreditu z variabilno obrestno mero pa kar 316.422 evrov, kar pomeni 49.550 evrov več.

<sup>71</sup> Glej recimo med viri naveden dokument Odbora za financije i državni proračun Hrvatskog sabora.

<sup>72</sup> Groendahl, Kuzmanović.

<sup>73</sup> Glej »Temeljna obrestna mera (TOM) je letna obrestna mera za ohranjanje vrednosti denarnih obveznosti in terjatev v domačem denarju.« Glej <https://www.bsi.si/financni-podatki-r.asp?MapaId=910> (2. 10. 2015), kjer so navedeni tudi načini izračunavanja v različnih obdobjih.

<sup>74</sup> Rozman.

<sup>75</sup> Na dan 2. oktobra 2015 negativen, tj. -0,044 odstotka. [www.euribor-rates.eu/euribor-rate-3-months.asp](http://www.euribor-rates.eu/euribor-rate-3-months.asp) (4. 10. 2015).

**Primerjava amortizacijskega načrta za evrski kredit  
z variabilno ali fiksno obrestno mero**

	Kredit v evrih s fiksno obrestno mero	Kredit v evrih z variabilno obrestno mero	
Datum kredita	1. 9. 2015	1. 9. 2015	
Znesek kredita (v EUR)	200,000	200,000	
Ročnost kredita (v mesecih)	240	240	
Referenčna obrestna mera (vrednost)	–	3M Euribor Prvih 5 let 0 % (kot trenutno) Od 6. leta (31. 8. 2020) naprej 5 %	
Pribitek na referenčno obrestno mero	–	2 %	
Skupna obrestna mera	3 %	2 %	
Začetna anuiteta (v EUR)	1,112	1,013	
<b>Do 31. 8. 2020 (prvih 5 let)</b>			
Skupni znesek plačil (v EUR)	66,718	61,212	5,507
Skupaj odplačilo obresti (v EUR)	27,236	19,208	8,028
Stanje glavnice (v EUR)	161,018	157,743	3,275
<b>Do končnega odplačila kredita</b>			
Skupni znesek plačil (v EUR)	266,872	316,422	–49,550
Skupaj odplačilo obresti (v EUR)	66,370	116,089	–49,719

Vir: Izračun ene od poslovnih bank.

Danes torej fiksna obrestna mera pomeni 10 odstotkov višjo anuiteto, vendar pa je ta potem do izteka kredita nespremenljiva. V primeru variabilne obrestne mere pa se bo višina anuitete povišala za 40 odstotkov, če se Euribor po petih letih vrne na raven iz časa pred krizo (5 odstotkov) in na tej povprečni ravni ostane naslednjih 15 let. Ob tem ni odveč poudariti, da tak scenarij ni nepredvidljiv oziroma je vsaj bistveno bolj verjeten, kot je bila leta 2007 verjetnost, da menjalni

tečaj švicarskega franka v razmerju do evra kadarkoli pade na današnjo raven.<sup>76</sup> Kljub temu pa se krediti s fiksno obrestno mero »prodajajo« mnogo slabše kot krediti z variabilno obrestno mero, ki jih je približno 90 odstotkov.<sup>77</sup>

Enako kot se je v preteklosti podcenjevalo valutno tveganje, se torej danes podcenjuje obrestno tveganje. V duhu mantre, da pretekli donosi niso garancija za prihodnost, pa seveda ni mogoče napovedati, kaj se bo zgodilo.

## 8. Sklep

Sklenemo lahko, da smo se zaradi kombinacije:

- legitimnega pridobivanja tržnega deleža s strani bank,
- povezanega trženja kreditnih pogodb v švicarskih frankih oziroma z valutno klavzulo v švicarskih frankih,
- prav tako legitimne velike želje posameznika po lastni (največkrat stanovanjski) nepremičnini,
- dejstva nezmožnosti financirati tako nepremičnino iz lastnih virov (torej potrebe po posojilu),
- legitimnega posameznikovega sledenja nižanju finančne obveznosti tega financiranja ob zanj (!) sprejemljivem tveganju,
- slabe finančne pismenosti in (ne)razumevanja sprejetega tveganja ter
- dejstva spremembe (apreciacije) švicarskega franka v razmerju do evra znašli v razmerah, ko je veliko število kreditojemalcev zaradi višje finančne obveznosti iz naslova teh kreditov eksistencialno ogroženih. Ti med drugim trdijo, da so bili k sprejetju prav take obveznosti prepričani oziroma zavedeni, torej da je bilo trženje zavajajoče, (pre)agresivno, pojasnila skopa oziroma jih ni bilo ipd. A iz navedenega po mojem mnenju jasno izhaja, da bi se tveganj ti poslovno sposobni kreditojemalci mogli in morali zavedati. Kar pa seveda ne pomeni, da smo lahko ob njihovi stiski brezbrizni, a posegi v smislu (napovedanih) ukrepov hrvaške vlade z vidika varnosti pravnega prometa in pravno utemeljenih pričakovanj strank nikakor niso primerni.

Moram pa poudariti, da banke sicer ne bi smele nositi škodljivih posledic nizke stopnje finančne pismenosti kreditojemalcev, da pa bi bilo vseeno vsaj korektno, da bi jih v razmerah (zgodovinsko) nizkih ravni vrednosti švicarskega franka<sup>78</sup> izrecno opozorile na tveganje in jim po možnosti predstavile posledice potencialnega dviga. Še vedno pa taka (morda moralno) sporna opustitev ob vseh

<sup>76</sup> Rozman.

<sup>77</sup> Prav tam.

<sup>78</sup> Glej recimo Belak, str. 21, slika 2.

drugih (splošno ali kreditojemalcu) znanih dejstvih po mojem mnenju ne more biti razlog za neveljavnost v takih okoliščinah sklenjene kreditne pogodbe, po mojem mnenju pa v večini primerov tudi ne za odškodninsko odgovornost bank.

Vsekakor je ob tem ključno, kako se tovrstnim težavam izogniti v prihodnje, pri čemer bo poudarek najverjetneje moral biti na opismenjevanju prebivalstva glede finančnih produktov<sup>79</sup> in delovanja na finančnih trgih.<sup>80</sup> Kreditojemalci so recimo zanemarili »zlato kmečko« pravilo, da se kredit vedno najema v valuti, v kateri dobivaš plačo. Kar pa seveda ne pomeni, da banke nimajo dolžnosti čim bolj (ob zavedanju takega stanja finančne (ne)pismenosti) skrbeti za visoko raven pojasnilne dolžnosti do potrošnikov. Navsezadnje bodo imele s tem, ko bodo aktivno skrbele za res informirana soglasja komitentov (pri vseh produktih, ne le kreditih), na koncu manj težav.

A pri bankah še vedno ne moremo iskati končnega rešitelja, temveč bo to potrošnik sam. Strinjati se namreč moram s trditvijo, da »[f]inancijsko ozaveščeni ljudje ne bi kar vseprek najemali posojil, ki so jih dolgoročno nesposobni odplačevati. Tudi hipotekarna posojila bi boljše zavarovali, da v primeru invalidnosti ali smrti ne bi spravljali družine v slabši socialni položaj. Prav tako ne bi toliko nasedali različnim 'svetovalcem'.«<sup>81</sup> Čeprav je morda zadržek v tem, da ni več osamljeno (patološko) prepričanje, da je finančno opismenjevanje neoliberalni trik.<sup>82</sup> Sam bi, če že, trdil ravno nasprotno.

<sup>79</sup> Glej recimo [www.zav-zdruzenje.si/financna-in-zavarovalniska-pismenost-slovenecv-rezultati-raziskave/](http://www.zav-zdruzenje.si/financna-in-zavarovalniska-pismenost-slovenecv-rezultati-raziskave/) (17. 8. 2015) in <http://val202.rtvlo.si/2014/07/financna-nepismenost/> (12. 9. 2015).

<sup>80</sup> Na finančnem trgu se trguje s finančnimi presežki oziroma finančnimi premoženjskimi oblikami, deli pa se na denarni trg (kratkoročno financiranje) in trg kapitala (dolgoročno financiranje); razlika med njima je torej v ročnosti instrumentov, s katerimi se trguje (Ribnikar, str. 38). Je mehanizem za prenos finančnih sredstev med subjekti s finančnimi presežki in subjekti s finančnimi primanjkljaji. Vir: [www.financnislovar.com/definicije/financni-trg.html](http://www.financnislovar.com/definicije/financni-trg.html) (23. 8. 2015). Glej tudi [www.investopedia.com/terms/f/financial-market.asp](http://www.investopedia.com/terms/f/financial-market.asp) (23. 8. 2015).

<sup>81</sup> Mihajlovič.

<sup>82</sup> Glej tudi Košak.

## Literatura in viri

- Banka Slovenije, *Letno poročilo za leto 2003*. Ljubljana: Banka Slovenije, 2004, [www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=131](http://www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=131) (15. 8. 2015).
- Banka Slovenije, *Poročilo o finančni stabilnosti 2007*. Ljubljana: Banka Slovenije, 2008, [www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=2626](http://www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=2626) (2. 10. 2015).
- BELAK, Tamara, *Značilnosti švicarske deviznotečajne politike in ekonomskega sistema*. Diplomsko delo. Maribor: Univerza v Mariboru, Ekonomsko-poslovna fakulteta, 2011, <https://dk.um.si/Dokument.php?id=23851> (3. 10. 2015).
- BORIĆ, Josip, *Poslansko vprašanje z dne 23. januarja 2015*, <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/2015/222%20sjednica%20Vlade//222%20-%2019c.pdf> (23. 8. 2015).
- City of London Police, *Online dating fraud up by 33% last year*, 13. februar 2015, <https://www.cityoflondon.police.uk/advice-and-support/fraud-and-economic-crime/nfib/nfib-news/Pages/online-dating-fraud.aspx> (22. 8. 2015).
- DORGAN, George, *Weekly SNB Intervention Update: Sight Deposits and Speculation Position*. *SNBCHF.com*, 28. september 2015, <http://snbchf.com/snb/history-of-snb-sight-deposits/> (2. 10. 2015).
- Državni svet Republike Slovenije. *Različni nameni rabe stanovanj*, posvet, 31. maj 2007, [www.arhiv.ds-rs.si/kb/posveti/indexce29.html?View=entry&EntryID=61](http://www.arhiv.ds-rs.si/kb/posveti/indexce29.html?View=entry&EntryID=61) (20. 8. 2015).
- ECB: *Mesečni bilten* – junij 2004, [www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=162](http://www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=162) (15. 8. 2015). *Citirano kot ECB (2004b)*.
- ECB: *Mesečni bilten* – december 2004, [www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=164](http://www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=164) (15. 8. 2015). *Citirano kot ECB (2004a)*.
- ECB: *Mesečni bilten* – september 2006, [www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=2127](http://www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=2127) (3. 10. 2015).
- GLIHA, Urška, *Uveljavitev bančnega zavarovalništva*. Diplomsko delo, Ljubljana: Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 2004, [www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=1068](http://www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=1068) (13. 8. 2015).
- GRMEK, Gregor, *Slovenci moramo biti lastniki stanovanj*. *Finance*, 23. januar 2006, [www.finance.si/142987/Slovenci-moramo-biti-lastniki-stanovanj](http://www.finance.si/142987/Slovenci-moramo-biti-lastniki-stanovanj) (17. 8. 2015).
- GROENDAHL, Boris, KUZMANOVIĆ, Jasmina, *Croatia to Continue With CHF Loan Plan Over Banks' Protests*. *Bloomberg.com*, 3. september 2015, [www.bloomberg.com/news/articles/2015-09-03/croatia-s-swiss-franc-loan-plans-illegal-foreign-banks-say](http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-09-03/croatia-s-swiss-franc-loan-plans-illegal-foreign-banks-say) (2. 10. 2015).
- DOLENC, Mile. V: Juhart, M., Plavšak, N. (red.) in drugi, *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem* (splošni del). 1. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.



- FLERE, Luka, Realni efektivni devizni tečaj tolarja in konkurenčnost. *Prikazi in analize*, XII/1 (julij 2004). Ljubljana: Banka Slovenije, 2004, [www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=1055](http://www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=1055) (15. 8. 2015).
- KLEMEN, Košak, Triki za varčevanje. *Mladina*, 3. april 2015, [www.mladina.si/165471/triki-za-varcevanje/](http://www.mladina.si/165471/triki-za-varcevanje/) (2. 10. 2015).
- MARKOVIČ, Tanja, Seminar on Internal Ratings-Based Approaches & Credit Risk Modelling. *Poročilo s seminarja*, Basel, 8.–10. februar 2005, [www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=528](http://www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=528) (15. 8. 2015).
- MERC, Peter, Oslabljena ali okrepljena bančna tajnost. *Pravna praksa*, št. 31-32/2015, str. 6.
- MIHAJLOVIČ, Stela, Alarm! Finančna pismenost Slovencev: zd(2). *Finance*, 19. januar 2011, <http://mojefinance.finance.si/300361/Alarm-Finan%C4%8Dna-pismenost-Slovencev-zd%282%29> (22. 8. 2015).
- Odbor za financije i državni proračun Hrvatskog sabora. Prijedlog zaključaka za donošenje rješenja problema korisnika kredita u švicarskim francima, junij 2015, [www.iusinfo.hr/Appendix//RDOCSB\\_HR//ent\\_id\\_18840.PDF](http://www.iusinfo.hr/Appendix//RDOCSB_HR//ent_id_18840.PDF) (15. 8. 2015).
- PESTAR, Alja, Odgovor na članek Je valutna klavzula naravna nesreča?. *Pravna praksa*, št. 11-12/2015, str. 12.
- PLAVŠAK, Nina, V: Juhart, M., Plavšak, N. (red.) in drugi. *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem* (splošni del). 2. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- PODERGAJS, Neda, Denarni trg: Svež veter v jadrih zgubljenega evra. *Svetovalec – priloga Gospodarskega vestnika*, št. 30/2001, str. 56.
- REVILL, John, Swiss Central Bank Intervened to Stabilize Franc Amid Greek Concerns. *The Wall Street Journal*, 29. junij 2015, [www.wsj.com/articles/swiss-central-bank-intervened-to-stabilize-franc-amid-greek-concerns-1435572993](http://www.wsj.com/articles/swiss-central-bank-intervened-to-stabilize-franc-amid-greek-concerns-1435572993) (2. 10. 2015).
- RIBNIKAR, Ivan, Finančni trgi (1). *Bančni vestnik*, 44 (1995) 9, str. 38.
- ROZMAN, Rok, *Osební pogovor*, 1. september 2015.
- SHIELDS, Michael, NAG, Anirban, Swiss central bank breaks silence to trumpet intervention threat. *Reuters*, 29. junij 2015, [www.reuters.com/article/2015/06/29/us-swiss-snb-intervention-idUSKCN0P91LE20150629](http://www.reuters.com/article/2015/06/29/us-swiss-snb-intervention-idUSKCN0P91LE20150629) (2. 10. 2015).
- Vsi bi bili lastniki stanovanj! Zakaj?. *Moje finance*, maj 2010.
- Združenje bank Slovenije. *Kodeks poslovne etike članic Združenja bank Slovenije*, [www.zbs-giz.si/system/file.asp?FileId=3557](http://www.zbs-giz.si/system/file.asp?FileId=3557) (2. 10. 2015).



# Pravice potnikov pri zamudi leta

Gregor Dugar

## 1. Uvod

Uredba (ES) št. 261/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. februarja o določitvi skupnih pravil glede odškodnine in pomoči potnikom v primerih zavrnitve vkrcanja, odpovedi ali velike zamude letov ter o razveljavitvi Uredbe (EGS) št. 295/91 (v nadaljevanju Uredba 261/2004)<sup>1</sup> v letošnjem letu praznuje svojo deseto obletnico, saj je začela veljati 17. februarja 2005.<sup>2</sup> Uredba 261/2004 ureja minimalne pravice potnikov v primeru zavrnitve vkrcanja proti njihovi volji, odpovedi njihovega leta in v primeru velike zamude leta.<sup>3</sup> Od uveljavitve naprej je dodobra zaposlila sodno prakso in teorijo, pri čemer pa je najbolj zanimiv razvoj sodne prakse v zvezi s pravicami potnikov pri zamudi leta. Za slovenske potnike je nedvomno pomembna praksa Sodišča Evropske unije (v nadaljevanju Sodišče EU), ki je v zvezi s pravicami potnikov pri zamudi leta izdalo več odločb. Slovenska sodišča do zdaj še niso odločala v sporih v zvezi s pravicami potnikov pri zamudi leta po Uredbi 261/2004.

## 2. Veljavnost Uredbe 261/2004

Uredba 261/2004 se uporablja v dveh primerih. Prvič, velja za potnike, ki odhajajo z letališča na ozemlju Evropske unije (v nadaljevanju EU).<sup>4</sup> Uredba 261/2004 pri tem kriteriju ne zahteva, da ima letalski prevoznik sedež v EU.<sup>5</sup> Drugič, velja za potnike, ki odhajajo z letališča tretje države in so namenjeni na letališče na ozemlju države članice EU, če velja dejanski letalski prevoznik<sup>6</sup> tega

<sup>1</sup> Uradni list EU, št. L 046 z dne 17. 2. 2004, str. 1–8.

<sup>2</sup> Določba 19. člena Uredbe 261/2004.

<sup>3</sup> Določba prvega odstavka 1. člena Uredbe 261/2004.

<sup>4</sup> Določba alineje (a) prvega odstavka 3. člena Uredbe 261/2004.

<sup>5</sup> Tonner, r. št. 24; Martiny, r. št. 61.

<sup>6</sup> Dejanski letalski prevoznik je letalski prevoznik, ki opravi ali namerava opraviti let na podlagi pogodbe s potnikom ali v imenu druge, pravne ali fizične, osebe, ki ima s tem potnikom sklenjeno pogodbo (alineja (a) 2. člena Uredbe 261/2004). Uredba 261/2004 določa dejanskega letalskega prevoznika za naslovnika zahtevkov potnikov zato, da ima potnik na letališču nekoga, zoper kogar lahko uveljavlja pravice – glej Staudinger, str. 1897.

leta za letalskega prevoznika iz EU.<sup>7</sup> Uredba 261/2004 torej ne velja v primeru, ko let iz tretje države v državo članico EU opravi letalski prevoznik, ki ne velja za letalskega prevoznika EU.<sup>8</sup>

V zvezi z uporabo Uredbe 261/2004 je zanimiva odločba Sodišča EU v zadevi *Emirates*.<sup>9</sup> Schenkel je pri letalski družbi Emirates v Nemčiji rezerviral povratni let iz Düsseldorfa čez Dubaj v Manilo. Povratni let iz Manile bi družba Emirates morala opraviti 12. 3. 2006. Ta let je bil odpovedan zaradi tehničnih težav. Schenkel je odpotoval iz Manile šele 14. 3. 2006 in isti dan prispel v Düsseldorf. Pred nemškim sodiščem je zahteval od družbe Emirates plačilo pavšalnega nadomestila po Uredbi 261/2004 zaradi odpovedi leta.<sup>10</sup> Poudaril je, da sta let tja in nazaj odvisna dela enega in istega leta. Ker je bil izhodiščni kraj tega leta Düsseldorf, je bil torej potnik, ki odhaja z letališča na ozemlju države članice EU v skladu z alinejo (a) prvega odstavka 3. člena Uredbe 261/2004. Družba Emirates se je branila, da je treba let tja in nazaj šteti za dva ločena leta, ter navedla, da ne velja za letalskega prevoznika iz EU. Po mnenju Sodišča EU je treba razlagati let v smislu Uredbe 261/2004 tako, da ga sestavlja en zračni prevoz, ki je na določen način tudi »enota« tega prevoza. Uredbe 261/2004 se ne uporabi za povratni let, pri katerem potniki, ki prvotno odletijo z letališča na ozemlju države članice EU, priletijo nazaj na letališče na ozemlje države članice EU v okviru leta z odhodom z letališča v tretji državi. Okoliščina, da je povratni let predmet ene rezervacije, ne vpliva na razlago 3. člena Uredbe 261/2004. Če torej potnik rezervira povratni let za kraj zunaj EU, potem se Uredba 261/2004 uporabi za povratni let le, če dejanski letalski prevoznik na povratnem letu velja za letalskega prevoznika iz EU.<sup>11</sup> Navedeno odločitev Sodišča EU je najlažje prikazati na primeru. Potnik rezervira povratni let iz Frankfurta do Johannesburga z vmesnim postankom v Dubaju. Če vse štiri lete izvede družba Emirates, ki ni letalski prevoznik iz EU, velja Uredba 261/2004 le za let iz Frankfurta do Dubaja. Če pa vse štiri lete izvede družba Lufthansa, ki je letalski prevoznik iz EU, velja Uredba 261/2004 poleg leta iz Frankfurta do Dubaja tudi za let iz Dubaja do Frankfurta. V nobenem primeru pa Uredba 261/2004 ne veljala za let od Dubaja do Johannesburga in za let iz Johannesburga do Dubaja.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Določba alineje (b) prvega odstavka 3. člena Uredbe 261/2004.

<sup>8</sup> Martiny, r. št. 63.

<sup>9</sup> Sodba Emirates Airlines – Direktion für Deutschland proti Diether Schenkel, C-173/07, EU:C:2008:400.

<sup>10</sup> O pavšalnem nadomestilu na podlagi 7. člena Uredbe 261/2004 več v 4. poglavju.

<sup>11</sup> Tonner, r. št. 24.

<sup>12</sup> Sendmeyer, str. 808, 809.

### 3. Pravice potnikov pri zamudi leta po Uredbi 261/2004 in Konvenciji o poenotenju nekaterih pravil za mednarodni letalski promet

Uredba 261/2004 v primeru zamude leta potnikom priznava nekatere pravice in pri tem določa kriterije, kdaj gre za tako zamudo leta, da imajo potniki posebne pravice. Zamuda leta je podana takrat, kadar dejanski letalski prevoznik utemeljeno pričakuje, da bo imel let zamudo glede na odhod po voznem redu:

- za dve uri ali več za lete do vključno 1500 kilometrov, ali
- za tri ure ali več za vse lete znotraj EU, daljše od 1500 kilometrov, in za vse druge lete med 1500 in 3500 kilometri; ali
- za štiri ure ali več za lete, ki jih ne zajemata prva ali druga alineja.<sup>13</sup>

Če dejanski letalski prevoznik utemeljeno pričakuje, da bo imel let navedeno zamudo, mora potnikom v prej navedenih časovnih okvirih brezplačno zagotoviti obroke hrane in osvežilne napitke, primerne čakalnemu času.<sup>14</sup> Poleg tega mora letalski prevoznik potnikom ponuditi, da brezplačno opravijo dva telefonska klica in pošljejo dve sporočili po faksu ali po elektronski pošti.<sup>15</sup> Če je pričakovani odhod najmanj naslednji dan od prvotno navedene ure odhoda, mora letalski prevoznik zagotoviti brezplačno prenočitev v hotelu ter prevoz med letališčem in krajem nastanitve.<sup>16</sup> Če zamuda leta znaša več kot pet ur, je potnik upravičen tudi do povračila kupnine za vozovnico za neopravljene dele poti oziroma tudi za opravljene dele poti, če let ne služi več potnikovemu prvotnemu namenu, ter do čimprejšnjega brezplačnega povratnega leta na izhodiščno mesto odhoda.<sup>17</sup>

Dejanski letalski prevoznik mora potnikom zagotoviti oskrbo in alternativni let tudi, če zamudo povzročijo izredne razmere. Teorija vidi argument za takšen zaključek v dikciji določbe o pravicah potnikov pri zamudi leta, ki izrednih razmer ne predvideva kot razlog, zaradi katerega mu teh pravic ni treba zagotoviti.<sup>18</sup> Enako je mogoče sklepati tudi na podlagi sodne prakse Sodišča EU, ki je o pravici potnikov do oskrbe odločalo v primeru odpovedi leta, do katere je prišlo zaradi izrednih razmer. V zadevi *McDonagh* je Sodišče EU poudarilo, da

<sup>13</sup> Določba prvega odstavka 6. člena Uredbe 261/2004.

<sup>14</sup> Določba alineje (i) prvega odstavka 6. člena Uredbe 261/2004 v zvezi z alinejo (a) prvega odstavka 9. člena Uredbe 261/2004.

<sup>15</sup> Določba alineje (i) prvega odstavka 6. člena Uredbe 261/2004 v zvezi z drugim odstavkom 9. člena Uredbe 261/2004.

<sup>16</sup> Določba alineje (ii) prvega odstavka 6. člena Uredbe 261/2004 v zvezi z alinejama (b) in (c) prvega odstavka 9. člena Uredbe 261/2004.

<sup>17</sup> Določba alineje iii prvega odstavka 6. člena Uredbe 261/2004 v zvezi z alinejo a prvega odstavka 8. člena Uredbe 261/2004.

<sup>18</sup> Staudinger, str. 1899.

Uredba 261/2004 poleg izrednih razmer ne priznava še ločene kategorije posebej izrednih razmer, zaradi katerih bi bil letalski prevoznik oproščen vseh svojih obveznosti. V zadevi *McDonagh* je Sodišče EU ugotovilo, da je do odpovedi leta prišlo zaradi izrednih razmer v smislu Uredbe 261/2004,<sup>19</sup> vendar je poudarilo, da imajo potniki pravico do oskrbe v obliki brezplačnih obrokov, osvežilnih napitkov, hotelske nastanitve, prevoza do hotelske nastanitve in dveh telefonskih klicev ter sporočil po faksu ali elektronski pošti, ne glede na to, ali je do odpovedi prišlo zaradi razloga v sferi dejanskega letalskega prevoznika ali zaradi izrednih razmer, ki niso v sferi dejanskega letalskega prevoznika.<sup>20</sup> Ni dvoma, da je odločitev v navedeni sodbi v zvezi s pravicami potnikov pri odpovedi leta treba smiselno uporabiti tudi za priznanje pravice potnikov do oskrbe pri zamudi leta, do katere je prišlo zaradi izrednih razmer.

Sodišče EU v zadevi *McDonagh* poudari, da iz Uredbe 261/2004 ni razvidna nobena omejitev, bodisi časovna bodisi denarna, obveznosti oskrbe potnikov v izrednih razmerah. Iz 9. člena Uredbe 261/2004 izhaja, da so vse obveznosti oskrbe potnikov v celoti naložene letalskemu prevozniku za celotno obdobje, v katerem morajo zadevni potniki čakati na spremembo poti. V tem smislu je po mnenju Sodišča EU iz alineje (b) prvega odstavka 9. člena Uredbe 261/2004 razvidno, da letalski prevoznik brezplačno ponudi hotelsko nastanitev za »potrebno« obdobje. Drugačna razlaga bi po mnenju Sodišča EU posegla v cilje Uredbe 261/2004, ker potniki zunaj sprejetih omejitev ne bi bili deležni oskrbe in bi bili prepuščeni sami sebi. Oskrba je še zlasti pomembna ob nastanku dlje trajajočih izrednih razmer, torej je takrat, kadar je čakanje zaradi odpovedi leta še posebej dolgotrajno, treba poskrbeti, da ima letalski potnik ves čas čakanja dostop do najnujnejših izdelkov in storitev. Sodišče EU še opozori, da tretji odstavek 5. člena Uredbe 261/2004 določa, da je letalski prevoznik ob pojavu izrednih razmer oproščen le obveznosti plačila nadomestila iz 7. člena Uredbe 261/2004. Zakonodajalec EU je presodil, da je zagotavljanje oskrbe na podlagi 9. člena Uredbe 261/2004 za letalskega prevoznika obvezno ne glede na dogodek, zaradi katerega je bil let odpovedan.

Uredba 261/2004 ne predvideva sankcije, če letalski prevoznik potniku pri zamudi leta ne zagotovi brezplačnih storitev oskrbe iz 9. člena. V teoriji ni spora, da ima potnik v tem primeru pravico zahtevati od letalskega prevoznika povrnitev škode, ki mu je nastala, ker je moral storitve po 9. členu Uredbe 261/2004 poravnati s svojimi sredstvi. Potnik je upravičen do povrnitve denarnih zneskov, ki so glede na okoliščine vsakega posameznega primera potrebni, primerni in razumni,

<sup>19</sup> Po tretjem odstavku 5. člena Uredbe 261/2004 so izredne razmere tiste razmere, ki se jim ne bi bilo mogoče izogniti, tudi če bi bili sprejeti vsi ustrezni ukrepi.

<sup>20</sup> Sodba Denise McDonagh proti Ryanair Ltd, C-12/11, EU:C:2013:43.

za to, da se nadomesti opustitev oskrbe potnika s strani letalskega prevoznika. Argument za priznanje odškodninskega zahtevka vidi teorija v tem, da bi brez ustreznega sankcioniranja v primeru neizpolnitve pravica potnikov do oskrbe po Uredbi 261/2004 ostala mrtva črka na papirju.<sup>21</sup> Potnik mora zahtevati povrnitev škode od letalskega prevoznika v skladu z nacionalnimi predpisi, kar pomeni, da mora izkazati vse predpostavke odškodninske odgovornosti.<sup>22</sup> Odškodninska odgovornost letalskega prevoznika ima v tem primeru pravno naravo poslovne odškodninske odgovornosti, saj sta potnik in letalski prevoznik sklenila prevozno pogodbo.<sup>23</sup>

Poleg Uredbe 261/2004 je v zvezi s pravicami potnikov pri zamudi leta treba opozoriti tudi na Konvencijo o poenotenju nekaterih pravil za mednarodni letalski promet (v nadaljevanju Montrealska konvencija).<sup>24</sup> Po Montrealski konvenciji je prevoznik odgovoren za škodo zaradi zamude v letalskem prevozu oseb, prtljage ali tovora.<sup>25</sup> Oškodovanec mora izkazati konkretno škodo ter vzročno zvezo med zamudo in škodo.<sup>26</sup> Prevoznik se lahko razbremeni odgovornosti za škodo zaradi zamude, če dokaže, da so on, njegovi uslužbenci in zastopniki ukrenili vse, kar se od njih lahko upravičeno zahteva, da bi se izognili škodi.<sup>27</sup> Prevoznik torej odgovarja za zamudo subjektivno z obrnjenim dokaznim bremenom.<sup>28</sup>

#### 4. Razvoj sodne prakse Sodišča EU v zvezi s pravico do pavšalnega nadomestila zaradi zamude leta

Uredba 261/2004 v 7. členu predvideva pravico potnikov do denarnega zneska v višini 250, 400 ali 600 EUR, odvisno od dolžine leta. V primeru, ko letalski prevoznik potnikom ponudi spremembo poti do njihovega končnega namembnega kraja z alternativnim letom, katerega čas prihoda ne preseže predpisanih časovnih okvirov glede na dolžino leta, se navedeni denarni zneski lahko znižajo za polovico.<sup>29</sup> Potniki imajo pravico do denarnega zneska po 7. členu Uredbe 261/2004 ne glede na obstoj oziroma višino škode, ki je potniku nastala zaradi zamude

<sup>21</sup> Tonner, r. št. 27.

<sup>22</sup> Sodba Aurora Sousa Rodríguez in drugi proti Air France SA, C-83/10, EU:C:2011:652.

<sup>23</sup> Sendmeyer, str. 810.

<sup>24</sup> Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 5/2002, 25/2003.

<sup>25</sup> Določba 19. člena Montrealske konvencije.

<sup>26</sup> Tonner, r. št. 38.

<sup>27</sup> Določba 19. člena Montrealske konvencije.

<sup>28</sup> Pavliha in Vlačič, str. 170.

<sup>29</sup> Določba drugega odstavka 7. člena Uredbe 261/2004.

leta.<sup>30</sup> Teorija je zato enotna, da ima denarni znesek po 7. členu Uredbe 261/2004 naravo pavšalnega nadomestila.<sup>31</sup> Funkcija navedenega pavšalnega nadomestila je zadoščanje potnikom za izgubljeni čas in sankcioniranje letalskega prevoznika, zato ima tudi generalno preventivno funkcijo.<sup>32</sup>

Slovenska teorija v zvezi s slovenskim prevodom 7. člena Uredbe 261/2004 opozarja, da prevod angleške besede »compensation« v »odškodnina« ni primeren, saj odškodnina po tej določbi ni klasična povrnitev škode, temveč penale ali zakonska pogodbena kazen.<sup>33</sup> Menim, da je glede na značilnosti in namen denarnega zneska, do katerega je potnik upravičen na podlagi 7. člena Uredbe 261/2004, zato primerneje govoriti o pavšalnem nadomestilu, in ne o pavšalni odškodnini.

Uredba 261/2004 niti v določbi o pravicah potnikov pri zamudi leta niti v katerikoli drugi določbi ne predvideva, da imajo potniki pri zamudi leta poleg pravice do oskrbe in alternativnega leta tudi pravico do pavšalnega nadomestila iz 7. člena Uredbe 261/2004. Po dikciji določb o zavrnitvi vkrcanja<sup>34</sup> in odpovedi leta<sup>35</sup> je pavšalno nadomestilo predvideno le za primere zavrnitve vkrcanja ali odpovedi leta. Teorija je zato takoj po sprejemu Uredbe 261/2004 sprejela stališče, da potnikom pri zamudi leta pavšalno nadomestilo iz 7. člena Uredbe 261/2004 ne pripada.<sup>36</sup>

V zvezi s pravico potnikov do pavšalnega nadomestila pri zamudi leta je nedvomno najpomembnejša odločitev Sodišča EU v zadevi *Sturgeon*.<sup>37</sup> Družina *Sturgeon* je pri družbi *Condor* rezervirala povratni let od Frankfurta na Majni do Toronta. Povratni let Toronto–Frankfurt na Majni je bil predviden za 9. 7. 2005 ob 16.20. Potniki so bili po prijavi na let obveščeni, da je let odpovedan, kar je bilo prikazano tudi na tabli prihodov in odhodov. Prtljaga je bila potnikom vrnjena, ti pa so bili nato prepeljani v hotel, kjer so prenočili. Naslednji dan so se prijavili pri okencu druge letalske družbe na let, ki je imel isto številko kot rezervirani let. Potniki so prispeli v Frankfurt na Majni 11. 7. 2005 okoli 7. ure, kar

<sup>30</sup> Tonner, r. št. 26. Glej tudi sodbo v združenih zadevah *Emeka Nelson in drugi proti Deutsche Lufthansa AG*, C-581/10, in *TUI Travel plc in drugi proti Civil Aviation Authority*, C-629/10, EU:C:2012:657.

<sup>31</sup> Schmidt, 2007, str. 267.

<sup>32</sup> Staudinger, str. 1899.

<sup>33</sup> Pavliha, str. 763.

<sup>34</sup> Določba 4. člena Uredbe 261/2004.

<sup>35</sup> Določba 5. člena Uredbe 261/2004.

<sup>36</sup> Staudinger, str. 1899.

<sup>37</sup> Sodba v združenih zadevah *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon in Alana Sturgeon proti Condor Flugdienst GmbH*, C-402/07, in *Stefan Böck in Cornelia Lepuschitz proti Air France SA*, C-432/07, EU:C:2009:716.



je s približno petindvajseturno zamudo glede na predvideni vozni red. Družina Sturgeon je menila, da glede na vse navedene okoliščine in zlasti glede na več kot petindvajseturno zamudo navedeni let ni imel zamude, ampak je bil odpovedan. Družina Sturgeon je pri Amtsgericht Rüsselsheim v Nemčiji vložila tožbo zoper družbo Condor in zahtevala pavšalno nadomestilo v višini 600 EUR na osebo, ker zamuda po njihovem mnenju ni nastala zaradi zamude, ampak zaradi odpovedi leta. Družba Condor je predlagala zavrnitev tožbe, saj je po njihovem mnenju predmetni let imel zamudo in ni bil odpovedan.

Nemško Zvezno vrhovno sodišče<sup>38</sup> in avstrijsko Gospodarsko sodišče na Dunaju<sup>39</sup> sta v zadevi *Sturgeon* na Sodišče EU naslovili več predhodnih vprašanj, med drugim tudi vprašanje, ali je treba določbe Uredbe 261/2004 o odpovedi leta, zamudi leta in pravici do pavšalnega nadomestila razlagati tako, da imajo tudi potniki, katerih let ima zamudo, pravico do pavšalnega nadomestila iz 7. člena Uredbe 261/2004. Sodišče EU najprej ugotavlja, da takšna pravica potnikov v Uredbi 261/2004 ni izrecno predvidena. Sodišče EU izpostavi, da je namen Uredbe 261/2004 zagotavljati visoko raven varstva letalskih potnikov, ne glede na to, ali jim je bilo zavrnjeno vkrcanje, let odpovedan ali ima let veliko zamudo, saj so bile vsem povzročene podobne nevšečnosti, povezane z letalskim prevozom. To velja še zlasti, ker je treba določbe, ki letalskim potnikom dajejo pravice, vključno s tistimi, ki dajejo pravico do nadomestila, razlagati široko. Zato ni mogoče vnaprej domnevati, da potniki, katerih let ima zamudo, nimajo pravice do pavšalnega nadomestila in da jih za priznanje take pravice ni mogoče izenačiti s potniki, katerih let je odpovedan. Sodišče EU kot bistveno načelo pri rešitvi predhodnega vprašanja izpostavi načelo enakega obravnavanja. To načelo zapoveduje, da se primerljivi položaji ne smejo obravnavati različno, razen če je različno obravnavanje objektivno utemeljeno. Sodišče EU je v sodbi primerjalo položaj potnikov, katerih let ima zamudo, in položaj potnikov, katerih let je odpovedan. Pri primerjavi položaja teh dveh kategorij potnikov Sodišče EU spomni, da so ukrepi, predvideni po Uredbi 261/2004, namenjeni odpravi nevšečnosti, ki jih potniki utrpijo zaradi zavrnitve vkrcanja, odpovedi leta ali zaradi velike zamude leta. Namen teh ukrepov je med drugim tudi zagotoviti odmeno za težavo, ki jo za potnike pomeni izguba časa. Sodišče EU ugotavlja, da potniki, katerih let je odpovedan, utrpijo enako izgubo časa kot potniki, katerih let ima zamudo. Potniki, katerih let je odpovedan, in potniki, katerih let ima zamudo, so torej v primerljivem položaju, zato se ti dve kategoriji potnikov v skladu z načelom enakega obravnavanja morata enako obravnavati. Sodišče EU je zaključilo, da

<sup>38</sup> Nem. Bundesgerichtshof.

<sup>39</sup> Nem. Handelsgericht Wien.

imajo tudi potniki, ki zaradi zamude leta prispejo v namembni kraj z najmanj triurno zamudo, pravico do pavšalnega nadomestila iz 7. člena Uredbe 261/2004.

Pred zadevo *Sturgeon* je bila pravica do pavšalnega nadomestila iz 7. člena Uredbe 261/2004 pridržana le za primere zavrnitve vkrcanja ali odpovedi leta. Po zadevi *Sturgeon* je razlikovanje med odpovedjo in zamudo leta postalo brezpredmetno, saj je Sodišče EU potnike izenačilo pri pravici do pavšalnega nadomestila. Odločitev sodišča v zadevi *Sturgeon* je nedvomno razveselila potnike, vendar je bila v delu teorije deležna precejšnje kritike. Teorija je Sodišču EU očitala, da ni upoštevalo načela delitve oblasti in da je prevzelo vlogo zakonodajalca, saj je priznalo pravico do pavšalnega nadomestila za dejanski stan, za katerega besedilo Uredbe 261/2004 te pravice ne predvideva.<sup>40</sup>

Sodišče EU se je po odločitvi v zadevi *Sturgeon* moralo še večkrat ukvarjati s pravico potnikov do pavšalnega nadomestila pri zamudi leta. V zadevi *Nelson*<sup>41</sup> je Sodišče EU ob podobnem dejanskem stanju kot v zadevi *Sturgeon* s sklicevanjem na enake razloge ponovno potrdilo stališče, da imajo potniki, ki so prispeli v namembni kraj z najmanj triurno zamudo, pravico do pavšalnega nadomestila iz 7. člena Uredbe 261/2004. Zadeva *Nelson* pa ni pomembna le zaradi potrditve stališča Sodišča EU iz zadeve *Sturgeon*, da so do pavšalnega nadomestila upravičeni tudi potniki pri veliki zamudi leta. Sodišče je v zadevi *Nelson* namreč odgovorilo na očitke teorije in sodne prakse, da v zadevi *Sturgeon* pri razlagi Uredbe 261/2004 ni pravilno upoštevalo razmerja Uredbe 261/2004 do Montrealske konvencije, in sicer natančneje razmerja do določbe o povrnitvi škode zaradi zamude iz 19. člena Montrealske konvencije.<sup>42</sup> Po mnenju Sodišča EU iz 19. člena Montrealske konvencije izhaja, da je škoda nastala zaradi zamude, da obstaja vzročna zveza med zamudo in škodo ter da je škoda različnih potnikov individualizirana glede na njihove izgube. Izguba časa v smislu Uredbe 261/2004 pa ni škoda, nastala zaradi zamude, temveč pomeni nevšečnost, kot npr. pomanjkanje udobja ali začasna nemožnost komunikacijskih sredstev, ki so običajno na voljo. Izgube časa kot nevšečnosti ni mogoče opredeliti kot škode zaradi zamude v smislu 19. člena Montrealske konvencije, tako da izguba časa ni zajeta z 19. členom Montrealske konvencije. Dalje, izguba časa enako prizadene vse potnike letov z zamudo, zato jo je mogoče nadomestiti s standardiziranim pavšalnim nadomestilom, ne da bi bilo treba presojeti posamični položaj vsakega zadevnega potnika. Po mnenju Sodišča EU ne obstaja nujno vzročna zveza med dejansko zamudo in izgubo časa, ki se šteje za upošteveno za ugotovitev obstoja pravice do pavšalnega nadomestila na

<sup>40</sup> Politis, str. 8.

<sup>41</sup> Sodba v združenih zadevah *Emeka Nelson in drugi proti Deutsche Lufthansa AG*, C-581/10, in *TUI Travel plc in drugi proti Civil Aviation Authority*, C-629/10, EU:C:2012:657.

<sup>42</sup> Glej npr. *Tonner*, r. št. 35, 36.

podlagi Uredbe 261/2004. Posebna obveznost do plačila pavšalnega nadomestila po Uredbi 261/2004 ne nastane zaradi vsake dejanske zamude, temveč le zaradi tiste, ki ima za posledico najmanj triurno izgubo časa glede na prvotno načrtovan čas prihoda. Medtem ko je trajanje zamude običajno dejavnik, ki povzroči večjo škodo, pa pavšalno nadomestilo, priznано na podlagi Uredbe 261/2004, ostane nespremenjeno, saj se trajanje zamude, ki presega tri ure, ne upošteva pri izračunu zneska pavšalnega nadomestila po 7. členu Uredbe 261/2004. Izgube časa, ki temelji na zamudi leta in pomeni nevšečnosti v smislu Uredbe 261/2004, zato ni mogoče opredeliti kot »škode zaradi zamude« po 19. členu Montrealske konvencije.

Sodišče EU je nadalje presojalo obstoj pravice do pavšalnega nadomestila pri zamudi v primeru povezanih letov, ko ima prvo letalo sicer zamudo pod mejami, določenimi v 6. členu Uredbe 261/2004, vendar potnik zaradi te zamude zamudi povezovalni let in prispe v končni namembni kraj z več kot triurno zamudo. V zadevi *Folkerts*<sup>43</sup> sta Folkertsova imela rezerviran let iz Bremna v Asunción prek Pariza in São Paula. Glede na prvotno načrtovan let bi moralo letalo iz Bremna vzleteti 16. maja 2006 ob 6.30 in istega dne ob 23.30 prispeti v Asunción. Let iz Bremna v Pariz, ki ga je izvedla družba Air France, je imel ob odhodu približno dve uri in pol zamude glede na predvideno uro odhoda. Folkertsova, ki sta pridobila vstopne kupone za celotno potovanje že ob odhodu iz Bremna, sta v Pariz prispela šele, ko je letalo družbe Air France, ki bi morala zagotoviti vmesni let za zvezo do São Paula, že odletelo. Družba Air France je rezervacijo Folkertsovih prenesla na poznejši let za São Paulo. Zaradi zapoznelega prihoda v São Paulo sta Folkertsova zamudila tudi drugi načrtovani povezovalni let za Asunción. V Asunción sta zato prispela z zamudo enajst ur glede na prvotno načrtovano uro prihoda. Sodišči prve in druge stopnje sta odločili, da je družba Air France dolžna Folkertsovima plačati pavšalno nadomestilo v višini 600 EUR na podlagi 7. člena Uredbe 261/2004. Družba Air France je na nemško Zvezno vrhovno sodišče vložila zahtevo za revizijo postopka, ki je na Sodišče EU naslovilo predhodno vprašanje, ali ima potnik pravico do pavšalnega nadomestila po 7. členu Uredbe 261/2004, če ob odhodu letala nastane zamuda v časovnem razponu, ki je pod mejami, opredeljenimi v 6. členu Uredbe 261/2004, prihod v zadnji namembni kraj pa je vsaj tri ure po prihodu po voznem redu.

Sodišče EU v zadevi *Folkerts* naprej ugotavlja, da Uredba 261/2004 predvideva dva položaja zamude leta. Prvič, v nekaterih okoliščinah, kakršne so pri zamudi leta iz 6. člena Uredbe 261/2004, se ta uredba nanaša zgolj na zamudo leta glede na uro odhoda po voznem redu. Drugič, Uredba 261/2004 ureja tudi položaj pri zamudi leta, ugotovljeni ob prihodu v končni namembni kraj. Pri tej

<sup>43</sup> Sodba Air France proti Heinz-Gerke Folkerts in Luz-Tereza Folkerts, C-11/11, EU:C:2013:106.

obliki zamude v točki (iii) alineje (c) prvega odstavka 5. člena Uredbe 261/2004 zakonodajalec EU izpeljuje pravne posledice iz dejstva, da potniki, katerih let je bil odpovedan in ki jim je letalski prevoznik ponudil spremembo poti, prispejo v končni namembni kraj z zamudo glede na prihod odpovedanega leta po voznem redu. Sodišče EU se v nadaljevanju sklicuje na zadevo *Sturgeon*, v kateri je pri pravici do pavšalnega nadomestila izenačilo potnike odpovedanih letov in potnike letov, ki imajo več kot triurno zamudo pri prihodu v namembni kraj, saj obe kategoriji potnikov utrpita enake nevšečnosti zaradi izgube časa. Ker se te nevšečnosti glede letov, ki imajo zamudo, uresničijo ob prihodu v končni namembni kraj, je Sodišče EU presodilo, da je treba zamudo presojati glede na uro načrtovanega prihoda v ta kraj. Pojem »končni namembni kraj« je namreč v alineji (h) 2. člena Uredbe št. 261/2004 opredeljen kot namembni kraj, naveden na vozovnici, ki je predložena pri prijavi na let, pri povezovalnih letih pa kot namembni kraj zadnjega leta. Torej je pri povezovalnih letih za pavšalno nadomestilo iz 7. člena Uredbe št. 261/2004 pomembna le zamuda, ugotovljena glede na uro načrtovanega prihoda v končni namembni kraj, ki se razume kot namembni kraj zadnjega leta, s katerim je letel zadevni potnik. Nadalje Sodišče EU izpostavi, da je namen 6. člena Uredbe 261/2004, ki se nanaša na zamudo leta glede na odhod po voznem redu, ugotavljanje pogojev, pod katerimi imajo potniki pravico do oskrbe in alternativnega leta iz 8. in 9. člena te uredbe. Iz tega izhaja, da za pridobitev pravice do pavšalnega nadomestila, do katerega je potnik upravičen na podlagi 7. člena Uredbe 261/2004, niso relevantni pogoji, ki so določeni v 6. členu te uredbe. Zato okoliščina, da let ni imel zamude glede na uro odhoda po voznem redu, ne vpliva na obveznost letalske družbe, da potnikom poravna pavšalno nadomestilo, če je zadnji let ob prihodu v končni namembni kraj imel zamudo najmanj tri ure.

S tem ko je Sodišče EU potnikom, ki so v končni namembni kraj prispeli z najmanj triurno zamudo, priznalo pravico do pavšalnega nadomestila, je natančna opredelitev trenutka prihoda letala postala zelo pomembna. Uredba 261/2004 trenutka dejanskega prihoda letala ne definira. Možni prihodi letala so lahko trenutek, ko se kolesa letala dotaknejo pristajalne steze, ko se letalo ustavi na predvidenem parkirnem mestu pri terminalu in se aktivirajo zavore, ali trenutek, ko potnik vstopi v terminal.<sup>44</sup> Na navedeno vprašanje je Sodišče EU odgovorilo v zadevi *Germanwings*,<sup>45</sup> po kateri se za prihod letala šteje trenutek, ko se odprejo vrata letala in je potnikom dovoljeno izkrcanje. Navedeni trenutek se primerja z načrtovanim prihodom letala in ugotovi morebitna zamuda. Sodišče EU je argumentiralo, da so potniki med letom po navodilih in pod nadzorom letalskega

<sup>44</sup> Schmid (2015), str. 514.

<sup>45</sup> Sodba *Germanwings GmbH proti Ronny Henning*, C-452/13, EU:C:2014:2141.

prevoznika zaprti v prostoru, kjer so iz tehničnih in varnostnih razlogov njihove možnosti komuniciranja z zunanjim svetom znatno omejene. V takih razmerah potniki ne morejo neprekinjeno urejati svojih osebnih ali poklicnih zadev. Let je zato končan, ko potniki lahko ponovno opravljajo svoje običajne dejavnosti v osebni in poklicni življenju. Po mnenju Sodišča EU ta trenutek nastopi, ko se odprejo vrata letala in je potnikom dovoljeno izkrcanje.

## 5. Izjemne okoliščine, ki letalskega prevoznika razbremenijo obveznosti poravnati pavšalno nadomestilo

Razširitev obveznosti letalskega prevoznika glede plačila pavšalnega nadomestila tudi na primere velike zamude leta odpre vprašanje, ali in pod kakšnimi pogoji se lahko letalski prevoznik razbremeni te obveznosti. Sodišče EU je v zadevi *Sturgeon* hkrati s priznanjem pravice potnikov do pavšalnega nadomestila po 7. členu Uredbe 261/2004 opozorilo, da izenačitev potnikov pri odpovedi leta s potniki pri veliki zamudi leta glede pravice do pavšalnega nadomestila hkrati tudi pomeni, da se lahko letalski prevoznik razbremeni obveznosti plačati pavšalno nadomestilo iz enakih razlogov kot pri odpovedi leta. Letalski prevoznik lahko dokaže, da so za zamudo leta krive izredne razmere, ki se jim ni bilo mogoče izogniti, čeprav so bili sprejeti vsi ustrezni ukrepi.<sup>46</sup> Teorija in sodna praksa opozarjata, da je treba pravni standard izjemnih razmer zaradi čim višjega standarda varstva pravic potnikov razlagati restriktivno.<sup>47</sup>

Pri razlagi pojma izredne razmere je v pomoč besedilo uvodnih izjav Uredbe 261/2004. V uvodnih izjavah so primeroma naštetje okoliščine, ki povzročijo nastanek izrednih razmer.<sup>48</sup> Te okoliščine so politična nestabilnost, vremenski pogoji, ki so nezdržljivi z izvedbo zadevnega leta, tveganja, povezana z varovanjem, nepredvidene pomanjkljivosti, ki lahko prizadenejo varnost leta, ter stavke, ki prizadenejo delovanje dejanskega letalskega prevoznika.<sup>49</sup> Po uvodni izjavi 15 Uredbe 261/2004 se šteje, da izredne razmere obstajajo, kadar odločitev sistema upravljanja zračnega prometa za določen zrakoplov določenega dne vpliva na nastanek velike zamude, zamude prek noči ali na odpoved enega leta ali več letov tega zrakoplova, tudi če je zadevni letalski prevoznik sprejel vse ustrezne ukrepe, da bi se izognil zamudi ali odpovedi leta.<sup>50</sup> Besedilo navedene določbe po mne-

<sup>46</sup> Določba tretjega odstavka 5. člena Uredbe 261/2004.

<sup>47</sup> Sendmeyer str. 811; Bosch, str. 106; sodba Friederike Wallentin-Hermann proti Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA, C-549/07, EU:C:2008:771.

<sup>48</sup> Sendmeyer, str. 811.

<sup>49</sup> Glej uvodno izjavo 14 Uredbe 261/2004.

<sup>50</sup> Glej uvodno izjavo 15 Uredbe 261/2004.

nju teorije kaže na to, da je imel zakonodajalec pri opredelitvi izrednih razmer v mislih le takšne okoliščine, ki imajo nujno za posledico odpoved ali zamudo leta.<sup>51</sup> Vzrok za izredne razmere ne sme biti povezan z običajnim tveganjem letalskega prevoznika in mora biti takšne narave, da ga letalski prevoznik ne more nadzorovati. Preveriti je torej treba, ali so do zamude leta privedle okoliščine, ki jih letalski prevoznik ni mogel nadzorovati in preprečiti. Letalski prevoznik se zato npr. ne more razbremeniti odgovornosti po Uredbi 261/2004 zaradi slabega vremena, če je prišlo do zamude leta le zato, ker letalo ni opremljeno z ustrezno tehnologijo za vzlet ali pristanek v takšnem vremenu. So pa npr. podane izredne razmere, če letalo ne more vzleteti ali pristati zaradi velike količine snega na vzletni oziroma pristajalni stezi.<sup>52</sup>

Čeprav so podane izredne razmere v smislu Uredbe 261/2004, se letalski prevoznik ne more razbremeniti obveznosti plačati pavšalno nadomestilo, če bi se z ustreznimi ukrepi lahko izognil izrednim razmeram.<sup>53</sup> Sodišče mora zato opraviti miselni test in se vprašati, ali bi letalski prevoznik z ustreznim ukrepom lahko pretrgal vzročno zvezo med izrednimi razmerami in zamudo leta.

Z razlago pojma izredne razmere se je večkrat ukvarjalo Sodišče EU. V zadevi *Wallentin-Hermann*<sup>54</sup> je sodišče presojalo, ali lahko tehnične napake pomenijo izredne razmere v smislu Uredbe 261/2004. Sodišče EU je odločilo, da mora letalski prevoznik dokazati, da se razmeram nikakor ni bilo mogoče izogniti z ukrepi, ki so bili prilagojeni okoliščinam. Letalski prevoznik mora torej opraviti vse ukrepe, ki so v njegovi moči glede na njegove tehnične in ekonomske zmogljivosti. Letalski prevoznik mora namreč dokazati, da se kljub uporabi celotnega osebja ter vseh materialnih in finančnih sredstev, s katerimi razpolaga, očitno ne bi mogel izogniti izrednim razmeram, s katerimi je bil soočen in zaradi katerih je bil let odpovedan, razen če bi privolil v nevzdržna odrekanja glede na zmogljivosti svoje družbe v tistem trenutku. Tehnična napaka na letalu, zaradi katere je let odpovedan, ne pomeni izrednih razmer, razen če je ta napaka nastala zaradi dogodkov, ki glede na značilnosti ali izvor niso neločljivo povezani z običajnim opravljanjem dejavnosti zadevnega letalskega prevoznika in jih ta ne opazi pri dejanskem nadzoru.<sup>55</sup> Pogostost tehničnih napak, ugotovljenih pri letalskem prevozniku, sama po sebi ni dejavnik, na podlagi katerega bi bilo mogoče ugotoviti

<sup>51</sup> Sendmeyer, str. 811; Bosch, str. 106.

<sup>52</sup> Sendmeyer, str. 811.

<sup>53</sup> Določba tretjega odstavka 5. člena Uredbe 261/2004.

<sup>54</sup> Sodba Friederike Wallentin-Hermann proti Alitalia – Linee Aeree Italiane SpA, C-549/07, EU:C:2008:771.

<sup>55</sup> Enako Sodišče EU tudi v zadevi *Sturgeon* pri presoji, ali tehnična napaka pomeni izredne razmere, ki izključujejo obveznost letalskega prevoznika do plačila pavšalnega nadomestila zaradi zamude leta.

obstoj ali neobstoj izrednih razmer. Prav tako se letalski prevoznik ne razbremeni obveznosti plačati pavšalno nadomestilo, če je spoštoval minimalna pravila glede vzdrževanja letala, saj to ni zadosten dokaz, da je sprejel vse ustrezne ukrepe v skladu s tretjim odstavkom 5. člena Uredbe 261/2004. Po praksi Sodišča EU in nemških sodišč lahko tehnične napake pomenijo izredne razmere le pri skritih napakah, nastalih pri proizvodnji,<sup>56</sup> in napakah, nastalih zaradi sabotaže ali terorističnih dejanj.<sup>57</sup>

V zadevi *Eglitis*<sup>58</sup> je Sodišče EU poudarilo, da mora letalski prevoznik na podlagi tretjega odstavka 5. člena Uredbe 261/2004 opraviti vse ustrezne ukrepe z namenom, da se izogne izrednim razmeram. Pri načrtovanju leta mora zato ustrezno upoštevati nevarnost zamude zaradi morebitnega nastopa izrednih razmer. Razumen letalski prevoznik mora – da bi preprečil, da ne bi vsaka, tudi neznatna zamuda neizogibno povzročila odpovedi leta – načrtovati svoje vire pravočasno, da bi imel manjšo časovno rezervo in da bi lahko, če bi bilo to mogoče, navedeni let opravil po koncu izrednih razmer. Sodišče mora torej preveriti, ali je letalski prevoznik sprejel vse ukrepe, ki so bili prilagojeni konkretnim okoliščinam. Uredbe 261/2004 zato po mnenju Sodišča EU ni mogoče razlagati tako, da v okviru ustreznih ukrepov določa, da je treba na splošno in ne glede na okoliščine načrtovati najmanjšo časovno rezervo, ki se brez razlikovanja nanaša na vse letalske prevoznike v vseh primerih, ko nastopijo izredne razmere. Pri presoji zmožnosti letalskega prevoznika, da v novih okoliščinah, ki so posledica nastopa teh razmer, načrtovani let izvede v celoti, pa je treba paziti, da dolžina zahtevane časovne rezerve ne povzroči, da mora letalski prevoznik privoliti v nevdružna odrekovanja glede na zmogljivosti svoje družbe v tistem trenutku.

Leta 2010 so se potniki in letalski prevozniki morali soočiti s posebnimi razmerami, saj je izbruhnil ognjenik na Islandiji. Eksplozivna faza, ki je povzročila oblak ognjeniškega prahu na evropskem nebu, se je začela 14. aprila 2010. Organi, pristojni za zračni promet, so 15. aprila 2010 zaradi nevarnosti za letala zaprli zračni prostor več držav članic EU. Sodišče EU, ki je v zadevi *McDonagh* odločalo o pravicah potnikov pri zamudi leta, je v navedeni zadevi potrdilo, da takšne vremenske razmere pomenijo izredne razmere, zaradi česar letalski prevoznik ni dolžan plačati pavšalnega nadomestila po 7. členu Uredbe 261/2004.

<sup>56</sup> Sodba AG Frankfurt, št. 31 C 961/11 z dne 24. 6. 2011, v: BeckRS 2011, str. 26964.

<sup>57</sup> Sodba Sodišča EU v združenih zadevah Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon in Alana Sturgeon proti Condor Flugdienst GmbH, C-402/07, ter Stefan Böck in Cornelia Lepuschitz proti Air France SA, C-432/07, EU:C:2009:716; sodba AG Düsseldorf, št. 37 C 3495/11 z dne 23. 7. 2011, v: NJW-RR 2012, 188, 189.

<sup>58</sup> Sodba Andrejs Eglitis in Edvards Ratnieks proti Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija, C-294/10, EU:C:2011:303.



V zadevi *Siewert*<sup>59</sup> je Sodišče EU presojalo, ali je trk letaliških pomičnih stopnic za vkrcanje v letalo treba opredeliti kot izredne razmere, ki letalskega prevoznika oproščajo obveznosti plačila pavšalnega nadomestila potnikom v primeru zamude leta. Sodišče najprej poudarja, da je pri izključitvi obveznosti letalskega prevoznika glede plačila pavšalnega nadomestila treba pojem izredne razmere razlagati ozko. Vsake izredne razmere letalskega prevoznika ne oprostijo plačila pavšalnega nadomestila, ampak mora letalski prevoznik med drugim dokazati, da se razmeram nikakor ni bilo mogoče izogniti z ukrepi, ki so bili prilagojeni okoliščinam. V zvezi s tehničnimi težavami na letalu je Sodišče EU v zadevi *Siewert* pojasnilo, da je tehnične težave na letalu mogoče šteti za izredne razmere v smislu tretjega odstavka 5. člena Uredbe št. 261/2004 le, če se nanašajo na dogodek, ki ni neločljivo povezan z običajnim opravljanjem dejavnosti letalskega prevoznika in ki zaradi značilnosti ali izvora ni opazen pri dejanskem nadzoru. Letališke pomične stopnice za vkrcanje v letalo ali pomični mostovi se nujno uporabljajo pri letalskem prevozu potnikov, saj potnikom omogočajo vstop in izstop iz letala, tako da se letalski prevozniki pogosto srečujejo s položaji, ki so posledica uporabe takih pomičnih stopnic. Trk letala s pomičnimi stopnicami je treba šteti za dogodek, ki je neločljivo povezan z običajnim opravljanjem dejavnosti letalskega prevoznika. Takega trčenja zato po mnenju Sodišča EU ni mogoče opredeliti kot izredne razmere, ki letalskega prevoznika razbremenijo obveznosti plačila pavšalnega nadomestila pri zamudi leta.

## 6. Odškodninska odgovornost letalskega prevoznika zaradi zamude leta

Uredba 261/2004 v 12. členu določa, da uredba ne posega v pravico potnikov do dodatne odškodnine.<sup>60</sup> Po mnenju Sodišča EU je iz te določbe jasno razvidno, da dodatna odškodnina dopolnjuje ukrepe, določene po Uredbi 261/2004. Potniki imajo zato pravico do povrnitve vse škode, ki jim je nastala, ker letalski prevoznik ni izpolnil pogodbenih obveznosti. Določba 12. člena Uredbe 261/2004 zato nacionalnemu sodišču dopušča, da letalskemu prevozniku naloži plačilo odškodnine.<sup>61</sup> Potnik, ki utrpi pravno priznano škodo, lahko zahteva povrnitev škode od letalskega prevoznika pod pogoji, določenimi z Montrealsko konven-

<sup>59</sup> Sklep *Sandy Siewert* in drugi proti *Condor Flugdienst GmbH*, C-394/14, EU:C:2014:2377.

<sup>60</sup> V angleškem jeziku Uredba 261/2004 v 12. členu govori o »further compensation«.

<sup>61</sup> Sodba *Aurora Sousa Rodríguez* in drugi proti *Air France SA*, C-83/10, EU:C:2011:652.



cijo.<sup>62</sup> Potnik mora v skladu z nacionalnim pravom izkazati vse predpostavke odškodninske odgovornosti.<sup>63</sup>

Škoda, ki jo je letalski prevoznik dolžan povrniti na podlagi Montrealske konvencije, je lahko premoženjska ali nepremoženjska.<sup>64</sup> Premoženjsko škodo predstavljajo npr. stroški, ki nastanejo potniku pri prevozu s taksijem do namembnega letališča, če je letalo pristalo na drugem letališču, kot je bilo predvideno, in stroški prehrane na letališču zaradi daljšega zadrževanja na letališču.<sup>65</sup>

Potnik, ki utrpi škodo, lahko zahteva povrnitev škode od letalskega prevoznika tudi, če mu je letalski prevoznik zaradi zamude plačal pavšalno nadomestilo po 7. členu Uredbe 261/2004. Po 12. členu Uredbe 261/2004 se lahko pavšalno nadomestilo, ki ga potnik prejme zaradi zamude leta na podlagi 7. člena Uredbe 261/2004, odšteje od odškodnine.<sup>66</sup> Ker je v 12. členu Uredbe 261/2004 uporabljena beseda »lahko«, se postavi vprašanje, v katerih primerih se plačano pavšalno nadomestilo odšteje od odškodnine oziroma v katerih primerih se ne odšteje. Navedeno vprašanje je sporno, zato je nemško Zvezno vrhovno sodišče na Sodišču EU naslovalo predhodno vprašanje na to temo.<sup>67</sup> Na odločitev Sodišča EU o tem vprašanju še čakamo.<sup>68</sup>

Poleg razmerja med pavšalnim nadomestilom in odškodnino je zanimivo tudi razmerje med pavšalno odškodnino in drugimi sankcijami zaradi kršitve pogodbenih obveznosti. Nemško Zvezno vrhovno sodišče je v enem primeru odločalo o razmerju med pavšalnim nadomestilom iz 7. člena Uredbe 261/2004 in zahtevkom za znižanje kupnine zaradi kršitve obveznosti iz pogodbe o organiziranju potovanja. Turistična agencija je za tožnico organizirala potovanje v Dubaj. Tožnica je v Dubaj potovala z direktnim letom iz Düsseldorfa, enako tudi nazaj. Pri povratnem letu je imelo letalo zamudo, zato je tožnica prispela v Düsseldorf s petindvajseturno zamudo. Dejanski letalski prevoznik je tožnici na podlagi 7. člena Uredbe 261/2004 plačal pavšalno nadomestilo v višini 600 EUR. Naknadno je tožnica zaradi navedene zamude letala pri turistični agenciji uveljavljala znižanje kupnine zaradi kršitve obveznosti iz pogodbe o organiziranju potovanja in zahtevala povrnitev dela kupnine v višini 426,30 EUR. Turistična agencija je zahtevku tožnice za znižanje kupnine ugovarjala in navajala, da zah-

<sup>62</sup> Sodba *The Queen* na predlog *International Air Transport Association* in *European Low Fares Airline Association* proti *Department for Transport*, C-344/04, EU:C:2006:10.

<sup>63</sup> Sodba *Aurora Sousa Rodríguez* in drugi proti *Air France SA*, C-83/10, EU:C:2011:652.

<sup>64</sup> Prav tam.

<sup>65</sup> Prav tam.

<sup>66</sup> Določba prvega odstavka 12. člena Uredbe 261/2004.

<sup>67</sup> Sklep nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, št. X ZR 113/12 z dne 30. 7. 2013.

<sup>68</sup> Do oddaje prispevka dne 15. 6. 2015 Sodišče EU o tem vprašanju še ni odločilo.

tevek za znižanje kupnine predstavlja zahtevek za povrnitev nadaljnje škode po 12. členu Uredbe 261/2004, zato se plačano pavšalno nadomestilo iz 7. člena Uredbe 261/2004 lahko odšteje od zahtevka za povrnitev dela kupnine zaradi znižanja kupnine. Sodišči prve in druge stopnje sta tožničin zahtevkov za znižanje kupnine zavrnila, kar je potrdilo tudi nemško Zvezno vrhovno sodišče.<sup>69</sup> Nemško Zvezno vrhovno sodišče se uvodoma sklicuje na prakso Sodišča EU in navaja, da pojem nadaljnje škode po prvem odstavku 12. člena Uredbe 261/2004 zajema tako premoženjsko kot nepremoženjsko škodo.<sup>70</sup> Po mnenju nemškega Zveznega vrhovnega sodišča je zahtevek za povrnitev nadaljnje škode po prvem odstavku 12. člena Uredbe 261/2004 podan takrat, ko potnik s takim zahtevkom zahteva denarno nadomestilo za kršitev pogodbe zaradi zavrnitve vkrcanja, odpovedi ali velike zamude leta, pri čemer pa tako nadomestilo predstavlja odmeno za nevšečnosti, ki jih je potnik utrpel zaradi zavrnitve vkrcanja, odpovedi ali zamude leta. Zahtevek za znižanje kupnine zaradi zamude leta po mnenju nemškega Zveznega vrhovnega sodišča nedvomno predstavlja zahtevek za nadaljnjo povrnitev škode v smislu prvega odstavka 12. člena Uredbe 261/2004, saj vračilo dela kupnine na podlagi zahtevka za znižanje kupnine predstavlja denarno odmeno za nevšečnosti, ki jih potnik utrpi zaradi zamude leta. Nemško Zvezno vrhovno sodišče je zato tožničin zahtevek za povrnitev dela kupnine v višini 426,30 EUR zavrnilo, saj je tožnica za iste nevšečnosti zaradi zamude leta že prejela 600 EUR.

## 7. Sklep

Sodišče EU je v zadevi *Sturgeon* potnike, katerih let ima najmanj triurno zamudo pri prihodu v končni namembni kraj, pri pravici do pavšalnega nadomestila izenačilo s potniki odpovedanih letov. Temeljni argument Sodišča EU za priznanje pravice do pavšalnega nadomestila pri zamudi leta je načelo enakega obravnavanja posameznikov, ki so v podobnem položaju. Pavšalno nadomestilo predstavlja odmeno za nevšečnosti, ki jih potniki utrpijo tako pri odpovedi leta kot tudi pri zamudi leta, zato morajo biti po mnenju Sodišča EU izenačeni tudi pri pravici do pavšalnega nadomestila. Potniki imajo pravico do pavšalnega nadomestila ne glede na to, ali jim je zaradi zamude leta nastala škoda. Letalski prevoznik se obveznosti plačati pavšalno nadomestilo zaradi zamude leta razbremeni z dokazom, da so za zamudo leta krive izredne razmere, ki se jim ni mogel izogniti, čeprav je opravil vse ustrezne ukrepe.

Odločbe Sodišča EU, ki pravice potnikov po Uredbi 261/2004 širijo v korist potnikov, so za potnike dobrodošle in jim dajejo občutek močnega varstva. Ne

<sup>69</sup> Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, št. X ZR 126/13 z dne 30. 9. 2014.

<sup>70</sup> Glej sodbo *Aurora Sousa Rodríguez* in drugi proti *Air France SA*, C-83/10, EU:C:2011:652.

smejo pa potniki pozabiti, da bo imela takšna širitev pravic nedvomno ekonomske posledice. Prepričan sem, da bodo letalski prevozniki stroške zaradi širitve obveznosti plačila pavšalnega nadomestila tudi na primere, na katere sprva niso računali, prej ko slej vračunali v ceno letalskih vozovnic, saj bodo želeli imeti določeno rezervo za morebitne dodatne stroške. Potniki zato ne smejo živeti v prepričanju, da je pravica do pavšalnega nadomestila, ki jo je Sodišče EU začelo priznavati tudi pri velikih zamudah letov, zastoj. Generalni pravobranilec je v svojem sklepnem predlogu v zadevi *McDonagh* navedel, da morajo letalski prevozniki kot skrbni subjekti predvideti stroške, povezane z obveznostjo oskrbe iz Uredbe 261/2004, da bi to obveznost po potrebi izpolnili, in lahko stroške iz tega naslova prenesejo na ceno letalskih vozovnic.<sup>71</sup> Ugotovitev generalnega pravobranilca je mogoče smiselno uporabiti tudi pri priznavanju pravice do pavšalnega nadomestila pri zamudi leta. Ugotovitev, da bodo letalski prevozniki širitev pravice do pavšalnega nadomestila prej ko slej prenesli na cene letalskih vozovnic, pa potnikov ne sme razočarati, ampak mora biti dodatna spodbuda, da pri najmanj triurni zamudi leta uveljavljajo pravico do pavšalnega nadomestila po Uredbi 261/2004, saj so za njo sami plačali.

## Literatura in viri

- BOSCH, Lorz, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Haftung von Fluggesellschaften im Rahmen der Fluggastrechteverordnung. *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV)*, 2013, str. 105–111.
- MARTINY, Dieter, Rom I-VO Art. 5 Rom I-VO Beförderungsverträge, r. št. 60–64. V: Säcker, F. J., in Rixecker, R. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10. München: C. H. Beck, 2015.
- PAVLIHA, Marko, Pravica potnikov do odškodnine pri zamudi letala. *Pravnik*, 2012, let. 129, št. 9-10, str. 761–766.
- PAVLIHA, Marko, VLAČIČ, Patrick, *Prevozno pravo: pogodbe o prevozu tovora, potnikov in prtljage*. Ljubljana: GV Založba, 2007.
- POLITIS, Antonios, Sturgeon und kein Ende. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 2014, str. 8–12.
- SCHMID, Ronald, Die »Unvollendete«: Zehn Jahre Fluggastrechte-Verordnung. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2015, str. 513–517.

<sup>71</sup> Sklepní predlog generalnega pravobranilca Yvesa Bota z dne 22. 3. 2012 v zadevi Denise McDonagh proti Ryanair Ltd, C-12/11, EU:C:2012:161, točka 58.

- SCHMIDT, Ronald, Fluggastrechte in der Praxis – Ein Überblick über Entscheidungen zur Verordnung (EG) Nr 261/2004 mit Anmerkungen. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, str. 261–267.
- SENDMEYER, Stefanie, Alle Jahre wieder: Europäische Fluggastrechte im Schneechaos. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2011, str. 808–812.
- STAUDINGER, Ansgar, SCHMIDT-BENDUN, Rüdiger, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2004, str. 1897–1901.
- TONNER, Klaus, Nach § 651: Personen-Beförderungsvertrag, r. št. 24–41, V: Henssler, Martin (ur.), *Münchener Kommentar zum BGB*, C. H. Beck, 2012.

# Varstvo potrošnikov pri osebnih zavarovanjih obveznosti

Ana Vlahek, Matija Damjan

## 1. Uvod

Zavarovanje obveznosti je skupni izraz za vse pravne instrumente, ki upnika varujejo pred nevarnostjo, da dolžnik ne bi izpolnil svoje obveznosti, in sicer tako, da za takšen primer omogočajo izpolnitev obveznosti na drug način oziroma iz drugega vira. Pri stvarnih zavarovanjih pridobi upnik pravico do poplačila iz vrednosti stvari, ki je predmet jamstva, pri osebnih zavarovanjih pa za izpolnitev obveznosti upniku poleg dolžnika jamči tretja oseba – dajalec zavarovanja.<sup>1</sup> Zlasti banke in zavarovalnice izdajajo tovrstna zavarovanja (bančna garancija, kavcijsko zavarovanje, *stand-by* akreditiv) v okviru svoje poslovne dejavnosti, tj. proti plačilu provizije s strani naročnika zavarovanja, kar je običajno dolžnik zavarovane obveznosti. Finančne institucije kot gospodarski subjekti razpolagajo z ustreznim ekonomskim in pravnim znanjem, zato pri teh transakcijah ne potrebujejo posebne pravne zaščite. Drugačen pa je položaj, kadar osebna zavarovanja obveznosti tretjih oseb prevzemajo neprofesionalni posamezniki, ki se običajno ne zavedajo vseh možnih tveganj prevzete obveznosti. Število takšnih primerov se povečuje, saj finančne institucije kot kreditodajalci od ekonomsko šibkejših kreditorejmalcev pogosto zahtevajo, naj zagotovijo zavarovanje svojih obveznosti še z ustrežno zavezo tretje osebe kot poroka oziroma garanta. Ta razred dolžnikov običajno ne more zagotoviti takšnega zavarovanja s strani komercialnih ponudnikov, zato pogosto prepričajo zakonca, starše ali otroke, da ti zanje brezplačno zagotovijo tovrstno osebno zavarovanje za plačilo dolga. Tako nastane pravno razmerje, v katerem na eni strani stoji močna finančna institucija kot upnik zavarovane terjatve, na drugi strani pa ekonomsko bistveno šibkejša fizična oseba kot dajalec zavarovanja za to terjatev. Med strankama tipično obstaja velika asimetrija tudi glede ekonomskega in pravnega znanja ter poslovnih izkušenj, ki so potrebne za razumevanje možnih tveganj, povezanih s prevzemom osebnega zavarovanja.<sup>2</sup> To narekuje, da je treba dajalcu zavarovanja kot potrošniku zagotoviti ustrezno višjo raven pravne zaščite.

<sup>1</sup> Kranjc v: Juhart in Plavšak (1. knjiga), str. 1027; Jus, str. 33.

<sup>2</sup> Drobnič, str. 379.

V slovenskem pravu in večini drugih nacionalnih zakonodaj ne najdemo posebne ureditve varstva potrošnikov, kadar ti nastopajo kot dajalci osebnega zavarovanja, ampak se za ta razmerja uporabljajo splošna pravila potrošniškega oziroma obligacijskega prava. Osnutek Skupnega referenčnega okvira (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*)<sup>3</sup> pa v poglavju IV.G. – 4<sup>4</sup> na enem mestu vsebuje celovito ureditev varstva potrošnikov pri osebnih zavarovanjih, ki je lahko vzor pri urejanju tega področja v nacionalnih zakonodajah. V nadaljevanju so predstavljeni posamezni pravni instrumenti zaščite potrošnikov, ki jih predvideva DCFR v tem poglavju, nato pa je analizirano, ali in kako slovensko pravo varuje potrošnika kot dajalca osebnega zavarovanja v primerljivih položajih.

## 2. Vrste osebnih zavarovanj obveznosti

V slovenskem in drugih nacionalnih pravnih redih so za posamezne instrumente osebnih zavarovanj obveznosti uveljavljena tradicionalna poimenovanja, kot so poroštvo, garancija in patronatska izjava.<sup>5</sup> DCFR ne uporablja teh klasičnih izrazov, ampak vsa osebna zavarovanja deli v dve splošni kategoriji, in sicer glede na razmerje odvisnosti oziroma neodvisnosti med samim zavarovanjem in zavarovano terjatvijo iz temeljnega posla.

### 2.1. Delitev osebnih zavarovanj obveznosti po DCFR

#### 2.1.1. Odvisna osebna zavarovanja obveznosti

Določba IV.G. – 1:101(a) DCFR opredeljuje odvisno osebno zavarovanje kot obveznost dajalca zavarovanja, ki jo je prevzel v korist upnika z namenom zavarovati izpolnitev obstoječe ali bodoče obveznosti, ki jo ima dolжник do upnika, pri

<sup>3</sup> Gre za končno verzijo akademskega osnutka vzorčnega civilnega zakonika, ki sta ga pripravili Študijska skupina za evropski civilni zakonik (*Study Group on a European Civil Code – SGECC*) in Raziskovalna skupina o skupnostnem zasebnem pravu (*Research Group on EC Private Law – Acquis Group*). Več o projektu DCFR glej Možina; Vlahek, str. 300–303. Zadnja različica besedila DCFR (Outline Edition) iz leta 2009 je dostopna na: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf), komentar DCFR pa je bil objavljen leta 2009 v zbirki knjig von Bar, Clive (ur.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*.

<sup>4</sup> Poglavje 4 o potrošniških osebnih zavarovanjih (*Special rules for personal security of consumers*) je zadnje poglavje Dela G (*Personal security*) Knjige IV (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*) DCFR. Poglavje 1 Dela G določa splošna pravila (*Common rules*), poglavje 2 ureja odvisna osebna zavarovanja (*Dependent personal security*), poglavje 3 pa neodvisna osebna zavarovanja (*Independent personal security*). Člen IV.G. – 1:103 DCFR določa, da so določila Dela G – z izjemo, kjer poglavje 4 o potrošniških osebnih zavarovanjih določa drugače – dispozitivna.

<sup>5</sup> Več o tem glej Damjan in Vlahek.

čemer obveznost dajalca zavarovanja zapade samo tedaj in v tolikšnem obsegu, kot zapade dolžnikova obveznost.<sup>6</sup> Z drugimi besedami je torej obveznost dajalca zavarovanja akcesorna v razmerju do temeljne obveznosti dolžnika upniku in brez nje ne more obstajati.

Razmerje odvisnosti dajalcu zavarovanja omogoča, da se pred zahtevki upnika iz naslova zavarovanja brani z vsemi ugovori, ki bi jih imel dolžnik iz temeljne terjatve, s čimer je nekoliko omiljeno tveganje, ki ga je dajalec zavarovanja prevzel. DCFR zato v členu IV.G. – 2:101 vzpostavlja domnevo odvisnosti osebnega zavarovanja obveznosti. Za vsako obveznost plačati ali drugače izpolniti upnikovo terjatev ali mu povrniti škodo, prevzeto za namen zavarovanja, se domneva, da vzpostavlja odvisno osebno zavarovanje, razen če upnik izkaže, da je bilo dogovorjeno drugače. Neodvisno osebno zavarovanje mora biti torej vedno jasno izraženo, v nasprotnem primeru velja, da je bilo dogovorjeno odvisno zavarovanje. Še posebej dobri razlogi za takšno domnevo so ravno pri zavarovanjih, ki jih prevzamejo potrošniki kot šibkejše stranke.<sup>7</sup> Domneva odvisnosti velja za vse oblike osebnih zavarovanj obveznosti, ne le potrošniške. Drugi odstavek istega člena DCFR to posebej določa za zavezujoče patronatske izjave (*binding comfort letter*),<sup>8</sup> domneva pa velja tudi za sodolžništvo (ali solidarno dolžništvo), ki je bilo vzpostavljeno za namene zavarovanja (npr. s pristopom k dolgu).<sup>9</sup>

V evropskih državah je odvisno osebno zavarovanje temeljna oblika osebnega zavarovanja, ki večinoma temelji na *fideiussio* rimskega prava, zanj pa se uporabljajo različni posebni izrazi, ki vsebinsko ustrezajo našemu poroštvo (ang. *suretyship*, nem. *Bürgschaft*, fr. *cautionnement*, it. *fideiussione*, šp. *fianza*).<sup>10</sup> Porokova obveznost je akcesorne narave, kar pomeni, da je vezana na obstoj obveznosti iz temeljnega posla, zaradi česar lahko porok proti upniku uveljavlja vse ugovore, ki bi jih lahko uveljavljal glavni dolžnik.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Člen IV.G. – 2:102(2) DCFR določa izjemo v primerih dolžnikove insolventnosti, ko je dolžnikova obveznost zmanjšana ali odpravljena, oziroma v drugih primerih, ko to tako predvideva zakonodaja. Več o tem glej von Bar in Clive, str. 2585.

<sup>7</sup> Drobnič, str. 196; von Bar in Clive, str. 2581–2582.

<sup>8</sup> Več o tem glej v von Bar in Clive, str. 2519 in 2581.

<sup>9</sup> Von Bar in Clive, str. 2520 in 2581. Določba IV.G. – 1:101(e) DCFR opredeljuje sodolžništvo za namene zavarovanja kot obveznost, ki jo dolgujeta dva ali več dolžnikov, pri čemer je eden od dolžnikov – dajalec zavarovanja – prevzel obveznost predvsem z namenom zagotoviti zavarovanje v razmerju do upnika.

<sup>10</sup> Drobnič, str. 102–103. Poroštvo je bilo ena glavnih oblik utrditve obveznosti že v babilonskem, asirskem in rimskem pravu, današnja oblika instituta se je ustalila v Justinijanovem pravu. Förster, str. 43 in nasl.; Kranjc, str. 738–749.

<sup>11</sup> Več o tem glej Damjan in Vlahek.

## 2.1.2. Neodvisna osebna zavarovanja obveznosti

DCFR v členu IV.G. – 1:101(b) določa, da je neodvisno osebno zavarovanje tista obveznost, ki jo dajalec zavarovanja prevzame v korist upnika za namene zavarovanja in za katero je izrecno ali implicitno določeno, da ni odvisna od obveznosti tretje osebe do upnika. Določitev neodvisnosti zavarovanja mora biti jasno izražena, kar sovpada z že omenjeno domnevo iz člena IV.G. – 2:101 DCFR. Izrecno je neodvisnost običajno izražena z besedno zvezo »neodvisno zavarovanje« oz. »neodvisna garancija«, implicitno pa je izražena takrat, ko instrument zavarovanja ne omenja temeljne terjatve.<sup>12</sup> Zgolj omemba temeljne terjatve v instrumentu zavarovanja sama na drugi strani vendarle še ne vzpostavlja odvisnosti med njima.<sup>13</sup> Kot neodvisno zavarovanje se vedno obravnava tudi *stand-by* akreditiv (člen IV.G. – 3:101 DCFR). Neodvisno osebno zavarovanje se od odvisnega torej razlikuje v tem, da veljavnost obveznosti dajalca zavarovanja v razmerju do upravičenca ni nikakor odvisna od drugih poslov, zlasti ne od temeljnega razmerja med upnikom in dolžnikom, posebej ne od veljavnosti te temeljne (zavarovane) obveznosti.<sup>14</sup>

Dajalec neodvisnega zavarovanja je dolžan izpolniti svojo obveznost, če od upnika prejme pisno zahtevo za izpolnitev, ki v celoti ustreza zahtevam pogodbe o ustanovitvi zavarovanja. Obveznost mora izpolniti najkasneje v sedmih dneh od prejema zahteve ali pa v tem roku obvestiti upnika o razlogih za zavrnitev zahteve (IV.G. – 3:103). Zaradi neodvisnosti zavarovanja zahteve za plačilo ne sme zavrniti iz razloga, da temeljna obveznost ne obstaja ali da jo je dolžnik že poravnal, ampak lahko proti upniku uveljavlja samo lastne ugovore, če jih ima (npr. ugovor pobotanja, če ima dajalec zavarovanja sam terjatev proti upniku zavarovane obveznosti). Če pa je v zavarovanju določeno, da je plačljivo na prvo zahtevo, potem dajalec zavarovanja ne more odkloniti izplačila niti zaradi svojih ugovorov, ampak mora obveznost izpolniti, če je upnik zahtevi predložil pisno izjavo, v kateri izrecno potrjuje, da so izpolnjeni vsi pogoji, zaradi katerih je upravičen do unovčitve zavarovanja (IV.G. – 3:104).

Neodvisna zavarovanja, med katerimi je najpogosteje uporabljena bančna garancija, so novejša oblika zavarovanja obveznosti, katere zametki segajo na konec 19. stoletja, intenzivneje pa so se tovrstni instrumenti začeli razvijati v mednarodni poslovni praksi druge polovice 20. stoletja<sup>15</sup> zaradi potrebe po učinkovitem zavarovanju, ki upniku zagotavlja takojšnjo izpolnitev obveznosti brez

<sup>12</sup> Von Bar in Clive, str. 2491.

<sup>13</sup> Prav tam.

<sup>14</sup> Drobnič, str. 94.

<sup>15</sup> Glej Streule, str. 21–22; Förster, str. 43 in nasl.



zavlačevanja s podajanjem ugovorov iz temeljnega posla in čakanjem na razrešitev spora z dolžnikom.<sup>16</sup> Neodvisno osebno zavarovanje obveznosti v nacionalnih pravnih redih večinoma ni zakonsko regulirano, v praksi zanj prevladuje izraz garancija v ustreznih jezikovnih različicah, v angleščini srečamo tudi vsebinsko soroden izraz *contract of indemnity*.<sup>17</sup>

## 2.2. Oblike osebnih zavarovanj obveznosti po slovenskem pravu

Slovensko pozitivno pravo ureja dve obliki osebnega zavarovanja obveznosti – poroštvo kot odvisno in bančno garancijo kot neodvisno zavarovanje. V poslovni praksi se pojavljajo še nekatere modifikacije teh tipov, kot sta npr. patronatska izjava in poroštvo na prvi poziv. Za zavarovanje obveznosti se lahko uporabi tudi instrument pristopa k dolgu, vendar je to v praksi redko.<sup>18</sup>

### 2.2.1. Poroštvo

Poroštvo nastane s sklenitvijo pogodbe med porokom in upnikom, s katero se porok upniku zaveže, da bo izpolnil veljavno in zapadlo obveznost dolžnika, če ta tega ne bi storil (1012. člen Obligacijskega zakonika – OZ<sup>19</sup>). Poslovni namen poroštva je upniku zagotoviti varnost terjatve.<sup>20</sup> Dolžnik je še vedno zavezan izpolniti obveznost, poleg njega pa je v samostojni zavezi do upnika tudi porok, pri čemer pa porok ne odgovarja za izpolnitev svoje, ampak tuje, dolžnikove obveznosti.<sup>21</sup> Dolžnik ni stranka poroštvene pogodbe in njegovo soglasje za njeno sklenitev ni potrebno. Porok se tako lahko zaveže tudi, če dolžnik temu nasprotuje oziroma če za poroštvo sploh ne izve,<sup>22</sup> običajno pa se zaveže na podlagi nekega kritnega razmerja z dolžnikom. Poroštvena izjava mora biti v pisni obliki (1013. člen OZ).

Poroštvo ni samostojna, ampak je stranska obveznost. Ker porok odgovarja za izpolnitev tuje obveznosti, je poroštvena obveznost akcesorne narave, torej v zvezi z nastankom in obstojem deli usodo glavne obveznosti.<sup>23</sup> Ta navezava je razvidna že iz 1016. člena OZ, po katerem se lahko poroštvo da za vsako veljav-

<sup>16</sup> Förster, str. 5292–5293; Sekolec, str. 15; Kranjc v: Juhart in Plavšak (4. knjiga), str. 1240; Pavičević, str. 33.

<sup>17</sup> Drobnig, str. 104.

<sup>18</sup> Več o tem glej Damjan in Vlahek.

<sup>19</sup> Uradni list RS, št. 97/2007 – UPB.

<sup>20</sup> Cigoj (1986), str. 2638. Glej tudi VS RS sodba RS III Ips 87/2011 z dne 28. 1. 2014.

<sup>21</sup> Kranjc v: Juhart in Plavšak (4. knjiga), str. 1028.

<sup>22</sup> Juhart, Grilc, Ilešič in Strnad, str. 54.

<sup>23</sup> Kranjc v: Juhart in Plavšak (4. knjiga), str. 1030; Tratnik, Vrenčur, Šlamberger, str. 18. Glej VS RS sodba RS III Ips 26/2002 z dne 30. 5. 2002: »Porokova obveznost je akcesorna. Porok jamči za plačilo

no obveznost, vključno s pogojno obveznostjo in določeno bodočo obveznostjo. Nadalje 1017. člen OZ določa, da porokova obveznost ne more biti večja od obveznosti glavnega dolžnika; če je dogovorjeno, da je večja, pa se zmanjša na mero dolžnikove obveznosti. Porok odgovarja tudi za vsako povečanje obveznosti, nastalo z dolžnikovo zamudo ali po dolžnikovi krivdi, če ni dogovorjeno kaj drugega. Akcesornost poroštva poudarjajo določbe 1024. člena OZ, ki poroku priznavajo zoper upnikov zahtevke vse ugovore iz razmerja med upnikom in glavnim dolžnikom, vključno z ugovorom pobotanja (ne pa tudi osebnih dolžnikovih ugovorov).<sup>24</sup> Porok je torej pri izpolnitvi obveznosti v razmerju do upnika v osnovi v enakem položaju, v kakršnem bi bil glavni dolžnik, če bi sam izpolnil svojo obveznost. Dodatno lahko porok seveda uveljavlja ugovore iz pravnega razmerja med sabo in upnikom (npr. ničnost poroštva, zastaranje porokove obveznosti, pobot s svojo terjatvijo). Zakon pa določa nekaj izjem od akcesornosti poroštva, in sicer glede poroštva za obveznost poslovno nesposobne osebe (1015. člen OZ), v primeru stečaja ali prisilne poravnave nad glavnim dolžnikom (1022. člen OZ), v primeru omejitve obveznosti dolžnikovega dediča (1023. člen OZ) in glede zastaranja terjatve (1034. člen OZ).<sup>25</sup>

Akcesornost obstaja samo v razmerju poroštvne obveznosti do obveznosti glavnega dolžnika upniku. Razmerje iz poroštvne pogodbe med porokom in upnikom (t. i. notranje razmerje) pa je neodvisno od razmerja med porokom in glavnim dolžnikom (t. i. kritnega razmerja),<sup>26</sup> čeprav ravno iz tega razmerja navadno izvirajo razlogi, zaradi katerih se je porok zavezal izpolniti dolžnikovo obveznost (npr. da je porok sam dolžnik glavnega dolžnika ali da mu želi storiti uslugo).<sup>27</sup>

### 2.2.2. (Bančna) garancija

Banka garancijo izda na podlagi pogodbe, s katero se naročitelj zaveže banki plačati provizijo za izdano garancijo in ji zagotoviti vračilo plačanega zneska za primer, če bo garancija unovčena (kritno razmerje). Sama bančna garancija ni del pogodbenega razmerja med banko in naročiteljem, ampak nastane z enostransko pisno izjavo banke, naslovljeno na upravičenca, v kateri banka navede

---

tuje obveznosti. Če te ni, tudi ni porokove obveznosti.« Prim. Koziol, Bydlinski in Bollenberger, str. 1635–1636.

<sup>24</sup> Kranjc v: Juhart in Plavšak (4. knjiga), str. 1056. Cigoj sicer dodaja, da je treba zaradi dispozitivnosti pravil sprejeti stališče, da akcesornost ne vpliva na poroštvo, če stranki to želita, da torej pravilo o akcesornosti ni kogentno in tudi ni predpostavka pri vsaki vrsti poroštva. Cigoj, str. 371.

<sup>25</sup> Tratnik, Vrenčur in Šlamberger, str. 19; Koziol, Bydlinski in Bollenberger, str. 1636.

<sup>26</sup> Kranjc v: Juhart in Plavšak (4. knjiga), str. 1032; VS RS sodba RS III Ips 87/2011 z dne 28. 1. 2011.

<sup>27</sup> Cigoj, str. 371–372. Prim. VS RS sodba RS III Ips 45/2008 z dne 5. 10. 2010.

pogoje, pod katerimi se zavezuje izplačati garantirani denarni znesek. Slovenska sodna praksa zato bančno garancijo obravnava kot enostranski pravni posel.<sup>28</sup> V večini pravnih redov bančna garancija ni zakonsko urejena, temveč jo urejajo samoizoblikovana pravila poslovne prakse, sprejeli pa sta jo tudi pravna teorija in sodna praksa.<sup>29</sup> Zanj se lahko uporabijo tudi avtonomna pravila Mednarodne trgovinske zbornice.<sup>30</sup> Jugoslovanski Zakon o obligacijskih razmerjih (ZOR)<sup>31</sup> je primerjalnopravno eden redkih zakonov, ki ureja bančno garancijo, in sicer v XXXVIII. poglavju, ki se na podlagi drugega odstavka 1061. člena OZ še naprej smiselno uporablja kot slovenski predpis.

Člen 1083 ZOR določa, da z bančno garancijo banka prevzema obveznost nasproti prejemniku garancije (upravičencu), da mu bo poravnala obveznost, ki je tretja oseba ob zapadlosti ne bi izpolnila, če bodo izpolnjeni v garanciji navedeni pogoji. Ta opredelitev ni najustreznejša, saj se banka ne zaveže poravnati obveznosti tretje osebe (kot pri poroštvu), ampak svojo lastno obveznost, ki izvira iz garancije.<sup>32</sup> Poleg tega v praksi pri večini bančnih garancij dolžnikova neizpolnitev ob zapadlosti ni določena kot pogoj za garantovo izplačilo.<sup>33</sup> Če je dospelost obveznosti izdajatelja garancije odvisna od tega, ali določena tretja oseba ni izpolnila svoje obveznosti, govorimo o akcesorni ali odvisni garanciji, ki je po svoji naravi podobna poroštvu. Če pa dospelost obveznosti izdajatelja bančne garancije ni odvisna od tega pogoja, govorimo o neakcesorni ali neodvisni bančni garanciji.<sup>34</sup>

ZOR drugače kot DCFR ne razlikuje med pojmom neodvisnega zavarovanja in zavarovanja na prvi poziv, ampak ju pri bančni garanciji enači. V prvem odstavku 1087. člena namreč določa, da če bančna garancija vsebuje klavzulo »brez ugovora«, »na prvi poziv« ali besede z enakim pomenom, banka ne more uveljavljati proti upravičencu ugovorov, ki jih naročitelj kot dolžnik lahko uve-

<sup>28</sup> VSM sodba I Cpg 152/2007 z dne 2. 7. 2007 in VSK sodba Cpg 7/2014 z dne 20. 2. 2014. Vrhovno sodišče je o tem vprašanju sicer dopustilo revizijo s sklepom III DoR 45/2014 z dne 23. 9. 2014.

<sup>29</sup> Streule, str. 22–23; Förster, str. 34. V francoskem civilnem zakoniku je bila garancija na prvo zahtevo npr. urejena šele leta 2006. Förster, str. 60; von Bar in Clive, str. 2698.

<sup>30</sup> Enotna pravila za pogodbene garancije (EPPG) iz leta 1978 in Enotna pravila za garancije na poziv (EPGP) iz leta 1991, revidirana leta 2010. O tem, ali so stranke dolžne upoštevati pravila EPGP kot uzance oz. poslovne običaje, če se pogodba o bančni garanciji na ta pravila sicer ne sklicuje, jih pa ne izključuje, je Vrhovno sodišče RS s sklepom III DoR 45/2014 z dne 23. 9. 2014 dopustilo revizijo.

<sup>31</sup> Uradni list SFRJ, št. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odl. US, 57/1989, Uradni list RS, št. 88/1999 – ZRTVS-B, 83/2001 – OZ, 30/2002 – ZPlaP in 87/2002 – SPZ.

<sup>32</sup> Kranjc v: Juhart in Plavšak (4. knjiga), str. 1034, 1241.

<sup>33</sup> Prav tam, str. 1239.

<sup>34</sup> Prav tam, str. 1240–1241; VS RS sodba RS III Ips 105/2009 z dne 21. 5. 2013.

ljavlja proti njemu iz zavarovane obveznosti. Pri taki garanciji niti banka niti naročitelj garancije nimata ugovorov iz temeljnega razmerja, torej ugovorov, da je zavarovana obveznost že izpolnjena ali da sploh ne obstaja.<sup>35</sup> Banka mora izpolniti svojo obveznost do upravičenca takoj, ko so izpolnjeni v garanciji določeni pogoji. V garanciji pa se lahko kot pogoj za izplačilo določijo dodatni dokumentarni pogoji, npr. pisna izjava upravičenca, da dolžnik ni izpolnil svoje obveznosti, ali drugi dokumenti v zvezi z izpolnitvijo posla. Četudi se zahtevana dokumentacija nanaša na temeljni posel, gre še vedno za neodvisno bančno garancijo, saj plačilna obveznost garanta ni vezana na izpolnitev tega posla, ampak le na predložitev dokumentov, banka pa se ne spušča v ugotavljanje resničnosti vsebine dokumentacije.<sup>36</sup> Uveljavlja lahko samo tiste ugovore, ki izvirajo iz garancije same ali iz razmerja med banko in upravičencem, lahko se sklicuje tudi na zlorabo garancije.<sup>37</sup> Če naročitelj garancije meni, da upravičenec ne bi smel terjati plačila, lahko od njega naknadno terja povračilo prejetega zneska (tretji odstavek 1087. člena ZOR).<sup>38</sup>

Zakaj v prispevku o potrošniških zavarovanjih sploh obravnavamo bančno garancijo, katere izdajatelj je po zakonskem besedilu sodeč lahko samo banka? Člen 1088 ZOR dopušča smiselno uporabo določb o bančnih poslih (členi 1035 do 1087 ZOR) tudi za druge pravne osebe, če jim zakon dovoljuje opravljanje takšnih poslov. Veljavna bančna zakonodaja izdajanja garancij ne uvršča med posle, ki so pridržani samo bankam. Vrhovno sodišče RS je tako štelo, da se za zavarovanje terjatev analogno uporabljajo tiste določbe obligacijskega prava, ki so zavarovanju terjatev najbližje, to pa sta premoženjsko zavarovanje oziroma bančna garancija.<sup>39</sup> Višje sodišče v Ljubljani pa je odločilo, da je treba, če se zavarovalnica v zavarovalni pogodbi zaveže, da bo plačala zavarovano vsoto na poziv kreditodajalca nepreklicno, tako klavzulo razlagati smiselno enako kot pri bančni garanciji.<sup>40</sup> S tem je bila v sodni praksi dopuščena uporaba določb o bančni garanciji tudi za neodvisno garancijo, ki jo je izdala nebanka.<sup>41</sup> Tudi

<sup>35</sup> Izrecna izključitev ugovorov v garancijski izjavi je pogoj za nastanek neodvisne garancije. VS RS sodba in sklep III Ips 39/2002 z dne 21. 11. 2002.

<sup>36</sup> Kranjc v: Juhart in Plavšak (4. knjiga), str. 1241; Falatov, str. 11–12.

<sup>37</sup> Glej npr. VSL sklep I Cpg 1458/2010 z dne 15. 12. 2010; VSL sodba I Cpg 683/2012 z dne 28. 8. 2013; VSL sklep I Cpg 463/2014 z dne 19. 3. 2014; VSL sklep I Cpg 807/2014 z dne 13. 5. 2014 idr.

<sup>38</sup> Sekolec, str. 15; Kranjc v: Juhart in Plavšak (4. knjiga), str. 1240; Tratnik, Vrenčur in Šlamberger, str. 46–47; VSM sodba I Cpg 116/2013 z dne 30. 5. 2013.

<sup>39</sup> VS RS sodba III Ips 2/97 z dne 11. 12. 1997.

<sup>40</sup> VSL sodba I Cpg 945/97 z dne 21. 1. 1999. Podobno stališče v VSM sklep I Cpg 129/2014 z dne 12. 9. 2014, sicer v zvezi z akcesorno ali odvisno garancijo.

<sup>41</sup> Pri tem je treba vendarle opozoriti, da so bile v navedeni sodni praksi to zavarovalnice, tako da je vprašanje, kako bi sodišča obravnavala garancije, dane s strani nebank, ki niso zavarovalnice ali podobne finančne institucije.

v pravni teoriji prevladuje stališče, da je zakonska pravila o bančni garanciji mogoče uporabiti tudi, če garant ni banka, vendar iz garancijske izjave sledi, da je želel prevzeti enake vrste zavezo, kot jo prevzame banka pri bančni garanciji.<sup>42</sup> Načeloma bi torej lahko tako garancijo izdal tudi potrošnik. Potencialni problem uporabe pravil o bančnih garancijah za garancije nebančnih subjektov je, da so ta pravila prilagojena razmerjem med gospodarskimi subjekti in predvidevajo, da je garant subjekt z ustreznim strokovnim znanjem in poznavanjem komitentovega dobroimetja,<sup>43</sup> potrošniki pa tipično nimajo tovrstnega znanja in zavedanja o vseh obveznostih in tveganjih, izhajajočih iz garancijske zaveze.

### 2.2.3. Poroštvo na prvi poziv

Poroštvo na prvi poziv je instrument zavarovanja obveznosti, ki se je razvil v poslovni in sodni praksi nekaterih držav. Po obliki ustreza klasičnemu poroštvu (gre torej za pogodbo med upnikom in porokom), način unovčevanja poroštva pa je enak kot pri bančni garanciji na prvi poziv, saj mora porok na ustrezno zahtevo upnika takoj izplačati zahtevani znesek brez ugovorov iz temeljnega razmerja in lahko plačilo zavrne samo, če gre za očitno zlorabo. Drugače kot pri bančni garanciji pa porok lahko od upnika naknadno zahteva vračilo izplačanega zneska ali njegovega dela, če se upnikov zahtevk izkaže za materialnopravno neutemeljenega.<sup>44</sup> Zavarovanje torej ni neodvisno od temeljne obveznosti med upnikom in dolžnikoma, vendar se lahko razlogi iz tega razmerja uveljavljajo samo naknadno, z vrnitvenimi zahtevki, ne pa tudi vnaprej, z ugovori. Cilj poroštva na prvo zahtevo je namreč, da bi upnik v okviru pravil poroštvenega prava podobno kot pri garanciji na prvi poziv lahko najprej dosegel plačilo, spor o obstoju glavne terjatve pa bi bil odložen na kasnejši postopek.<sup>45</sup> Poroštvo na prvi poziv tako lahko opredelimo kot odvisno zavarovanje obveznosti, ki se unovči na prvi poziv, vendar ohranja druge značilnosti akcesornosti, npr. vezanost poroštva na obstoj in višino temeljne obveznosti ter prenos poroštva kot stranske pravice skupaj z glavno terjatvijo.

### 2.2.4. Patronatska izjava

Poroštvu podoben institut je patronatska izjava (*comfort letter*), ki se je razvila kot institut zavarovanja in utrditve obveznosti zlasti v gospodarskih poslih.<sup>46</sup> Ker

<sup>42</sup> Sekolec, str. I–XVI; Jus, str. 69–71; Kranjc v: Juhart in Plavšak (4. knjiga), str. 1243.

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

<sup>44</sup> Förster, str. 311–312.

<sup>45</sup> Larenz in Canaris, str. 80.

<sup>46</sup> Repas, str. 77.

ne gre za zakonsko urejen instrument, je treba vsebino obveze izjavitelja (patrona) ugotoviti za vsak primer posebej, zlasti glede na uporabljeno formulacijo izjave.<sup>47</sup> Pravna teorija ločuje med trdnimi in netrdnimi patronatskimi izjavami. Netrdna patronatska izjava je pravno nezavezujoča izjava dobre volje, s katero izjavitelj obljubi le, da si bo prizadeval, da bo tretja oseba izpolnila svojo obveznost. Patronova obveznost je le častna oziroma moralna. S trdno patronatsko izjavo pa se izjavitelj tudi pravno zaveže poskrbeti, da bo dolжник plačal. Gre torej za obligacijo uspeha, ki v primeru dolžnikove neizpolnitve vzpostavlja odgovornost patrona – bodisi odgovornost za izpolnitev bodisi odškodninsko odgovornost, ker ni poskrbel za solventnost dolžnika.<sup>48</sup> V vsakem primeru je patronova odgovornost subsidiarna in odvisna od dolžnikove obveznosti.<sup>49</sup> DCFR omenja patronatsko izjavo v členu IV.G. – 2:101(2), po katerem se domneva, da zavezujoča (trdna) patronatska izjava vzpostavlja odvisno osebno zavarovanje obveznosti.

### 3. Splošna pravila za varstvo šibkejše stranke

Za osebna zavarovanja seveda najprej veljajo vsa splošna pravila obligacijskega in potrošniškega prava, ki so namenjena (tudi) varstvu potrošnika kot šibkejše stranke. V DCFR so ta pravila zbrana med splošnimi določbami, v slovenskem pravnem redu so vsebovana v dveh zakonih – Obligacijskem zakoniku (OZ)<sup>50</sup> in Zakonu o varstvu potrošnikov (ZVPot),<sup>51</sup> ki ju je treba pri uporabi ustrezno kombinirati.

#### 3.1. Načelo vestnosti in poštenja

Med splošnimi načeli velja omeniti zlasti načelo dobre vere in poštenja, ki ga člen I. – 1:103 DCFR opredeljuje kot standard ravnanja, za katerega so značilni poštenje, odprtost (transparentnost) in upoštevanje interesov druge stranke pri zadevnem poslu ali razmerju. Zlasti nasprotuje temu načelu ravnanje v nasprotju s strankinimi predhodnimi izjavami ali ravnanji, na katere se je druga stranka razumno zanesla. Upoštevanje dobre vere in poštenja je splošna obveznost, ki je ni mogoče izključiti ali omejiti.<sup>52</sup> Isto načelo je vsebovano v 5. členu slovenskega OZ, ki določa, da morajo pri sklepanju obligacijskih razmerij in pri izvrševanju pravic in izpolnjevanju obveznosti iz teh razmerij udeleženci spoštovati načelo vestnosti in poštenja ter da morajo v prometu ravnati v skladu z dobrimi poslovnimi običa-

<sup>47</sup> Falatov, str. 35; Tratnik, Vrenčur in Šlamberger, str. 42.

<sup>48</sup> Tratnik, Vrenčur in Šlamberger, str. 43–44; Koziol, Bydlinski in Bollenberger, str. 1633.

<sup>49</sup> Podrobneje o pravni naravi patronatske izjave glej Repas, str. 80 in nasl.; Jus, str. 115–118.

<sup>50</sup> Uradni list RS, št. 97/2007 – UPB.

<sup>51</sup> Uradni list RS, št. 98/2004 – UPB, 114/2006 – ZUE, 126/2007, 86/2009, 78/2011, 38/2014 in 19/2015.

<sup>52</sup> Drobnič, str. 379; von Bar in Clive, str. 89–91.

ji.<sup>53</sup> To načelo vzpostavlja pomembno vrednostno izhodišče za varstvo potrošnika kot šibkejše stranke, saj prepoveduje ravnanja, s katerimi bi nasprotna stranka pri sklepanju poslov izkoristila potrošnikovo neznanje, neizkušenost, lahkovernost ali stisko, da bi na njegov račun pridobila korist. Prepovedano je torej izkoriščanje dejstva, da se potrošnik ob sklepanju posla ne zaveda teže možnih ekonomskih posledic, ki bi lahko zanj nastale v primeru unovčitve danega osebnega zavarovanja.

Načelo vestnosti in poštenja stranke zavezuje že samo po sebi, poleg tega pa je operacionalizirano še z nekaterimi posebnimi instituti, med katerimi velja izpostaviti prepoved izkoriščanja šibkejšega položaja stranke in prepoved nepoštenih pogodbениh pogojev.

### 3.2. Prepoved nepoštenega izkoriščanja

DCFR v členu II. – 7:207 (*unfair exploitation*) določa, da stranka lahko zahteva razveljavitev pogodbe, če je v času sklenitve pogodbe:

- a) bila odvisna od druge stranke ali je bila z njo v razmerju zaupanja, bila v ekonomski stiski ali je imela nujne potrebe, bila neprevidna, nevedna, neizkušena ali ni imela pogajalskih spretnosti in
- b) je druga stranka to vedela ali je razumno mogoče pričakovati, da bi to vedela, ter je glede na okoliščine in namen pogodbe izkoristila neugodni položaj prve stranke tako, da je pridobila čezmerno korist ali skrajno nepravično prednost.

Za razveljavitev pogodbe morata biti izpolnjena oba pogoja.<sup>54</sup> Prizadeta stranka pa lahko namesto razveljavitve zahteva, naj sodišče prilagodi pogodbo tako, da je skladna s tem, kar bi bilo dogovorjeno ob upoštevanju dobre vere in poštenja. Tako prilagoditev pogodbe lahko po prejemu zahteve za razveljavitev predlaga tudi nasprotna stranka.<sup>55</sup>

V slovenskem obligacijskem pravu je enakovreden institut odušne pogodbe iz 119. člena OZ, ki določa ničnost pogodbe, sklenjene tako, da je kdo izkoristil stisko ali težko premoženjsko stanje drugega, njegovo nezadostno izkušnost, lahkomišelnost ali odvisnost in si izgovoril zase ali za koga tretjega korist, ki je v očitnem nesorazmerju s tistim, kar je sam dal ali storil ali se zavezal dati ali storiti drugemu.<sup>56</sup> OZ torej predpisuje strožjo sankcijo kot DCFR, saj ničnost učinkuje samodejno, ne le na zahtevo stranke, sodišče pa jo upošteva po uradni dolžnosti (92. člen OZ). Podobno kot DCFR pa tretji odstavek 119. člena OZ

<sup>53</sup> Več o tem glej Dolenc; Kranjc v: Juhart in Plavšak (1. knjiga), str. 97–100.

<sup>54</sup> Več o objektivnem in subjektivnem pogoju iz definicije nepoštenega izkoriščanja glej von Bar in Clive, str. 508–509.

<sup>55</sup> Več o tem glej Drobnič, str. 380; von Bar in Clive, str. 509–510.

<sup>56</sup> Več o tem glej Juhart v: Juhart in Plavšak (1. knjiga), str. 625–630; Cepec.



oškodovancu daje na voljo zahtevek, naj sodišče prilagodi pogodbo tako, da se njegova obveznost zmanjša na pravičen znesek.<sup>57</sup>

V razmerju med dajalcem osebnega zavarovanja in upnikom sicer ne moremo govoriti o enaki vrednosti dajatev v smislu 8. člena OZ,<sup>58</sup> saj upnik dajalcu zavarovanja ničesar ne dolguje, ampak lahko slednji plačilo dobi kvečjemu od dolžnika, pogosto pa zavarovanje zanj da neodplačno, kot uslugo. Odsotnost upnikove izpolnitve dajalcu zavarovanja torej še ne pomeni, da je upnik pridobil očitno nesorazmerno korist. Vseeno pa si je zlahka mogoče zamisliti položaj, ko upnik izkoristi potrošnikovo naivnost ali neizkušenesot, da ga pregovori, naj da zavarovanje za dolg tretje osebe, za katerega je bilo upniku tedaj že jasno, da ga sama ne bo mogla poravnati. V takšnem položaju bi šlo zaradi zlorabe na strani upnika (kljub v primerjavi z DCFR nekoliko ožji definiciji oduščnosti iz 119. člena OZ, katere objektivni pogoj sicer ne ustreza najbolje obravnavanim primerom osebnih zavarovanj) morda lahko celo za nično oduščno pogodbo,<sup>59</sup> dajalec zavarovanja pa bi se lahko v izjemnih primerih skliceval tudi na ničnost pogodbe zaradi nasprotovanja moralnim načelom.<sup>60</sup>

### 3.3. Prepoved nepoštenih pogodbenih pogojev

Iz načela vestnosti in poštenja izhaja tudi prepoved nepoštenih pogodbenih pogojev, ki jo DCFR ureja v členu II. – 9:401 in naslednjih, pri čemer določa nekatera različna pravila oziroma predpostavke nepoštenosti glede na to, kdo so stranke pogodb.<sup>61</sup> V poslih med podjetjem in potrošnikom se šteje za nepoštenega pogodbeni pogoj, ki ni nastal z individualnimi pogajanjmi, ampak ga je določilo podjetje, če potrošnika postavlja v izrazito slabši položaj v nasprotju z dobro

<sup>57</sup> Prav tam.

<sup>58</sup> Več o tem glej Kranjc v: Juhart in Plavšak (1. knjiga), str. 119–120.

<sup>59</sup> Primerjaj npr. sklep II DoR 419/2013, ki sicer obravnava razmerje iz prodajne pogodbe.

<sup>60</sup> Glej npr. VS RS sodba II Ips 131/2010 z dne 17. 1. 2013, ki to vprašanje obravnava v zvezi s posojilno pogodbo; sodbo II Ips 190/2009 z dne 6. 10. 2011 v zvezi z zakupno pogodbo; sodbo II Ips 66/2009 z dne 10. 1. 2013 v zvezi s prodajno pogodbo, kjer je poudarjeno, da je moralna načela upošteval že zakonodajalec in v OZ (ter drugih predpisih) izrecno prepovedal določena ravnanja, npr. čezmerno prikrajšanje, oduščno pogodbo idr., ravnanje stranke, ki ga ni mogoče podrediti pod nobenega od posebej urejenih institutov ničnosti, pa lahko opredelimo kot nemoralno po splošni določbi 3. člena OZ in zato nično po prvem odstavku 86. člena OZ le, če vsebuje več jasnih negativnih opredelilnih elementov (ali tudi le enega samega, a je ta posebej izrazit). Dodalo je, da izraz »moralna načela« iz OZ, ki je uporabljen tudi v prvem odstavku 86. člena OZ, pove, da se prepoved ne nanaša na kršitev vsake moralne norme, ki jo sprejema določena (širša ali ožja) socialna skupnost, temveč le na kršitev splošno sprejetih moralnih načel, ki uveljavljajo temeljne vrednote človečnosti (humanosti).

<sup>61</sup> Glej npr. specialna določila za primere razmerij B2C v členih II. – 9:402(2), II. – 9:403, II. – 9:407(2), II. – 9:409, II. – 9:410, za primere razmerij C2C v členu II. – 9:404 ter specialna določila za primere B2B v členu II. – 9:405. Več o tem glej von Bar in Clive, str. 628–667.



vero in poštenjem. Pri ocenjevanju nepoštenosti takega pogodbenega pogoja je treba upoštevati zahtevo po preglednosti pogodbenih pogojev, naravo predmeta pogodbe, okoliščine sklepanja pogodbe (zlasti možnosti potrošnika, da se je seznanil s pogodbenimi pogoji pred sklenitvijo posla), druge pogodbene določbe in določbe drugih povezanih pogodb. V razmerjih B2C velja za nepoštenega pogodbeni pogoji, ki ga podjetje ni zapisalo in sporočilo v jasnem, razumljivem jeziku. Nepošteni pogodbeni pogoji, ki jih je določilo podjetje, potrošnika ne zavezujejo. Preostale pogodbene določbe ostajajo v veljavi, če lahko pogodba obstane brez neveljavnih pogojev.<sup>62</sup>

Slovenski OZ v 121. členu določa sankcijo ničnosti za tiste splošne pogodbene pogoje, ki nasprotujejo samemu namenu sklenjene pogodbe ali dobrim poslovnim običajem, in to celo, če je splošne pogoje, ki jih vsebujejo, odobril pristojni organ. Ta določba velja v vseh primerih, ko je splošne pogoje pogodbe določila ena stranka, in ne le v razmerju med podjetjem in potrošnikom. Institut nepoštenih pogodbenih pogojev kot instrument varstva potrošnikov pa je podrobneje urejen v določbah ZVPot, ki implementirajo Direktivo 93/13/EGS o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah.<sup>63</sup> Za pogodbene pogoje po tem zakonu se štejejo vse sestavine pogodbe, ki jih določi podjetje, zlasti tiste, ki so določene v obliki formularne pogodbe ali splošnih pogojev poslovanja, na katere se pogodba sklicuje. V 22. členu ZVPot je določena zahteva po preglednosti pogodbenih pogojev: ti zavezujejo potrošnika le, če je bil pred sklenitvijo pogodbe seznanjen z njihovim celotnim besedilom, tj. če ga je nanje podjetje izrecno opozorilo in če so mu bili dostopni brez težav. Poleg tega morajo biti pogodbeni pogoji jasni in razumljivi. Drugače kot po DCFR nejasna določila splošnih pogojev potrošnika načeloma še vedno zavezujejo, vendar jih je treba vedno razlagati v njegovo korist. Pač pa so nični tisti pogodbeni pogoji, ki so nepošteni do potrošnika. V skladu s 24. členom ZVPot se pogodbeni pogoji štejejo za nepoštene, če:

- v škodo potrošnika povzročijo znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank ali
- povzročijo, da je izpolnitev pogodbe neutemeljeno v škodo potrošnika, ali
- povzročijo, da je izpolnitev pogodbe znatno drugačna od tistega, kar je potrošnik utemeljeno pričakoval, ali
- nasprotujejo načelu poštenja in vestnosti.

ZVPot še določa, da je pogodbene pogoje treba razlagati v povezavi z drugimi pogoji v isti pogodbi ali v drugi pogodbi med istima strankama in ob upošteva-

<sup>62</sup> Glej člen II. – 9:408 DCFR.

<sup>63</sup> UL L št. 95 z dne 21. 4. 1993.

nju narave blaga oziroma storitev in vseh drugih okoliščin v zvezi s sklenitvijo pogodbe.

Pogodbena ureditev osebnih zavarovanj je lahko zapletena in slabo razumljiva za potrošnika brez ustreznega pravnega in ekonomskega znanja, zato je pomembno, da so zlasti pogoji, pod katerimi se zavarovanje lahko unovči, in največji obseg obveznosti, za katerega dajalec zavarovanja odgovarja, določeni jasno in nedvoumno. Zlasti pri zavarovanju obveznosti iz kompleksnejših poslovnih razmerij je vprašljivo, ali potrošnik sploh lahko ustrezno razume obveznost, ki jo prevzema, sploh če gre za neodvisno osebno zavarovanje, kjer ni možnosti ugovorov iz temeljnega razmerja. Nemško zvezno sodišče je npr. svojčas dopuščalo veljavnost neodvisnega zavarovanja v obliki nebančne garancije le, če je bilo to dogovorjeno individualno, ne pa v splošnih pogojih poslovanja. Kasneje je to merilo omililo za primer, če je dajalec garancije oseba, ki je večča tovrstnih zavarovanj, medtem ko potrošniki na ta način ne morejo postati garanti.<sup>64</sup>

#### 4. Obseg uporabe posebnih pravil za varstvo potrošnikov pri osebnih zavarovanjih

DCFR v poglavju IV.G. – 4 določa posebna (kogentna) pravila za (vsa, tudi odvisna) osebna zavarovanja obveznosti, ki jih zagotovijo potrošniki, tj. fizične osebe, ki delujejo primarno za namene, nepovezane z njihovo trgovsko, poslovno ali poklicno dejavnostjo (člen I. – 1:105(1) DCFR). Med varovalnimi mehanizmi za potrošnika so predpogodbene pojasnilne dolžnosti upnika, pisna oblika pogodbe o zavarovanju obveznosti in pravilo o subsidiarnosti zavarovanja, če ni izrecno dogovorjena solidarnost. Ta pravila, ki z namenom zaščite potrošnika močno omejujejo načelo prostega urejanja obligacijskih razmerij, pa ne veljajo, če sta potrošnika tako dajalec zavarovanja kot upnik, saj ne bi bilo pošteno, da bi bila v prirejenem razmerju ena stranka varovana kot šibkejša, druga pa bi imela posebne obveznosti, npr. predpogodbene pojasnilne dolžnosti. Obe stranki sta »šibkejši«. Je pa tudi v takem primeru dajalec zavarovanja proti upniku varovan s splošnimi določili DCFR o varstvu pred nepoštenimi pogoji.<sup>65</sup> Posebna pravila o varstvu potrošnikov pri osebnih zavarovanjih prav tako ne veljajo, če ima dajalec zavarovanja – četudi je potrošnik – pravno ali dejansko možnost izvrševati prevladujoč vpliv nad dolžnikom, ki je pravna oseba, saj zaradi takšne povezave z dolžnikom ne zasluži varstva, ki gre šibkejši stranki.<sup>66</sup> Za tak primer gre, če družbenik ali

<sup>64</sup> Welter, r. št. J 93.

<sup>65</sup> Drobnič, str. 382.

<sup>66</sup> Člen IV.G. – 4:101 DCFR, ki so ga oblikovali po vzoru ureditev v zakonodaji in sodni praksi nekaterih držav članic.

njegov zakonec prevzame osebno zavarovanje za finančne obveznosti družbe. Zadošča možnost izvrševanja vpliva, ne pa tudi dejansko izvrševanje takšnega dejanskega vpliva, saj je to težko ugotoviti in dokazati. Možnost dejanskega vpliva lahko temelji na pravnih razlogih (npr. lastništvo večine delnice) ali na dejanskih okoliščinah, ki jih je treba ugotoviti v vsakem primeru posebej.<sup>67</sup>

Slovenski ZVPot ne vsebuje posebnih pravil o zavarovanju obveznosti s strani potrošnikov, se pa tudi za tovrstne posle v razmerju med potrošnikom in podjetjem lahko smiselno uporabljajo nekatere splošne določbe tega zakona, zlasti že omenjene določbe o pogodbenih pogojih ter o prodaji blaga in opravljanju storitev. Po ZVPot je potrošnik fizična oseba, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve za namene izven njene poklicne ali pridobitne dejavnosti. Za podjetje pa se šteje pravna ali fizična oseba, ki opravlja pridobitno dejavnost, ne glede na njeno pravnoorganizacijsko obliko ali lastninsko pripadnost. Glede na opredelitev iz prvega odstavka 1. člena ZVPot ta zakon ureja pravice potrošnikov pri ponujanju, prodajanju in drugih oblikah trženja blaga in storitev s strani podjetij. Enako kot omenjena pravila DCFR o potrošniških osebnih zavarovanjih obveznosti se ZVPot ne uporablja v »horizontalnih« razmerjih med potrošniki, torej tudi ne, če sta upnik in dajalec zavarovanja oba potrošnika. Na drugi strani pa ni jasno, ali se varovalne potrošniške norme uporabljajo v primerih, ko je stranka pogodbe sicer po definiciji potrošnik, vendar dejansko prevzema obveznost zaradi povezave z dolžnikom, ki je gospodarski subjekt in na delovanje katerega ima vpliv (npr. v vlogi direktorja dolžnika). Sodne prakse, ki bi natančneje opredelila merila za oceno statusa dajalca zavarovanja, še ni zaslediti. Glede na zakonsko opredelitev potrošnika pa osebne zavarovanja, ki ga izda poslovodja ali večinski družbenik gospodarske družbe za obveznosti te družbe, po vzoru tujih ureditev in razlage Sodišča EU v zadevi *Dietzinger* tudi po našem pravu najbrž ne bi smeli samodejno podvreči varstvu potrošniške zakonodaje zgolj iz razloga, ker je dajalec zavarovanja fizična oseba.<sup>68</sup>

## 5. Upnikova predpogodbena pojasnilna dolžnost

Prva specialna varstvena norma DCFR na področju potrošniških osebnih zavarovanj obveznosti je upnikova predpogodbena pojasnilna dolžnost, ki jo, kot ugotavljajo komentatorji DCFR, kot specialno normo na področju osebnih zavarovanj obveznosti najdemo v zakonodaji in sodni praksi nekaterih držav članic, medtem ko se drugje za presojo pojasnilne dolžnosti in posledic njene kršitve

<sup>67</sup> Von Bar in Clive, str. 2749–2750; Drobnič, str. 382.

<sup>68</sup> Prim. Koziol, Bydlinski in Bollenberger, str. 1640. Glej tudi sodbo Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG proti Edgar Dietzinger, C-45/96, ECLI:EU:C:1998:111. Podrobneje o opredelitvi pojma potrošnik v praksi Sodišča EU glej prispevek Jake Cepca v tej knjigi.

uporabljajo bodisi splošna pravna načela bodisi pravila o zmoti.<sup>69</sup> Pisci DCFR so se za njeno umestitev v posebno poglavje o potrošniških osebnih zavarovanjih obveznosti odločili zaradi izkušenj, da si potrošniki, predvsem v želji pomagati sorodniku, partnerju ali prijatelju, pogosto zatiskajo oči pred možnimi tveganji prevzema osebnega zavarovanja ali niso sposobni pridobiti vseh relevantnih informacij o takšnih tveganjih.<sup>70</sup> Varstvo je posebej potrebno, ker dajejo fizične osebe, zlasti sorodniki ali zakonci dolžnika, običajno zavarovanje neodplačno, čeprav z njim prevzemajo tveganje izgube velikega dela svojega premoženja.<sup>71</sup>

V skladu s členom IV.G. – 4:103(1) DCFR mora upnik, preden je dano zavarovanje, nameravanemu dajalcu zavarovanja – potrošniku pojasniti splošne učinke nameravanega zavarovanja in posebna tveganja, ki bi jim bil dajalec zavarovanja lahko izpostavljen glede na finančno stanje dolžnika po podatkih, ki so o tem dostopni upniku. Med splošne učinke spadajo objektivna pravna in ekonomska tveganja, ki izhajajo iz izbrane oblike osebnega zavarovanja. Posebej se mora dajalec zavarovanja zavedati, da potencialno prevzema celoten dolg in da bo zanj odgovarjal z vsem svojim premoženjem. Posebna tveganja zavarovanja izhajajo iz osebnega finančnega položaja dolžnika v konkretnem primeru. Profesionalni kreditodajalci lahko na podlagi preteklih poslov z dolžnikom in presoje drugih okoliščin ocenijo njegovo ekonomsko sposobnost za vračilo dolga, pri čemer morajo uporabiti vse dostopne podatke o njegovih obstoječih sredstvih in zmožnosti pridobivanja dohodka. Ti podatki so seveda bistveni že za upnikovo odločitev o odobritvi kredita oziroma sklenitvi drugega posla, iz katerega izvira dolžnikova obveznost. Na isti podlagi mora upnik nosilcu zavarovanja predstaviti finančni položaj dolžnika. Upoštevati mora vse informacije, ki so mu bile subjektivno dostopne v času sklepanja pogodbe o zavarovanju. Če upnik zaradi pravil poklicne, zlasti bančne skrivnosti tretji osebi sam ne sme razkriti takšnih podatkov, do katerih ima sicer dostop, ga to ne razreši pojasnilne dolžnosti, ampak mora za razkritje teh podatkov dajalcu zavarovanja pridobiti dolžnikovo soglasje.<sup>72</sup>

Upnikova dolžnost je v skladu s členom IV.G. – 4:103(2) DCFR strožja, če ve ali ima razloge, zaradi katerih bi moral vedeti, da zaradi posebnega razmerja zaupanja med dolžnikom in dajalcem zavarovanja obstaja bistveno tveganje, da dajalec zavarovanja ne ravna prosto ali na podlagi zadostnih podatkov. Določeno je, da se mora upnik v takšnem primeru prepričati, da je dajalec zavarovanja pred sklenitvijo posla pridobil nasvet od neodvisne tretje osebe, npr. potrošniške

<sup>69</sup> Von Bar in Clive, str. 2766 in 2770–2772.

<sup>70</sup> Drobnič, str. 399–400; von Bar in Clive, str. 2765–2766.

<sup>71</sup> Von Bar in Clive, str. 2766.

<sup>72</sup> Drobnič, str. 400–401; von Bar in Clive, str. 2766–2767.

organizacije ali v kompleksnejših razmerjih odvetnika. Tipično gre za položaje, kjer zavarovanje daje dolžnikov družinski član, ki nima izkušenj s tovrstnimi posli ali na splošno z neodvisnim upravljanjem svojih finančnih zadev. Praksa kaže, da zlasti starejše osebe pogosto ne znajo ustrezno upoštevati večjih finančnih tveganj, seveda pa je to odvisno od konkretnih okoliščin. Če upnik take okoliščine zazna, mora zahtevati, da dajalec zavarovanja (na svoje oziroma dolžnikove stroške) pridobi še ustrezen neodvisen nasvet.<sup>73</sup> Člen IV.G. – 4:103(3) določa, da morajo biti upnikova pojasnila oziroma neodvisen nasvet dajalcu zavarovanja dani vsaj pet dni pred sklenitvijo posla, tj. pred podpisom poroštvene pogodbe ali izdajo garancijske izjave s strani potrošnika. Če ta rok ni bil spoštovan, lahko dajalec zavarovanja prekliče izdano zavarovanje oziroma odstopi od pogodbe v razumnem roku (praviloma pet dni), odkar je te informacije dobil – če jih sploh ni dobil, pa kadarkoli.

V slovenskem potrošniškem pravu je institut predhodnih informacij na finančnem področju urejen v Zakonu o potrošniških kreditih (ZPotK-1),<sup>74</sup> ki določa, da mora dajalec kredita ali kreditni posrednik pred sklenitvijo kreditne pogodbe potrošniku zagotoviti predhodne informacije o kreditu, na podlagi katerih potrošnik lahko primerja različne ponudbe in presodi ustreznost kredita glede na svoje potrebe in finančni položaj. Vendar so predmet tega zakona samo kreditne pogodbe, pri katerih potrošnik nastopa kot jemalec kredita, ne pa tudi pogodbe o zavarovanjih obveznosti, zato ta obveznost kreditodajalca ne velja tudi v razmerju med kreditodajalcem in dajalcem zavarovanja.

ZVPot določa zahtevo po zagotovitvi nekaterih predpogodbenih informacij potrošniku v poglavju o prodaji blaga in opravljanju storitev. Upnik kot podjetje sicer potrošniku kot dajalcu zavarovanja ne prodaja blaga niti zanj ne opravlja storitve. Vendarle pa upnik zavarovanje pogosto zahteva za obveznost, ki je nastala zaradi prodaje blaga ali zagotavljanja storitev dolžniku kot potrošniku. Gre za tesno povezani transakciji, zato bi pojasnilna dolžnost morala smiselno veljati tudi v razmerju do dajalca zavarovanja. V 25.b členu ZVPot je določeno, da mora podjetje potrošniku pred sklenitvijo pogodbe oziroma preden potrošnika zavezuje ponudba, na jasen in razumljiv način med drugim zagotoviti informacije o glavnih značilnostih blaga ali storitev, o končni ceni oziroma načinu njenega izračuna, če ni znana vnaprej, o plačilnih pogojih, trajanju pogodbe in pogojih za odstop od pogodbe. Že iz načela vestnosti in poštenja izhaja, da bi moralo podjetje potrošniku kot dajalcu zavarovanja pred sklenitvijo pogodbe zagotoviti smiselno enake podatke v zvezi s prevzeto obliko osebnega zavarovanja. Je pa slovenska ureditev varstva potrošnikov v tem pogledu gotovo pomanjkljiva, saj

<sup>73</sup> Drobnič, str. 401; von Bar in Clive, str. 2767.

<sup>74</sup> Uradni list RS, št. 59/2010, 77/2011 in 30/2013.

bi bilo zaradi pravne varnosti gotovo bolje, če bi bila pojasnilna dolžnost jasno urejena in prilagojena posebnostim tveganj, ki jih potrošnik prevzema z osebnim zavarovanjem. V primerjavi z DCFR manjka tudi mehanizem za zagotovitev neodvisnega nasveta tretje osebe pred prevzemom zavarovanja, kadar bi ga potrošnik potreboval zaradi zaupnega razmerja z dolžnikom.

## 6. Oblika pogodbe

DCFR v členu IV.G. – 4:104 določa, da mora biti potrošniška pogodba o osebnem zavarovanju obveznosti sklenjena v pisni obliki na trajnem mediju in jo mora dajalec zavarovanja podpisati. Če ti zahtevi nista izpolnjeni, je pogodba neveljavna. Gre za izjemo od splošnega pravila o neobličnosti pogodb iz člena II. – 1:106 DCFR, ki je določena predvsem zaradi potrebe opozoriti dajalce zavarovanja o resnosti posla in jih hkrati z zapisom pogodbenih pogojev zaščititi pred nadaljnjo negotovostjo o vsebini in obsegu prevzete obveznosti. V pisni obliki morajo biti vse določbe pogodbe, morebitni dodatni nezapisani ustni dogovori so neveljavni, kar pa ne prizadene veljavnosti zapisanih delov pogodbe. Poleg pisne oblike pogodbe se zahteva tudi podpis dajalca zavarovanja, ni pa potreben podpis upnika ali dolžnika – pri garancijah, ki se izdajajo z enostransko izjavo, podpis koga drugega razen garanta tudi ni običajen. Zahtevi po obličnosti je zadoščeno tudi z elektronsko obliko pogodbe v skladu z Direktivo 2000/31/ES o elektronskem poslovanju,<sup>75</sup> če jo dajalec zavarovanja podpiše s kvalificiranim elektronskim podpisom v skladu z Direktivo 1999/93/ES o elektronskem podpisu.<sup>76</sup>

Tudi slovenska ureditev po OZ za (vsa, ne le za potrošniška, kot velja za DCFR) osebna zavarovanja določa izjeme od načela neobličnosti pogodbe, določenega v 51. členu OZ. V 1013. členu OZ je določeno, da poroštvena pogodba zavezuje poroka le, če da poroštveno izjavo pisno. Podobno 1083. člen ZOR določa, da mora biti bančna garancija dana v pisni obliki. V nobenem primeru torej ni potrebna pisna oblika celotne pogodbe (bančna garancija je že sicer enostranski pravni posel), ampak samo poroštvene izjave oziroma garancijske izjave – tj. tistega dokumenta, s katerim dajalec osebne zavarovanja prevzema obveznost plačila in ki opredeljuje pogoje, pod katerimi se lahko to plačilo od njega zahteva. Tako je, podobno kot pri darilni pogodbi, dajalec zavarovanja varovan pred prehitro odločitvijo, ki lahko zanj pomeni veliko breme.<sup>77</sup> Zahtevani

<sup>75</sup> UL L št. 178 z dne 17. julija 2000.

<sup>76</sup> UL L št. 13 z dne 19. januarja 2000.

<sup>77</sup> Cigoj (1986), str. 2640–2641. Cigoj še opozori na prejšnjo sodno prakso, ki je menila, da organizacij, ki nastopajo v gospodarstvu, zaradi njihove strokovnosti ni treba varovati pred lahkomiselnostjo. Glej tudi Kranjc v: Juhart in Plavšak (4. knjiga), str. 1034–1035, in tam navajani komentatorji ZOR. O obliki garancije glej Cigoj (1986), str. 2763–2764; Pavičević, str. 28–29.

obličnosti je seveda zadoščeno tudi z elektronsko obliko izjave v skladu s 13. členom Zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu (ZEPEP).<sup>78</sup> Drugače kot po DCFR se po slovenskem pravu ne zahteva izrecno podpis dajalca zavarovanja, vendar lahko s smiselno uporabo splošnega 57. člena OZ ugotovimo, da je podpis izjavitelja vendarle obvezna sestavina enostranskega pravnega posla oziroma izjave, za katera je predpisana pisna oblika.

## 7. Narava zavarovanja

Člen IV.G. – 4:105 DCFR obravnava tri v praksi relevantne vidike narave osebnega zavarovanja. Gre za vprašanja (ne)omejitve zneska zavarovanja, subsidiarnosti/solidarnosti in (ne)odvisnosti zavarovanja, glede katerih so pogodbene določbe v praksi pogosto oblikovane tako, da učinkujejo v breme dajalca zavarovanja. DCFR v teh primerih ne določa ničnosti pogodbenih določb, ki so za potrošnika neugodne, ampak bodisi zahteva izrecen dogovor za potrošnika neugodne vsebine bodisi neprimerno vsebino prilagodi tako, da je zagotovljeno ravnotežje interesov obeh strank: interesa upnika po ohranitvi dogovorjenega zavarovanja in interesa dajalca zavarovanja po zaščiti pred prestrogimi pogodbenimi določili.<sup>79</sup> S tem vzpostavlja najpomembnejši vsebinski mehanizem varstva potrošnikov, ki velja posebej za področje osebnih zavarovanj obveznosti.

### 7.1. Zavarovanje brez omejitve zneska/z omejitvijo zneska

Zavarovanje obveznosti, pri katerem višina potencialne obveznosti dajalca zavarovanja ni vnaprej omejena (npr. če obsega tudi dolžnikove naknadno nastale obveznosti iz določenega posla ali če gre za globalno zavarovanje vseh dolžnikovih obveznosti do upnika), je zanj posebej tvegano, saj ne pozna zgornje meje svoje potencialne bodoče obveznosti.<sup>80</sup> DCFR zato določa, da se pri takšnem zavarovanju obveznosti, če je dajalec zavarovanja potrošnik, šteje, da ustvarja odvisno zavarovanje s fiksnim zneskom. Ta znesek se ugotovi v skladu s pravilom iz člena IV.G. – 2:102(3) DCFR.<sup>81</sup> Znesek je mogoče določiti glede na dogovor strank, sicer pa je obseg zavarovanja enak znesku zavarovane terjatve tedaj, ko je zavarovanje začelo učinkovati. Obveznost dajalca zavarovanja je s tem fiksirana in povišanje

<sup>78</sup> Uradni list RS, št. 98/2004 – UPB, 61/2006 – ZEPT in 46/2014.

<sup>79</sup> Drobnig, str. 424.

<sup>80</sup> Prav tam, str. 424; von Bar in Clive, str. 2786–2787 in 2585–2586.

<sup>81</sup> To pravilo ne velja za globalna zavarovanja, kar pa na tem mestu ni relevantno, saj ta pri potrošniških osebnih zavarovanjih ravno zaradi nedoločene višine odgovornosti niso mogoča.



zavarovane obveznosti po začetku učinkovanja zavarovanja ne povečuje tudi obveznosti dajalca zavarovanja.<sup>82</sup>

Slovensko pravo ne pozna enakovrednega instrumenta varstva potrošnika v primeru po višini neomejenega poroštva ali garancije. Če bi v posameznem primeru takšno določbo glede na okoliščine primera šteli za nepošten pogodbeni pogoj (kar pa ne velja v vsakem primeru), bi to povzročilo delno ničnost pogodbe. V takšnem primeru bi bilo višino obveznosti dajalca zavarovanja najprimerneje ugotoviti na način, ki ga predvideva DCFR, torej glede na višino terjatve v trenutku učinkovanja zavarovanja. Enako metodo bi lahko uporabilo sodišče v primeru vsebinske prilagoditve oderuške pogodbe o zavarovanju obveznosti.

## 7.2. Subsidiarna/solidarna odgovornost

Zaveza dajalca osebnega zavarovanja obveznosti je lahko oblikovana subsidiarno ali solidarno. DCFR v členu IV.G. – 2:105 kot splošno pravilo določa solidarno odgovornost: če ni drugače dogovorjeno, lahko upnik prosto izbira, ali bo izpolnitev obveznosti terjal od dolžnika ali od dajalca zavarovanja (od slednjega seveda samo v mejah danega zavarovanja, če je obveznost večja). Subsidiarnost zavarovanja mora biti posebej dogovorjena, razen pri zavezujoči patronatski izjavi.<sup>83</sup> Za primer, ko je dajalec zavarovanja potrošnik, pa je v točki (b) člena IV.G. – 4:105 DCFR določena obratna domneva: odgovornost dajalca zavarovanja je subsidiarna, razen če je izrecno dogovorjeno drugače. To pomeni, da mora upnik, preden zahteva izpolnitev od potrošnika kot dajalca zavarovanja, najprej skušati na ustrezen način doseči izpolnitev od dolžnika in od drugih, solidarno odgovornih dajalcev zavarovanj, če ti obstajajo. Obveznost poprejšnjega terjanja dolžnika in morebitnih solidarnih zavezancev ne velja le v primeru, če je očitno, da bo izpolnitev na ta način nemogoče ali nesorazmerno težko doseči, npr. zaradi insolvenčnega postopka (člen V.G. – 2:106 DCFR). Pravilo o subsidiarnosti potrošniškega zavarovanja ni kogentno, stranki se lahko dogovorita tudi za solidarno poroštvo, vendar mora biti tak dogovor jasen in izrecen.

V slovenskem obligacijskem pravu se pri poroštvu že na splošno (tudi v primerih nepotrošniških poroštev) domneva subsidiarnost porokove obveznosti. Upnik sme od poroka zahtevati izpolnitev obveznosti šele, če je glavni dolžnik ne izpolni v roku, ki je določen v pisni zahtevi, oziroma če je očitno, da izpolnitve iz sredstev glavnega dolžnika ne bo mogoče doseči (prvi in drugi odstavek 1019. člena OZ). Za solidarno poroštvo pa gre, kadar se porok posebej zaveže

<sup>82</sup> Drobnič, str. 201.

<sup>83</sup> Pri zavezujoči patronatski izjavi se v skladu z določbo IV.G. – 2:106(1) domneva subsidiarna odgovornost.



kot porok in plačnik. Upnik lahko v takšnem primeru zahteva izpolnitev terjatve bodisi od glavnega dolžnika bodisi od poroka ali pa od obeh hkrati. Pri poročtvu za obveznosti iz gospodarskih pogodb se domneva solidarnost poročstva (tretji in četrti odstavek 1019. člena OZ).<sup>84</sup> V primerih, ko je porok potrošnik, je torej ureditev enaka kot po DCFR: odgovornost potrošnika je subsidiarna, razen če je posebej dogovorjena solidarna odgovornost.

V primeru izdaje enostranske garancije po pravilih o bančni garanciji solidarnost v pravem pomenu ni mogoča, saj garant odgovarja za svojo samostojno obveznost, in ne za isto obveznost kot dolžnik. Vseeno pa lahko govorimo o subsidiarnosti garantove obveznosti v primeru, če je njegova zaveza določena tako, da ga lahko upnik terja šele po tem, ko je neuspešno terjal dolžnika. To je mogoče seveda le v primeru odvisne garancije. Pri neodvisni garanciji na prvi poziv predhodno terjanje dolžnika nikoli ni pogoj za unovčitev garancije, kar pa mora biti vedno izrecno določeno z ustrežno klavzulo »brez ugovora«, »na prvi poziv« in podobno (prvi odstavek 1087. člena ZOR). Tudi če se za potrošniško zavarovanje uporabljajo pravila bančne garancije, torej primarno velja, da je obveznost potrošnika subsidiarna, če ni izrecno dogovorjeno drugače.

Zanimivo je, da DCFR širi domnevo o subsidiarnosti zavarovanja tudi na primer, ko se potrošnik za namene zavarovanja obveznosti zaveže neposredno kot sodolžnik. Gre za institut sodolžništva za namen zavarovanja, ki ga določba IV.G. – 1:101(e) DCFR opredeljuje kot obveznost z dvema ali več dolžniki, pri kateri eden od dolžnikov – dajalec zavarovanja – prevzame obveznost prvenstveno za namene zagotovitve zavarovanja v razmerju do upnika. To lahko stori že ob ustanovitvi obveznosti ali pa naknadno, s pristopom k dolgu.<sup>85</sup> S tem se po splošnih pravilih vzpostavi solidarnost obeh (oziroma vseh) dolžnikov. Kadar je dajalec zavarovanja potrošnik, pa je njegova obveznost solidarna samo, če je to izrecno dogovorjeno, sicer prevlada domneva o subsidiarnosti. Dejstvo, da sta določena dva dolžnika, samo po sebi še ne pomeni izrecnega dogovora o solidarni odgovornosti.<sup>86</sup> V praksi bi moral pri sklicevanju na to pravilo potrošnik seveda dokazati, da se je res zavezal samo z namenom utrditve obveznosti, in ne tudi kot materialnopравни dolžnik, ter da je bilo to upniku znano. V slovenskem pravu ni ekvivalentnega pravila za varstvo potrošnikov. Pravna teorija, ki obravnava pristop k dolgu kot možen instrument zavarovanja obveznosti, meni, da je položaj upnika po pristopu enak, kot če bi bila prvotni dolžnik in pristopnik solidarna dolžni-

<sup>84</sup> Juhart, Grilc, Ilešič in Strnad, str. 56.

<sup>85</sup> S pristopom k dolgu tretja oseba (pristopnik) torej utrdi obveznost tako, da postane soudeleženelec temeljnega obligacijskega razmerja med upnikom in dolžnikom. Glej VSL sodbo II Cp 1998/99 z dne 10. 4. 2000.

<sup>86</sup> Drobnig, str. 425.

ka, saj lahko terja izpolnitev terjatve od enega ali drugega, vse dotlej, dokler ni popolnoma izpolnjena (prim. 395. člen OZ).<sup>87</sup> Subsidiarnost bi torej morala biti posebej dogovorjena, kar je seveda mogoče, vendar bi bilo v primeru takšnega dogovora celotno razmerje po slovenskem pravu verjetno primerneje kvalificirati kar kot subsidiarno poroštvo.

### 7.3. (Ne)odvisno zavarovanje

Kot že rečeno, DCFR na splošno deli osebna zavarovanja obveznosti na odvisna in neodvisna zavarovanja. Neodvisno zavarovanje je za dajalca zavarovanja gotovo bolj tvegano, saj zaradi izključitve akcesornosti obveznost dajalca zavarovanja lahko presega znesek še dolgovane dolžnikove obveznosti, ugovori iz temeljnega razmerja pa so proti upniku izključeni. V primeru, če je upnik neutemeljeno unovčil zavarovanje, mora torej dajalec zavarovanja zahtevati povračilo od dolžnika, ne od upnika. Tak položaj je posebej neugoden za potrošnika, ki je zavarovanje zagotovil brezplačno za dolžnika v finančno šibkem položaju, s katerim je družinsko ali prijateljsko povezan. DCFR v členu IV.G. – 2:101 določa splošno domnevo odvisnosti osebnega zavarovanja obveznosti. Neodvisno osebno zavarovanje mora biti vedno jasno (izrecno ali implicitno) dogovorjeno, v nasprotnem primeru velja, da je bilo dogovorjeno odvisno zavarovanje. V primeru, ko je dajalec zavarovanja potrošnik, pa DCFR ne omogoča sklenitve neodvisnega osebnega zavarovanja niti s posebnim izrecnim dogovorom. Tega ne doseže s prepovedjo ali sankcijo ničnosti, ampak s samodejno konverzijo neodvisnega v odvisno zavarovanje, če je to mogoče. V skladu s točko IV.G. – 4:105(c) DCFR se tako v pogodbi, ki naj bi ustanovila neodvisno osebno zavarovanje obveznosti s strani potrošnika, ne upošteva določba, da obveznost iz zavarovanja ni odvisna od obveznosti druge osebe do upnika. Posledično se šteje, da je potrošnik dal odvisno (akcesorno) zavarovanje, če so zanj izpolnjeni drugi pogoji, tj. zlasti če obstaja temeljna zavarovana obveznost, od katere je zavarovanje odvisno.<sup>88</sup>

V slovenskem pravu podobnega pravila seveda ni, saj OZ izrecno niti ne predvideva neodvisnega zavarovanja s strani fizične osebe. Glede na to, da ni mogoče izključiti smiselne uporabe pravil o bančni garanciji tudi za zavarovanje, ki bi ga z ustrezno izjavo prevzel potrošnik, pa je treba preučiti, ali je glede na splošna pravila slovenskega potrošniškega prava dopustna sklenitev neodvisnega osebnega zavarovanja – torej potrošniške neodvisne garancije. Za presojo so

<sup>87</sup> Prim. Juhart v: Juhart in Plavšak (2. knjiga), str. 624–625, in tam navajane komentatorje ZOR (Cigoja, Blagojevića in Krulja). Glej tudi npr. VS RS sodbo RS II Ips 413/2001 z dne 14. 3. 2002.

<sup>88</sup> Von Bar in Clive, str. 2787; Drobnič, str. 425.

relevantna zlasti pravila 24. člena ZVPot za razlago, kdaj se pogodbeni pogoji štejejo za nepošteno in torej nične. Po prvi alineji prvega odstavka tega člena se pogodbeni pogoji štejejo za nepošteno, če v škodo potrošnika povzročijo znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank. Čeprav razmerje med garantom in upnikom nima narave pogodbenega razmerja, je ta pravila smiselno aplicirati tudi na razmerja iz garancije, saj gre glede na razmerje varovanih vrednot za v bistvenem enak položaj kot pri potrošniškem poroštvu. Po najini oceni bi bilo razmerje iz garancije nepošteno takrat, ko bi garancija, katere pogoje je pripravilo podjetje, določila neodvisno obveznost potrošnika, saj gre za obveznost, ki je za potrošnika zaradi odsotnosti potrošnikovih ugovorov prestroga. Določbe neodvisne garancije se smiselno ujemajo tudi s posameznimi primeri nepoštenih pogodbenih pogojev, ki jih navaja tretji odstavek 24. člena ZVPot, in sicer se po drugi alineji šteje za nepošten pogodbeni pogoj določba, s katero se potrošnik odpove pravici do uveljavljanja določenih ugovorov (npr. ugovor zaradi ničnosti, spodbojnosti, neizpolnitve ali nepravilne izpolnitve pogodbe), po sedemnajsti alineji pa določba, ki potrošnika zavezuje k izpolnitvi vseh pogodbenih obveznosti tudi v primeru, ko podjetje ne izpolni svojih pogodbenih obveznosti. Obe določili sta (smiselno) nujni del neodvisne garancije, pri kateri garant ne more odkloniti izplačila zaradi ugovorov neizpolnitve iz temeljnega razmerja. To pomeni, da bi se takšne določbe v potrošniški garanciji, če bi jih določilo podjetje, šteje za nične. To ne bi imelo nujno za posledico ničnosti celotne garancije, ampak bi v skladu z 88. členom OZ pripeljalo le do delne ničnosti, kar pomeni, da bi garancija lahko ostala v veljavi brez ničnih določb. Garant bi potemtakem pridobil ugovore iz temeljnega razmerja, zlasti možnost odklonitve izpolnitve v primeru, če je zavarovana obveznost že bila izpolnjena ali če sploh ni nastala. S tem bi se neodvisna garancija pretvorila v odvisno.

Z ustrezno razlago pravil o nepoštenih pogodbenih pogojih torej lahko po ZVPot glede tega vprašanja pridemo do podobnega rezultata kot po pravilih DCFR, torej da potrošnik v razmerju do podjetja ne more podeliti neodvisne, ampak kvečjemu odvisno garancijo. To pa velja samo v primerih, na katere se nanaša V. poglavje ZVPot, torej ko podjetje določi sestavine pogodbe, zlasti tiste v obliki formularnih pogodb ali splošnih pogojev poslovanja. Če je pogodba sklenjena na podlagi individualnega pogajanja med potrošnikom in podjetjem (kar je sicer bolj hipotetičen kot praktičen primer), pa je načeloma dopustno tudi neodvisno zavarovanje obveznosti.

Doslej navedeno velja glede dopustnosti izdaje neodvisne garancije po pravih ZOR o bančni garanciji. Kako pa je z dopustnostjo poročstva na prvi poziv, za katerega smo že ugotovili, da spada med odvisna zavarovanja, vendar je njegova

akcesornost časovno zamaknjena, saj se lahko uveljavlja šele v fazi po izpolnitvi porokove obveznosti? Ta oblika zavarovanja obveznosti je torej za dajalca zavarovanja nekoliko ugodnejša od garancije. Vendarle bi veljalo sprejeti stališče nemške pravne teorije in sodne prakse, ki enotno odklanjata dopustnost določitve poročstva na prvo zahtevo v splošnih pogojih poslovanja (razen če jih je pripravil porok sam), saj je določba zaradi odstopanja od klasične vsebine pogodbenega tipa poročstva lahko presenečenje za stranko, ki bi razmerje presojala predvsem na podlagi njej znane besede »poročstvo«. <sup>89</sup> Določitev obveznosti plačila na prvi poziv v splošnih pogojih je do poroka pretirano stroga in je nesorazmerno v korist upravičenca. Na podlagi 121. člena OZ so takšne določbe splošnih pogojev praviloma nične, torej bi se razmerje obravnavalo kot klasično poročstvo. Tem bolj to velja, če so splošni pogoji uporabljeni v razmerju med podjetjem in potrošnikom, saj določba o plačilu na prvi upnikov poziv v škodo potrošnika povzroči znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank, uporaba besede »poročstvo« pa lahko povzroči, da je izpolnitev pogodbe znatno drugačna od tistega, kar je potrošnik utemeljeno pričakoval. Poročstvo na prvi poziv bi moralo biti torej v vsakem primeru posebej dogovorjeno, sicer ga je treba obravnavati kot navadno poročstvo po pravilih OZ.

Nekatere specialne omejitve pri zavarovanju potrošniških kreditov so določene še v 21. členu ZPotK-1. V zvezi s kreditnimi pogodbami je namreč prepovedano zavarovanje plačil, ki potrošnika zavezuje k izdaji ali sprejemu bianko menice ali čeka ali drugega plačilnega instrumenta, ki ima po svoji naravi podobne učinke. Glede na učinke neodvisnih zavarovanj bi lahko sklenili, da so v takih primerih tudi ta prepovedana in da potrošnike pri izdaji neodvisnih zavarovanj (vsaj v primerih v zvezi s kreditnimi pogodbami) varuje tudi ZPotK-1. Ta zakon sicer obravnava le primere, ko kredit vzame potrošnik in zanj sam da strogo zavarovanje iz 21. člena, zato v primeru neodvisnih garancij, kjer sta dolžnik in dajalec zavarovanja različni osebi, neposredna uporaba ZPotK-1 najbrž ne pride v poštev.

## 8. Obveznost letnega obveščanja

Splošna pravila DCFR pri odvisnih osebnih zavarovanjih obveznosti od upnika zahtevajo, da dajalca zavarovanja brez nepotrebne odlašanja obvesti o nekaterih dejstvih, ki lahko vplivajo na unovčitev njegove obveznosti, in sicer o dolžnikovi neizpolnitvi obveznosti v roku ali njegovi nezmožnosti izpolnitve ter o podaljšanju zapadlosti zavarovane obveznosti. Upnikovo obvestilo mora

<sup>89</sup> Förster, str. 322; Jus, str. 269.

vključevati podatek o zavarovanem znesku glavne obveznosti, obrestih in drugih stranskih obveznostih dolžnika na dan obvestila (IV.G. – 2:107(1) DCFR).<sup>90</sup>

Za osebno zavarovanje obveznosti, ki ga zagotovijo potrošniki, pa je upnikova dolžnost obveščanja razširjena tako, da je treba podatke o zavarovanem znesku glavne obveznosti, obrestih in drugih stranskih obveznostih dolžnika dajalcu zavarovanja posredovati vsako leto, ne glede na dolžnikovo vestnost pri izpolnjevanju obveznosti (člen IV.G. – 4:106 DCFR). Namen takega vsakoletnega obveščanja je, da se potrošnika periodično opomni na potencialno tveganje, ki ga je prevzel in na katero bi zlasti pri dolgoročnih obveznostih lahko sicer pozabil.<sup>91</sup> Ne gre za prehudo breme za upnika, saj profesionalni posojilodajalci običajno ob koncu koledarskega ali poslovnega leta že sami napravijo tovrsten obračun obveznosti. Drugače kot pri obveščanju o dolžnikovi neizpolnitvi ali nemožnosti plačila je za redno letno posredovanje informacij o stanju dolžnikove obveznosti potrebno dolžnikovo soglasje, saj gre lahko za občutljive finančne podatke, ki pa sami po sebi niso ključni za aktivacijo zavarovanja. Dolžnikovo soglasje je nepreklicno in torej zadošča, da ga dolžnik podeli ob sklenitvi pogodbe. V nobenem primeru pa upnik ni dolžan obveščati dajalca zavarovanja o tistih podatkih o dolžniku in dolgu, za katere mora ta že sam vedeti oziroma za katere je razumno pričakovati, da zanje ve (npr. če sta dolžnik in dajalec zavarovanja zakonca).<sup>92</sup> Posledica upnikove opustitve ali zamude z obvestilom tako po členu IV.G. – 2:107 kot po členu IV.G. – 4:106 DCFR je zmanjšanje njegovih pravic v razmerju do dajalca zavarovanja v obsegu škode, ki bi jo ta utrpel zaradi takšne opustitve ali zamude.

Slovenski ZVPot takšnih varovalnih določb ne vsebuje. V 1025. členu OZ je določena le splošna dolžnost obvestitve poroka o dolžnikovi opustitvi: če dolžnik ne izpolni pravočasno svoje obveznosti, mora upnik o tem obvestiti poroka, ker sicer odgovarja za škodo, ki nastane zaradi tega poroku. Dolžnosti letnega obveščanja dajalca zavarovanja o stanju zavarovane obveznosti pa slovensko potrošniško pravo ne določa.

## 9. Časovne omejitve zavarovanja

DCFR na splošno ne dopušča ustanovitve osebnega zavarovanja obveznosti z neomejenim trajanjem. Če rok veljavnosti zavarovanja ni posebej dogovorjen, ima dajalec zavarovanja možnost, da ga sam naknadno omeji. Člen IV.G. – 2:109 to vprašanje ureja glede odvisnih, člen IV.G. – 3:107 pa glede neodvisnih zavarovanj.

<sup>90</sup> V drugem odstavku so določena še dodatna obvestila za primer globalnega zavarovanja obveznosti, ki pa pri potrošniških zavarovanjih ne pride v poštev, zato ga tu izpuščava.

<sup>91</sup> Drobnič, str. 429.

<sup>92</sup> Prav tam, str. 430.

Temeljna rešitev je v obeh primerih ta, da se lahko omeji obseg zavarovanja tako, da se nasprotni stranki pošlje obvestilo o tem vsaj tri mesece vnaprej. Posledica obvestila je, da obveznost dajalca zavarovanja obsega samo tiste obveznosti dolžnika in v takšnem obsegu, kot so obstajale v času, ko je omejitev začela učinkovati. Določba o pravici omejitve obsega zavarovanja je relevantna predvsem v primerih, ko je zavarovanje dogovorjeno tako, da ne pokriva le obstoječih, temveč tudi dolžnikove bodoče obveznosti, seveda do fiksnega maksimalnega zneska, ki se ugotovi skladno s členom IV.G. – 2:102 DCFR.

Če je dajalec zavarovanja potrošnik, pa zanj tudi zavarovanje z dogovorjenim rokom veljavnosti lahko ustvarja nesprijemljivo visoko tveganje, saj potrošniki običajno nimajo zadostnih poslovnih izkušenj in ne morejo predvideti obsega možnih obveznosti dolžnika, ki bi nastale v večletnem časovnem okviru. Zato člen IV.G. – 4:107 DCFR omogoča potrošniku, da na enak način – z obvestilom upniku tri mesece vnaprej – omeji obseg zavarovanja v vsakem primeru, ko to traja več kot tri leta. Za triletno obdobje naj bi torej potrošnik bil sposoben sam predvideti obseg tveganja, ki ga prevzema z zavarovanjem, za daljše obdobje pa ne.<sup>93</sup> Posledica potrošnikovega obvestila upniku je, da se obseg zavarovanja omeji na znesek zavarovane glavne terjatve, ki je že zapadel do tedaj, ko je omejitev začela učinkovati, in na vse zavarovane stranske terjatve (zamudne obresti, stroške izterjave itd.). Obseg zavarovanja se torej omeji na obveznost, ki je obstajala v določenem trenutku, ne omeji pa se rok za uveljavljanje zavarovanja. Upnik torej še vedno lahko unovči zavarovanje v tako omejenem obsegu vse do izteka prvotno določenega roka (oziroma do zastaranja zahtevka).<sup>94</sup> Možnost takšne naknadne omejitve zavarovanja obveznosti ne velja za primere, ko je zavarovanje vsebinsko že omejeno tako, da obsega le specifične obligacije ali obligacije, ki izvirajo iz specifičnih pogodb, saj je s tem višina potencialne obveznosti bolj predvidljiva in tveganje za potrošnika ustrezno nižje.

V slovenskem obligacijskem pravu sta trajanje in posledično tudi obseg porokove obveznosti omejena le s posebnimi pravili o zastaranju, ki jih določa 1034. člen OZ. Zaradi akcesornosti porokove obveznosti z zastaranjem obveznosti glavnega dolžnika zastara tudi obveznost poroka. Vendar v primeru, če je rok za zastaranje obveznosti glavnega dolžnika daljši od dveh let, zastara obveznost poroka po dveh letih od zapadlosti obveznosti glavnega dolžnika, razen če porok odgovarja solidarno z dolžnikom. Pri standardnem, subsidiarnem poročtvu torej porokova obveznost zastara v dveh letih – vendar se ta rok šteje šele od zapadlosti zavarovane terjatve, ne od začetka učinkovanja zavarovanja. Zastaralni rok ni določen absolutno, ampak se lahko njegov tek zadrži ali pretrga. Načeloma

<sup>93</sup> Prav tam, str. 435.

<sup>94</sup> Prav tam, str. 436.

zastaranje zahtevkov zoper poroka teče ločeno od zastaranja dolžnikove terjatve. Pretrganje zastaranja terjatve nasproti glavnemu dolžniku učinkuje nasproti poroku le, če je bilo zastaranje pretrgano zaradi kakšnega upnikovega dejanja pred sodiščem ali drugim pristojnim organom, opravljenega, da se ugotovi, zavaruje ali izterja terjatev zoper glavnega dolžnika. Zadržanje zastaranja obveznosti glavnega dolžnika pa nima učinka nasproti poroku.

Za bančno garancijo ZOR ne določa posebnih pravil o trajanju ali o zastaranju, zato zanjo velja splošni petletni zastaralni rok, ki pa bi seveda prišel v poštev le pri odvisni garanciji brez omejitve trajanja, saj je trajanje garancije na prvi poziv v praksi časovno omejeno.

## 10. Sklep

V slovenskem pravu ne poznamo posebnih pravil za varstvo potrošnikov, kadar ti nastopajo kot dajalci zavarovanj. Vseeno lahko v nekaterih primerih že z uporabo splošnih pravil obligacijskega in potrošniškega prava (ki so sorodna tistim v DCFR) pridemo do podobnih rezultatov kot s posebnimi pravili DCFR. To velja zlasti glede oblike pogodbe, domneve subsidiarnosti zavarovanja in nedopustnosti neodvisnega potrošniškega osebnega zavarovanja obveznosti, če je pogodbene pogoje določilo podjetje. Glede drugih vprašanj, ki jih DCFR ureja s specifičnimi rešitvami, je možnost, da bi slovenska sodišča na podoben način zavarovala potrošnike z ustrezno interpretacijo obstoječe zakonodaje, omejena. Če bi želeli potrošnikom na tem področju zagotoviti enakovredno raven pravnega varstva, bi bila torej potrebna dopolnitev zakonodaje, pri čemer bi se lahko zgledovali (tudi) po modelnem DCFR.

## Literatura in viri

BAR, Christian von, CLIVE, Eric (ur.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR): Full edition, Volume 3*. München: Sellier, 2009.

CEPEC, Jaka, Oderuštvo. *Podjetje in delo*, 2012, št. 1.

CIGOJ, Stojan, *Komentar obligacijskih razmerij*, IV. knjiga. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, 1986.

DAMJAN, Matija, VLAHEK, Ana, Novi obliki zavarovanja obveznosti v našem prostoru: nebančna garancija in poroštvo na prvi poziv. *Podjetje in delo*, 2015 (objava pričačakovana 2015).



- DOLENC, Mile, Načelo vestnosti in poštenja v civilnem pravu. *Podjetje in delo*, 2012, št. 6-7.
- DROBNIG, Ulrich, *Personal Security (PEL Pers. Sec.)*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2007.
- FALATOV, Peter, *Bančne garancije v mednarodnem poslovanju*. Ljubljana: CISEF, 1996.
- FÖRSTER, Christian, *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- JUHART, Miha, GRILC, Peter, ILEŠIČ, Mirko, STRNAD, Igor, *Zavarovanje in utrditev obveznosti*. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1995.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.), *Obligacijski zakonik (posebni del) s komentarjem*, 4. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.), *Obligacijski zakonik (splošni del) s komentarjem*, 1. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.), *Obligacijski zakonik (splošni del) s komentarjem*, 2. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- JUS, Miran, *Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2010.
- KOZIOL, Helmut, BYDLINSKI, Peter, BOLLENBERGER, Raimund (ur.), *Kurzkomentar zum ABGB*, 4. Auflage. Dunaj: Verlag Österreich, 2014.
- KRANJC, Janez, *Rimsko pravo*, 2., pregledana in dopolnjena izdaja. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- LARENZ, Karl, CANARIS, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage. München: C. H. Beck, 1994.
- MADER, Peter, Überlegungen zur Formulierung von Bankgarantien. V: Dietrich Kühnelt (ur.), *Basel II – Der Notar und die Kreditbesicherung im europäischen Umfeld*, Dunaj: Manz, 2005.
- MOŽINA, Damjan, Evropsko pogodbeno pravo, škatle za orodje in modri gumbi. *Podjetje in delo*, 2008, let. 34, št. 8, str. 1695–1717.
- PAVIČEVIĆ, Božidar, Bankarska garancija u domačem i međunarodnom prometu. *Privredno pravni priručnik*, 1979, IX.
- REPAS, Martina, Patronatska izjava kot novejša oblika zavarovanja obveznosti. *Podjetje in delo*, 2001, let. 27, št. 1, str. 77–87.
- SEKOLEC, Jernej, »Plačaj takoj, ugovarjaj kasneje«: neodvisna bančna garancija in stand-by akreditiv. *Pravna praksa*, 1997, let. 16, št. 3, str. I–VIII.
- STREULE, Markus, *Bankgarantie und Bankbürgschaft*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1987.
- TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato, ŠLAMBERGER, Miha, *Zavarovanje plačil*. Maribor: Inštitut za nepremičninsko pravo, 2010.



- VLAHEK, Ana, *Pogodbeni prenos lastninske pravice na premičninah v evropskem pravnem prostoru* (Zbirka Scientia iustitia, 18). 1. natis. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- WELTER, Reinhard, *Garantie auf erstes Anfordern durch Nichtbanken*. V: Walther Hadding, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 5, 2. Auflage. München: C. H. Beck, Franz Vahlen, 2009.



# Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov

## Povzetki

### I. Temelji prava varstva potrošnikov

#### Kriza slovenskega prava varstva potrošnikov

*Damjan Možina*

Avtor ugotavlja, da je slovensko pravo varstva potrošnikov kljub obsežni regulativi med pravniki slabo poznano, pri njegovi uporabi v sodni praksi pa nastajajo težave. Vzroke za stanje, ki ga označuje kot krizno, išče predvsem v pomanjkljivem izobraževanju pravnikov na tem področju ter v slabi zakonodajni kakovosti osrednjega predpisa – ZVPot. Ta je nekoherenten, izrazito nepregleden, vsebuje nekatere slabe in zastarele zakonodajne rešitve ter ponekod odstopa od zahtev prava EU. Pomanjkljiva je tudi koordinacija med splošnim obligacijskim pravom in ZVPot. Mešanje pristojnosti tržnega inšpektorata in sodišč v potrošniških zadevah odpira nekatera sistemska vprašanja, na katera ni jasnih odgovorov.

**Ključne besede:** obligacijsko pravo, pravo varstva potrošnikov, Zakon o varstvu potrošnikov, Obligacijski zakonik, pravo EU, prodajna pogodba, splošni pogoji poslovanja, garancija, tržni inšpektor

#### Potrošniško pravo: med državnim in naddržavnim

*Samo Bardutzky*

Preučevanje potrošniškega prava v Sloveniji ne more mimo dejstva, da izvira to pravo z dveh ravni – državne in naddržavne (pravo Evropske unije). Namen prispevka je pokazati, da sta umestitev prava potrošnikov med ti dve ravni in s tem tudi razmišljanje o tem, v kakšnem razmerju naj bosta ti dve ravni, povezana s splošnejšim vprašanjem, kako razumemo Unijo in njeno pravo. Prispevek se opre predvsem na konstitucionalistično koncepcijo Daniela Halberstama in Miguela Poiaresa Madura, ki temelji na usmeritvi normativne pozornosti Unije na posameznika. Omejitev te koncepcije izhaja iz spoznanja, da pri posamezniku kot potrošniku ne gre za enotno identiteto, temveč se v posamezniku prepletajo vloge, ki jih zavzema v družbi in gospodarstvu. Zakonodajalčeve odločitve na

področju potrošniškega prava so v resnici odločitve o kompromisih, sprejetih med temi vlogami in identitetami. Prispevek poskuša to spoznanje spraviti s konstitucionalistično koncepcijo Unije in pokazati, kako se to lahko odlikava na dilemah evropskega potrošniškega prava.

**Ključne besede:** potrošniki, pravo Evropske unije, konstitucionalizem, harmonizacija, pravni subjekt

## Nelojalna konkurenca in potrošniško pravo – nadgradnja, erozija, nova paradigma?

*Peter Grilc*

Razprava se ukvarja z vprašanjem, ali krepitev zakonodaje o varstvu potrošnikov na nadnacionalni in nacionalni ravni ter tudi na svetovni ravni povzroča več kot opazne spremembe vloge in pomena prava nelojalne konkurence. Pravo zatiranja nelojalne konkurence je bilo osrednji vzvod za zaščito interesov fizičnih oseb v zvezi s poslovnimi subjekti. Osnovna dilema, ki jo velja obravnavati, je torej, ali je pravo nelojalne konkurence z razvojem in krepitvijo (moderne) prava varstva potrošnikov doživelo neke vrste erozijo in je prišlo do premika težišča proti potrošniškemu pravu in ali se kljub temu lahko ti dve pravni področji dopolnjujeta. Razprava se ne ukvarja z varstvom potrošnikov prek virov in praks na drugih področjih prava, zlasti obligacijskega prava, predvsem pogodbenega in upravnega prava. Analizirani so temeljne določbe in instituti prava EU, in sicer omejevanje konkurence s sporazumi, koncentracije, storitve splošnega gospodarskega pomena in državne pomoči, ki jih lahko opišemo kot področja z zelo skupnostno naravo. Vendar se razmerje med nadnacionalno in nacionalno ureditvijo razlikuje na področju nelojalnega konkurenčnega prava in politike, predvsem zaradi drugačnega koncepta vrednot. Obstaja še več drugih razlogov za neuskkljenost na tem področju, ki so analizirani. Nelojalna konkurenca ni bila urejena v primarnih pravnih virih EU, vendar je mogoče najti številne vzorce. Tam je že skoraj neobvladljivo število določb na določenih področjih, na primer na področju humane medicine in televizije brez meja. To kaže, da jih je treba upoštevati v posameznih primerih, ko se razlagajo določbe o nelojalni konkurenci. Vendar je treba omeniti, da navedeni viri večinoma niso bili osredinjeni na nelojalno konkurenco kot tako, ampak predvsem na skupni trg z zagotavljanjem ekonomskih svoboščin. Nepoštena konkurenca je bila uporabljena kot posebno orodje ali pomoč v tej smeri. Varstvo potrošnikov se spet razlikuje od zatiranja nelojalne konkurence: izrecno je bilo postavljeno na nadnacionalno raven in razprava analizira ustrezne določbe PDEU, razvoj v devetdesetih letih prejšnjega stoletja in vpliv sodne prakse, nadaljnji zakonodajni razvoj področja in tudi sektorsko zakonodajo. Analizira tudi samoregulacijo kot orodje in pravni vir.

**Ključne besede:** nelojalna konkurenca, omejevanje prodaje tobačnih izdelkov, PDEU, potrošnik, pravo EU, sektorska zakonodaja, skupni trg, sodna praksa, televizija brez meja, temeljne ekonomske svoboščine, varstvo potrošnikov, zdravila, zdravstvene storitve

## Prepoved diskriminacije v pravu varstva potrošnikov

*Tilen Štajnpihler*

Čprav prepoved diskriminacije zaradi osebnih okoliščin, kot so spol, barva kože ali versko prepričanje, tradicionalno ne spada v okvir tržnega prava, ni mogoče prezreti, da so se v zadnjih desetletjih zlasti v evropskem pravnem prostoru začeli pojavljati mehanizmi za varstvo pred diskriminacijo tudi v razmerjih med udeleženci na trgu blaga in storitev, ki so pomembno zaznamovali podobo zasebnega prava, zlasti v obliki omejitev zasebne avtonomije. Glede na to danes ni več nepredstavljivo, da v varstvu pred diskriminacijo vidimo enega od legitimnih ciljev, ki jih imamo pred očmi tudi pri pravnem urejanju razmerij med udeleženci na trgu. Namen prispevka je pokazati, da lahko prepoved diskriminacije, ki je pri nas v določenem obsegu že prisotna tudi na tem področju, smiselno razložimo kot del prava varstva potrošnikov. Glede na namen širjenja varstva pred diskriminacijo na trg blaga in storitev in vire, ki so bili podlaga za to, je smiselno prepoved diskriminacije v tem kontekstu povezati z zaokroženim sklopom pravnih pravil, namenjenih posebej varovanju položaja potrošnikov, ki so v okviru tržnega prava nastala, ker s klasičnimi instrumenti pogodbenega prava na trgu ni bilo več mogoče ustrezno zaščititi kategorije končnih zasebnih uporabnikov blaga in storitev.

**Ključne besede:** diskriminacija, prepoved diskriminacije, blago in storitve, dobrine in storitve, potrošnik, varstvo potrošnikov, načelo enakosti, dostojanstvo, tržno pravo, zasebna avtonomija

## Opredelitev pojma potrošnik v pogodbenem pravu EU

*Jaka Cepec*

Prispevek obravnava vprašanje opredelitve pojma potrošnik v pogodbenem pravu EU. Pojem potrošnika je v evropski zakonodaji, predvsem s pomočjo sodne prakse, razmeroma jasno in enotno oblikovan. Kljub prizadevanjem EU za popolno harmonizacijo potrošniškega prava je pojem v različnih državah članicah še vedno razumljen sistemsko različno. Osrednji del prispevka zajema analizo teh temeljnih razlik, pri čemer avtor sklene, da so zaradi zahteve po popolni harmonizaciji širše opredelitve pojma potrošnik v nacionalnem pravu, ki nimajo podlage v direktivah EU, lahko v neskladju s pravom EU. Pozornost v prispevku

je namenjena tudi analizi slovenske ureditve. Avtor opozori, da kljub temu, da slovensko pravo pojem potrošnika sicer ureja razmeroma enotno, tako na ravni zakonodaje kot tudi v praksi prihaja do določenih nepotrebnih nedoslednosti.

**Ključne besede:** potrošnik, potrošniška pogodba, pravo EU, harmonizacija

## Varstvo majhnih in srednje velikih podjetij v okviru potrošniškega prava *Mojca Ilešič*

Glavni razlog varstva potrošnikov je položaj šibkejše stranke, v katerem se praviloma znajdejo potrošniki v pogodbenih razmerjih na trgu. Pomanjkanje ustreznega znanja, informacij in izkušenj jim pogosto onemogoča sprejemanje informiranih odločitev, kar povzroča napako trga in upravičuje poseg zakonodajalca v pogodbeno razmerja s pomočjo zaščitnih ukrepov v korist te ranljive skupine udeležencev na trgu. A potrošniki niso nujno edina ranljiva skupina na trgu, ki potrebuje varstvo. Mnoga majhna in srednje velika podjetja (MSP) so prav tako prizadeta zaradi asimetrije informacij in redoma sklepajo pogodbe kot šibkejše stranke. Pri tem se postavlja vprašanje, ali ne bi morala MSP tudi uživati določenega varstva, po možnosti v okviru potrošniškega prava. Pravo EU na področju, ki ga ureja potrošniški *acquis communautaire*, načeloma potrošniškega varstva ne pripisuje podjetjem, čeprav vse bolj priznava poseben položaj MSP. Na drugi strani pa nekatere države članice določene dele potrošniškega varstva razširjajo tudi na pravne osebe, zaradi česar se postavi vprašanje, ali lahko oziroma ali in do katere mere naj potrošniško varstvo razširimo na MSP tudi v Sloveniji.

**Ključne besede:** potrošniško varstvo, majhna in srednje velika podjetja (MSP), šibkejša stranka, razširitev definicije potrošnika, B2B

## II. Pravnoekonomska funkcija varstva potrošnikov

### Ekonomska smiselnost predpisov na področju varstva potrošnikov *Katarina Zajc, Luka Markelj*

Avtorja obravnavata ekonomsko smiselnost prava varstva potrošnikov. Potrošniki so šibkejši udeleženci na trgu, navadno nimajo potrebnega znanja in informacij ter jim primanjkuje časa za sprejem nakupne odločitve. Zakonodaja varstva potrošnikov običajno od ponudnikov zahteva predhodno razkritje informacij potrošnikom, v nekaterih primerih pa posega tudi v vsebino pogodbenega razmerja med ponudniki in potrošniki (npr. s standardi varnosti, pravico do odstopa od pogodbe, obvezno vsebino pogodbenih razmerij). Obravnavano je informiranje potrošnikov, preden jih nakupna odločitev zavezuje. Bistveno

vprašanje je, ali je obstoječa pravna ureditev varstva potrošnikov ekonomsko upravičena oziroma ali pozitivno vpliva na družbeno blaginjo. V prispevku avtorja ugotavlja, da je uvedba zahteve po predhodnem informiranju potrošnikov ekonomsko upravičena, zlasti ker že predpisi sami izključujejo to obveznost pri vsakodnevni pogodbi. Enako velja za institut efektivne obrestne mere, ki skladno z nauki behavioristične ekonomike pomeni relevantno informacijo, ki je za potrošnika ključna za sprejem nakupne odločitve. Za celovito analizo ekonomske upravičenosti prava varstva potrošnikov bi bili potrebni natančni empirični podatki, ki pa žal vsaj po najinem vedenju še ne obstajajo.

**Ključne besede:** potrošniki, predpisi, informacije, neoklasična teorija, behavioristična teorija

## Zavajajoče označevanje živil, behavioristična ekonomija in varovanje potrošnikov

*Mitja Kovač, Simona Kotnik*

Avtorja na podlagi empirične študije, najnovejših spoznanj behavioristične ekonomije in pravnoekonomske znanosti identificirata številne vire neučinkovitosti ter podajata priporočila in komentarje k slovenski ureditvi označevanja živil in preprečevanja z njim povezanega zavajanja potrošnikov.

Glavni izsledki so: (1) Načelno mora informacije o vsebini, sestavinah in učinkih živil proizvesti in posredovati proizvajalec kot tisti, ki lahko to naredi z najnižjimi stroški. (2) Izjema od dolžnosti razkritja informacij velja za načrtno pridobljene produktivne informacije. (3) Dolžnost poštenega ravnanja pri izražanju golih mnenj in pri dajanju drugih nepreverljivih izjav o vsebini, učinkih in sestavinah živilskih izdelkov je nepotrebna. (4) Razlika med laganjem in prikrivanjem informacij pri označevanju živil je irelevantna. (5) Razlika med načrtnim in malomarnim napačnim označevanjem živil je, razen v primerih določanja kazenskih sankcij in pravnih sredstev, nepomembna. (6) Razkrivanje in označevanje škodljivih snovi, alergenov in drugih sestavin v živilih je učinkovito in zaželeno. (7) Zaradi identificiranih problemov podpisati in ne prebrati ter podpisati in ne razumeti ter behaviorističnih vzorcev bo imela sama dolžnost razkrivanja informacij zelo omejene učinke in jo je treba dopolniti z uvedbo črnih in sivih seznamov prepovedanih praks zavajajočega označevanja živil. (8) Potrošniki bodo bolje informirani takrat, ko bodo nepomembne informacije predhodno prečiščene in odstranjene. (9) Identificirane in empirično preverjene kognitivne omejenosti, sidra in hevrizmi zahtevajo izboljšave v izvajanju in frekvenci regulatornega nadzora ter uvedbo črnih list kršiteljev. (10) Spoznanja behavioristične ekonomije so dodaten argument za paternalistično ureditev

varovanja potrošnikov in za posebno regulatorno ureditev področja zavajajočega označevanja živil.

**Ključne besede:** varovanje potrošnikov, zavajajoče označevanje živil, behavioristična ekonomija, problem podpisati in ne prebrati

## Korist potrošnika kot skupni cilj in enovit standard presoje v pravu varstva potrošnikov in konkurenčnem pravu?

*Klemen Podobnik*

Avtor osnovno oriše temeljne pristope k oblikovanju standarda presoje protipravnega poslovnega vedenja na področju prava prepovedi omejevanja konkurence. Zanima ga predvsem vprašanje, ali je konkurenčno pravo zares namenjeno predvsem varstvu potrošnikovih ekonomskih koristi. Prikaz teorije učinkovitosti, teorije potrošnikove izbire in prave koristi potrošnika izkaže neobstoj strinjanja o temeljnih ciljih in standardih antitrusta, pri čemer pa potrošnikov položaj igra pomembno vlogo pri večini pristopov. Avtor se sprašuje, ali je ob tako neenotnem pristopu pri identifikaciji temeljnih ciljev antitrusta sploh mogoče iskati skupne točke s standardom in ciljem prava varstva potrošnikov. Ugotavlja, da pravni panogi glede tega najverjetneje trčita predvsem na področju trgov informacijskih tehnologij, na katerem omejitve dostopa do kakovostnih informacij lahko pomeni tako kršitev antitrusta kot prava varstva potrošnikov.

**Ključne besede:** prava korist potrošnika, cilj konkurenčnega prava, ekonomska učinkovitost, informacija, izbira, chicaška šola

## III. Procesnopravni vidiki varstva potrošnikov

### Mednarodna pristojnost za reševanje potrošniških sporov

*Aleš Galič*

Uredba Bruselj I s posebnimi pravili o pristojnosti varuje potrošnika kot stranko, ki je praviloma v ekonomsko šibkejšem položaju in manj izkušena v pravnih zadevah kot njen pogodbeni partner. Poseben varovalni režim pristojnosti ne velja za vse vrste potrošniških pogodb. Velja za pogodbe o nakupu na obroke in o nakupu, povezanem s potrošniškim financiranjem, poleg tega pa še za primere, ko trgovec usmerja svoje poklicne aktivnosti v državo potrošnika. S tem v zvezi se odpirajo številna vprašanja, na primer kako opredeliti, kdo je potrošnik, kako obravnavati pogodbe z dvojnimi (zasebnim in profesionalnim) namenom, kako razmejiti, kdaj gre za spor, »ki izvira iz pogodbe«, ter kako opredeliti, kaj



pomeni »usmerjanje poklicnih aktivnosti«, še posebej glede trgovcev, ki delujejo na internetu. Nekatera od teh vprašanj, še zdaleč pa ne vsa, so že bila razrešena v praksi Sodišča Evropske unije. Prenovljena Uredba Bruselj I, ki je začela veljati leta 2015, pa je še dodatno razširila domet procesnopravnega varstva potrošnikov.

**Ključne besede:** mednarodna pristojnost, Uredba Bruselj I, potrošniški spor, varstvo šibkejših strank, merodajno pravo, Uredba Rim I

## Implementacija Direktive 2013/11 o alternativnem reševanju potrošniških sporov v slovenski pravni red

*Neža Pogorelčnik Vogrinc*

Sodni postopki potrošnikom ne zagotavljajo učinkovitega pravnega varstva pravic, zato je pomembno zagotoviti tudi izvensodne postopke reševanja. Doslej je na ravni EU taka možnost obstajala le za potrošniške spore s posameznih gospodarskih sektorjev, z Direktivo 2013/11/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2013 o alternativnem reševanju potrošniških sporov ter spremembi Uredbe (ES) št. 2006/2004 in Direktive 2009/22/ES pa se prvič vzpostavlja splošna ureditev alternativnega reševanja potrošniških sporov. Pri tem evropski zakonodajalec določa le minimalne standarde, s spoštovanjem katerih se bo v teh postopkih zagotavljala kakovost. Ustanovitev izvajalcev teh postopkov in podrobnejša pravila njihovega vodenja prepušča posameznim državam članicam, ki so tako pri vzpostavljanju tega sistema v praksi precej svobodne. Slovenija bo ureditev direktive v slovenski pravni red prenesla z Zakonom o izvensodnem reševanju potrošniških sporov (ZIRPS), vendar bo pri tem zamudila postavljeni rok 9. julij 2015. Avtorica v prispevku predstavlja ureditev Direktive 2013/11 in njeno implementacijo v slovenski pravni red, kot to izhaja iz objavljenega predloga ZIRPS.

**Ključne besede:** Direktiva 2013/11, Zakon o izvensodnem reševanju potrošniških sporov, potrošniški spori, zunajsodni postopki, alternativni postopki, čezmejni spor

## Obrazložitev sodbe in pritožba v sporu majhne vrednosti

*Jerca Kramberger Škerl*

Avtorica obravnava postopek v sporih majhne vrednosti (SMV) po ZPP, posebej vsebino obrazložitve sodbe in pritožbo. Zakon določa, da se obrazložitev sodbe v teh sporih razlikuje od tiste v rednem pravdnem postopku. Bila naj bi manj obsežna in naj bi vsebovala manj sestavin, vendar zakon ne daje jasnih navodil, kako ravnati v praksi. Izkaže se, da je praksa višjih sodišč v zvezi s tem vprašanjem neenotna in pogosto zahteva praktično enako obrazložitev kot v rednem postopku. Na podlagi zakona, teorije in sodne prakse avtorica posku-

ša izluščiti nekatera pravila za pisanje obrazložitev v SMV in predlaga možne izboljšave zakonodaje.

Pritožba v SMV ni mogoča zaradi napačne ali nepopolne ugotovitve dejanskega stanja in relativno bistvenih kršitev pravnega postopka. V praksi se nemalokrat zgodi, da prvostopenjsko sodišče strank o teh omejitvah ne pouči, čeprav bi jih moralo. Večinska sodna praksa, ki ji avtorica pritrjuje, je zavzela stališče, da kljub temu pritožbeno sodišče upošteva le pritožbene razloge, dovoljene v SMV. Krajši kot v rednem postopku je tudi pritožbeni rok. V primerih, ko je prvostopenjsko sodišče v pravni pouk napačno zapisalo daljši rok iz rednega postopka, je pritrđiti sodni praksi, da pritožbe, vložene v okviru tega roka, čeprav po poteku osemdnevnega roka iz SMV, ni mogoče šteti za prepozno. Če stranka v gospodarskih SMV namesto napovedi pritožbe takoj vloži pritožbo, naj jo sodišče kot tako obravnava.

**Ključne besede:** spor majhne vrednosti, obrazložitve, pritožba, pritožbeni razlog, pravdni postopek, razglasitev sodbe, gospodarski spori

## Uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov za znižanje plačila po OZ in ZVPot v sodni praksi – je res potrebno razlikovanje?

*Špelca Mežnar*

V slovenski sodni praksi se je v zadnjih letih uveljavilo stališče, da je treba znižanje kupnine na podlagi Obligacijskega zakonika uveljavljati z oblikovalno tožbo. Enake jasnosti pa žal ni glede vprašanja, ali to velja tudi v primeru, ko je kupec potrošnik in veljajo pravila Zakona o varstvu potrošnikov.

Avtorica se zavzema za to, da se pravica do znižanja kupnine, ne glede na vrsto prodajne pogodbe (potrošniška ali nepotrošniška) in ne glede na procesni položaj strank ter potek prekluzivnega roka, dosledno in brez izjem uveljavlja pred sodiščem s postavitvijo ustreznega oblikovalnega zahtevka.

**Ključne besede:** znižanje kupnine, prodajna pogodba, varstvo potrošnikov, oblikovalna pravica

## Uveljavljanje znižanja kupnine in drugih jamčevalnih zahtevkov

*Damjan Možina*

Prispevek poskuša odgovoriti na vprašanje, ki si ga zastavljajo tudi sodišča: ali se znižanje kupnine kot eden od upnikovih zahtevkov v primeru dolžnikove izpolnitve pogodbe z napako kot oblikovalna pravica uresničuje z izjavo nasprotni stranki ali pa gre za t. i. tožbeno oblikovalno upravičenje, za uresničitev katerega mora upnik vložiti oblikovalno tožbo, ceno pa lahko s svojo sodbo zniža le sodišče. Avtor na podlagi jezikovne razlage, umestitve znižanja v sistem pravnih

sredstev za kršitev pogodbe, kratkega primerjalnopravnega pogleda ter Direktive 99/44/ES o potrošniški prodaji zagovarja prvo rešitev, tj. izvensodno uveljavljanje znižanja kupnine in drugih jamčevalnih zahtevkov.

**Ključne besede:** pogodbeno pravo, kršitev pogodbe, stvarna napaka, pravna napaka, prodajna pogodba, znižanje kupnine, oblikovalna pravica, potrošniška prodajna pogodba, izvensodno uveljavljanje

## IV. Materialnopravni vidiki varstva potrošnikov

### Ureditev predpogodbenih dolžnosti informiranja pri potrošniški prodaji blaga v Sloveniji

*Andreja Fakin*

Avtorica preučuje posebnosti predpogodbenih dolžnosti informiranja, ki jih je zakonodajalec v slovenski ureditvi predvidel z namenom zagotavljanja ustreznega informacijskega položaja potrošnika. Podana je primerjava z ureditvijo splošnih predpogodbenih dolžnosti informiranja glede vprašanja časovnih zamejitev vzpostavitve dolžnosti informiranja, vsebine in drugih predpostavk, ki morajo biti izpolnjene za njihovo aktivacijo, posebna pozornost pa je namenjena tudi preverjanju ustreznosti prenosa direktiv z relevantno vsebino v slovenski pravni red. Prispevek obravnava tudi kršitve predpogodbenih dolžnosti informiranja in možne pravne posledice na področju obligacijskega prava.

**Ključne besede:** predpogodbene dolžnosti informiranja, informiranje potrošnikov, Direktiva 2011/83/EU, prodaja blaga, varstvo potrošnikov

### Varstvo potrošnikov pri prodaji (nakupu) bivalnih nepremičnin

*Miha Juhart*

Za večino potrošnikov je nakup bivalne nepremičnine eden od najpomembnejši pravnih poslov. Pri tem se potrošnik srečuje z različnimi tveganji, ki so mu večinoma nepoznana in jih težko obvladuje. Zato je zelo pomembno, da zakonodaja določi mehanizme kogentnega pravnega varstva, predvsem v razmerjih, ko na drugi strani stoji profesionalni subjekt. Mehanizmi pravnega varstva pa so potrebni tudi v razmerjih, ki jih sklepajo potrošniki med seboj. Avtor mehanizme potrošniškega varstva predstavlja večplastno. Najprej na ravni splošnih predpisov, ki določajo posebno obličnost. Nato pa še v posebnih predpisih. Najprej gre za posebne predpise, ki veljajo za oglaševanje bivalnih nepremičnin. Zelo pomemben steber je delovanje nepremičninskih posrednikov. Gre za nadzorovano dejav-

nost, katere namen je zagotavljanje nepristranske pomoči pri sklepanju pogodb. Najpomembnejše varstvo pa zagotavlja Zakon o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb, ki določa posebna pravila za prodajno pogodbo. Avtor ugotavlja, da razdrobljena pravila skupaj potrošniku tvorijo zadovoljiv sistem pravnega varstva.

**Ključne besede:** nepremičnina, varstvo potrošnikov, oglaševanje, nepremičninsko posredovanje, prodajna pogodba

## Jamstvo za vloge kot instrument varstva potrošnikov

*Meta Ahtik*

Obravnavano je vprašanje jamstev za vloge z vidika dveh ključnih, tesno prepletajočih se ciljev instituta – varstva potrošnikov in ohranjanja finančne stabilnosti. Potrebo po varstvu potrošnikov na področju finančnih storitev prispevek na splošno preučuje z vidika različnih ekonomskih teorij, ki so to vprašanje obravnavale v zadnjih desetletjih – teorij racionalne izbire, informacijske ekonomike, nove institucionalne ekonomike in vedenjske ekonomike. Večina teorij pokaže na nujnost regulacije finančnih storitev in potrebo po oblikovanju depozitnih shem. Slednjo potrjujeta tudi razsežnost depozitnih virov v bančni pasivi in obseg depozitov v naložbah posameznikov in podjetij. Z ekonomskega vidika so predstavljene optimalne značilnosti depozitne jamstvene sheme, podani pa sta tudi predstavitev in ocena veljavne sheme ter njenih nedavnih in predvidenih sprememb z vidika zaželenih značilnosti sheme.

**Ključne besede:** jamstvo za vloge, varstvo potrošnikov, finančna stabilnost, bančništvo, Evropska unija, finančne storitve, ekonomska analiza prava

## Kreditni v švicarskih frankih: čigave so težave?

*Boštjan Koritnik*

Kreditni v švicarskih frankih oziroma kreditni z valutno klavzulo so dobili zelo slab sloves, saj so se zaradi zvišanja vrednosti švicarskega franka v razmerju do evra zvišali obroki uporabnikov teh kreditov, ki seveda pridobivajo dohodke večinoma v domači valuti evru. V tem prispevku sem pokazal, da je izbira kredita, vezanega na prav določeno valuto, pogosto stvar (človeški naravi inherentnega) moralnega tveganja (hazarda) potrošnika. Ob tem menim, da so očitki kreditotojemalcev, da so se banke okoristile in jih zavajale, vsaj na splošno oziroma za večino primerov neutemeljeni. Ključno pa je, da bi posojilodajalci glede na naravo takega pravnega posla (kreditne pogodbe z valutno klavzulo) morali pričakovati, da se lahko kaj spremeni tudi njim v škodo. V skladu s tem ne vidim podlage za ničnost teh pogodbениh določil oziroma kreditnih pogodb. Ob koncu opozorim

tudi na dejstvo, da kljub razmeram, ko je Euribor zelo nizko, med kreditojemalci ni interesa za spremembo sedanjih evrskih kreditov z variabilno obrestno mero v takšne s fiksno obrestno mero. Po mojem mnenju kaže to iste elemente s strani kreditojemalcev sprejetega (moralnega) tveganja kot pred »krizo posojil v švicarskih frankih«.

**Ključne besede:** kreditna pogodba, švicarski frank, valutna klavzula, moralno tveganje, klavzula spremenjenih okoliščin, ničnost, Euribor

## Pravice potnikov pri zamudi leta

*Gregor Dugar*

Uredba 261/2004 ureja skupna pravila o pavšalnem nadomestilu in oskrbi potnikov v primeru zavrnitve vkrcanja proti njihovi volji, pri odpovedi njihovega leta in pri veliki zamudi leta. Čeprav Uredba 261/2004 te pravice izrecno ne določa, je Sodišče EU v zadevi *Sturgeon* potnikom, katerih let ima najmanj triurno zamudo, priznalo pravico do pavšalnega nadomestila, razen če letalski prevoznik dokaže, da so zamudo leta povzročile izredne razmere. Po mnenju Sodišča EU tako razlago veleva načelo enakega obravnavanja, saj potniki odpovedanih letov in letov z veliko zamudo utrpijo podobne nevšečnosti zaradi izgube časa. Čeprav je bila teorija do odločitve Sodišča EU kritična, je Sodišče EU svojo odločitev v zadevi *Sturgeon* potrdilo tudi v naslednjih odločbah. Avtor v prispevku obravnava sodno prakso Sodišča EU glede pravice do pavšalnega nadomestila pri zamudi leta in sodno prakso v zvezi z interpretacijo pojma izrednih razmer, ki letalskega prevoznika razbremenijo odgovornosti plačati pavšalno nadomestilo.

**Ključne besede:** Uredba 261/2004, pravice potnikov, zamuda leta, nadomestilo, odgovornost letalskega prevoznika

## Varstvo potrošnikov pri osebnih zavarovanjih obveznosti

*Ana Vlahek, Matija Damjan*

Prispevek obravnava osebna zavarovanja obveznosti, pri katerih v vlogi dajalca zavarovanja nastopa potrošnik. Običajno gre za pravna razmerja, v katerih na eni strani stoji močna finančna institucija kot upnik zavarovane terjatve, na drugi strani pa ekonomsko bistveno šibkejša fizična oseba kot dajalec zavarovanja za to terjatev. Med strankama tipično obstaja velika asimetrija tudi glede ekonomskega in pravnega znanja ter poslovnih izkušenj, ki so potrebne za razumevanje možnih tveganj, povezanih s prevzemom osebnega zavarovanja. To narekuje, da je treba dajalcu zavarovanja kot potrošniku zagotoviti ustrezno višjo raven pravne zaščite. V slovenskem pravu in večini drugih nacionalnih zakonodaj ne najdemo posebne ureditve varstva potrošnikov, kadar ti nastopajo kot dajalci osebnega zavarovanja,

ampak se za ta razmerja uporabljajo splošna pravila potrošniškega oziroma obligacijskega prava. Osnutek Skupnega referenčnega okvira (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*) v posebnem poglavju vsebuje celovito ureditev varstva potrošnikov pri osebnih zavarovanjih, ki je lahko vzor pri urejanju tega področja v nacionalnih zakonodajah. V prispevku so najprej predstavljeni posamezni pravni instrumenti zaščite potrošnikov, ki jih predvideva DCFR, nato pa je analizirano, ali in kako slovensko pravo varuje potrošnika kot dajalca osebnega zavarovanja v primerljivih položajih.

**Ključne besede:** (ne)odvisno osebno zavarovanje obveznosti, poroštvo, (ne)bančna garancija, poroštvo na prvi poziv, patronatska izjava, nepošteni pogoji, oderuška pogodba, vestnost in poštenje, predpogodbena pojasnilna dolžnost, DCFR, varstvo potrošnikov

# Law and Policy of Modern Consumer Protection

## Abstracts

### I. Common Grounds of Consumer Protection Legislation

#### The Crisis of Consumer Protection Law in Slovenia

*Damjan Možina*

The law of consumer protection, although extensively regulated, is not well known among Slovenian lawyers. There are also some difficulties with regard to its application by the courts. The author attributes this above all to the shortcomings in legal education and to the low legislative quality of the Slovenian Consumer Protection Act. The latter lacks coherence and transparency and contains some outdated and not well considered solutions. In some instances, implementation of EU consumer protection directives is deficient. The coordination between the general law of obligations that is set out in the Obligations Code, and the Consumer Protection Act is far from optimal. Several questions arise also as to the role of the Slovenian Market Inspectorate in the field of consumer protection, in particular as to delimitation of its jurisdiction from that of the civil courts.

**Keywords:** law of obligations, consumer protection law, Consumer Protection Act, Obligations Code, EU law, contract of sales, unfair commercial terms, guarantee, market inspector

#### Consumer Law: Between the National and the Supranational

*Samo Bardutzky*

An analysis of consumer law in Slovenia cannot ignore the fact that this law originates in two intertwined levels – the national and the supranational (European Union law). This paper purports to show that the positioning of consumer law between these two systems, or levels, is linked to the more general question of how we understand the Union. In turn, this is linked to the question of the relationship between the levels. The discussion is based first and foremost in the constitutionalist conception of the Union that was formulated by Daniel

Halberstam and Miguel Poiares Maduro and is based in understanding the individual as the focus of normative concern of the Union. The limitations to this conception stem from the realisation that the individual *qua* consumer is not a case of a uniform identity. Instead, every individual plays a number of roles in the society and economy. Legislative solutions in the field of consumer law are in fact decisions on what compromise is to be made between these roles and identities. The paper purports to reconcile this realisation with the constitutionalist conception of the Union. It also aims to show, how this can be reflected in the dilemmas of European consumer law.

**Keywords:** consumers, EU law, constitutionalism, harmonisation, legal subject

### Unfair Competition and Consumer Law – an Upgrade, an Erosion or a New Paradigm?

*Peter Grilc*

The paper addresses the question whether strengthening of the consumer protection legislation at the supranational and national level as well as globally, causes more than noticeable changes in the role and importance of unfair competition law. Unfair competition law used to be the central lever to protect the interests of natural persons in relation to business entities. The basic dilemma to be addressed is whether because of the development and strengthening of (modern) consumer law, unfair competition law underwent a sort of erosion shifting the centre of gravity from unfair competition law to consumer law, and whether these two legal areas might be complementary despite the above fact. The paper does not deal with consumer protection through the resources and practices of other fields of law, especially the law of obligations, particularly contracts, and the administrative law. Basic legal fields of EU law shall be analysed, namely antitrust, concentrations, SGEIs and state aids. They may be described as areas of highly communitarian nature. However, because of a different set of values, the relationship between the supranational and national regulation is different in the area of unfair competition law and policy. There are several other reasons for non-harmonization of this area that are also analysed in the paper. Unfair competition has not been regulated in the primary EU legal sources, several patterns may nevertheless be found. There is already virtually unmanageable number of provisions in specific areas, for example in the areas of human medicine and the television without frontiers. This illustrates that those provisions must be taken into account in individual cases of unfair competition. But it should be mentioned that those provisions were not primarily focused on unfair competition as such, but in particular on the common market



through the provision of economic freedoms; unfair competition was used as a particular tool in attaining this goal. Consumer protection law, too, differs from unfair competition law: it has been expressly raised to the supranational level. The paper analyses relevant provisions of the TFEU, the development in the nineties and the impact of the case law and further legislative development in the field, as well as the sectoral legislation. Self-regulation as a tool and legal source as well as alternative dispute settlement are also analysed.

**Keywords:** common market, consumer, consumer protection, EU law, fundamental economic freedoms, health services, jurisprudence, TFEU, restricting the sale of tobacco products, sectoral legislation, television without frontiers, unfair competition

## The Prohibition of Discrimination in Consumer Protection Law

*Tilen Štajnpihler*

While the prohibition of discrimination on grounds such as gender, race or nationality, and religious beliefs does not traditionally fall within the scope of commercial law, one cannot disregard the mechanisms that developed in recent decades, particularly in the context of EU law, for protection against discrimination with regard to access to and supply of goods and services which had a significant impact on private law, particularly as restrictions of private autonomy. In light of that it is no longer inconceivable that protection against discrimination can be considered as a legitimate aim of market regulation. This contribution aims to demonstrate that the prohibition of discrimination, which in Slovenia to a certain extent already extends onto the field of commercial law, should be considered as a part of consumer protection law. Considering the purpose of extending the protection against discrimination to the area of goods and services as well as the legal basis for this process, it appears sensible to connect the instruments for the protection against discrimination in this context with the coherent set of rules within the framework of commercial law that are intended specifically to protect the position of consumers, which emerged because the traditional instruments of contract law could no longer provide adequate protection of a certain category of market participants, namely the end users on the market of goods and services.

**Keywords:** discrimination, prohibition of discrimination, goods and services, consumer, consumer protection, the principle of equality, dignity, private law, private autonomy

## The Notion of Consumer in EU Contract Law

*Jaka Cepec*

The paper addresses the question of the notion of consumer in EU contract law. Especially through judicial practice of the ECJ, this notion is relatively clear and uniformly defined. Despite the efforts of the EU towards full harmonization of consumer law, the notion of consumer in the Member States is still understood differently. The central part of the chapter is devoted to the analysis of the fundamental differences in the concept of consumer in the Member States. The author concludes that due to the requirement of full harmonization of consumer law, broader definitions of the term “consumer” in national laws which have no standings in EU directives, may be in direct conflict with EU law. The author also presents a short analysis of the Slovenian law. He concludes that although in Slovenian law, the notion of consumer is applied predominantly uniformly, there are some inconsistencies present in the legislation and legal practice that could be addressed.

**Keywords:** consumer, consumer contract, EU law, harmonization

## Protection of Small and Medium Enterprises within the Scope of Consumer Law

*Mojca Ilešič*

The main rationale of consumer protection is the position of the weaker party which consumers occupy in contractual relationships in the market. Their lack of relevant knowledge, information and experience often prevents them from taking informed decisions, which causes market failure and thus authorises the legislature to take action to protect this vulnerable category of market participants. However, consumers are not necessarily the only vulnerable group in the market in need of protection. Many small and medium enterprises (SMEs) are also subject to information asymmetry and they enter into transactions from the position of a weaker party on a regular basis. The question therefore arises whether the category of SMEs should also enjoy some type of protection, possibly within the framework of consumer protection law. European *acquis* mostly does not grant consumer protection to SMEs, but the particular position of SMEs is increasingly recognized. Some Member States, on the other hand, have chosen to extend some parts of consumer protection to legal persons, which begs the question whether and to what extent such extension of protection could and/or should be introduced in Slovenia.

**Keywords:** consumer protection, small and medium enterprises (SMEs), weaker party, extending definition of consumer, B2B

## II. Legal and Economic Role of Consumer Protection

### Economic Rationale for Consumer Protection Laws

*Katarina Zajc, Luka Markelj*

The paper deals with the economic rationale of consumer law. Consumers are weaker market participants and usually do not possess the requisite knowledge, information and are faced with limited time to take purchase decisions. Consumer legislation requires from providers prior disclosure of information to consumers, and interferes with the substance of contractual relationships between suppliers and consumers (e.g. with safety standards, the right of withdrawal, the mandatory content of the contractual relationships). The paper focuses on the information provided to consumers before purchase decisions are binding the parties to the transaction. The essential question that the authors pose is whether the existing legal regime for the protection of consumers is economically viable, i.e. whether it has a positive impact on social welfare. The paper notes that the introduction of the requirement of prior information of consumers is economically justified, especially as the regulation does not apply to the so called daily contracts. The same applies to the instrument of the effective interest rate, which – in accordance with the teachings of behavioural economics – presents relevant information to the consumers before entering into a credit contract. For a comprehensive analysis of the economic viability of consumer law, it would be necessary to obtain precise empirical data. To our knowledge, such data has not yet been gathered.

**Keywords:** consumers, regulation, information, neoclassical theory, behavioural theory

### Misleading Food Labelling, Behavioural Economics and Consumer Protection

*Mitja Kovač, Simona Kotnik*

This chapter, while employing legal, empirical and behavioural law and economics analysis, investigates the current Slovenian problems in the protection of consumers and adjoined food-mislabelling practices, identifies numerous sources of inefficiencies and offers recommendations for an improved regulatory respond.

The main findings are: (1) In principle, the least cost information gatherer should produce and communicate information on ingredients and effects of food products. (2) There should be no duty to reveal deliberately acquired productive information. (3) There should be no duty to be honest with respect

to mere opinions or other non-verifiable statements on ingredients, quality and effects of food products. (4) The difference between lying and concealing information in food labelling is irrelevant. (5) The difference between intentionally and negligent mislabelling of food products is irrelevant, except for the determination of remedies and criminal sanctions. (6) Disclosure and labelling of harmful ingredients, allergens and other food components is efficient and requested. (7) The disclosure duty will, due to the identified behavioural patterns, signing-without-reading and signing-without-understanding effects have merely limited impact and should be simultaneously supported with the black and grey lists of unfair misleading labelling practices. (8) Less is more: consumers get better informed when unimportant information is filtered away. (9) Identified and empirically examined behavioural cognitive biases, anchors and heuristics call for, via increased detection probability and introduction of infringers black lists, an improved regulatory respond. (10) Provided behavioural law and economics insights offer an additional argument for paternalistic intervention, specific regulation of misleading food labelling and for the related specific consumer-protection regulation.

**Keywords:** consumer protection, misleading food labelling, behavioural economics, signing-without-reading problem

## Consumer Welfare as a Common Objective and a Uniform Standard of Review in Consumer Law and Competition Law?

*Klemen Podobnik*

The basic question entertained by the author is whether there exists a consensus regarding a potential basic goal and a potential unitary, single standard of illegality in antitrust. A brief description of the three preeminent theories of antitrust goals and standards follows, whereby the author acknowledges the fact that even after more than 100 years, there is no clear consensus as to the respective issue in US antitrust. This disaccord reflects heavily also in the field of consumer protection, as it complicates the process of identification of a common, unitary standard for both legal fields.

**Keywords:** true consumer welfare, goals of antitrust, economic efficiency, information, choice, Chicago school

### III. Procedural Aspects of Consumer Protection

#### International Jurisdiction over Consumer Disputes

*Aleš Galič*

The Brussels I Regulation protects the consumer – who is regarded as economically weaker and less experienced in legal matters than the other party to the contract – by rules of jurisdiction more favourable to his interests than the general rules of jurisdiction. The special jurisdictional protective regime, however, does not extend to all types of consumer contracts. In addition to contracts for sale on instalment credit terms or combined with a consumer credit, it applies only in cases where the trader pursues commercial or professional activities in the state of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that state, and the contract falls within the scope of such activities. Numerous dilemmas arise, e.g. how to define who is a “consumer” including the question how to treat contracts with mixed purpose, how to define when the dispute is related to “a contract” and how to define “directing of commercial activities”, foremost in a context of traders who are present on the internet. Some, but not all, of these dilemmas have been clarified in the CJEU case law, whereas the Brussels I Recast Regulation has further expanded the scope of procedural consumer protection.

**Keywords:** international jurisdiction, Brussels I Regulation, consumer dispute, weaker party protection, applicable law, Rome I Regulation

#### Implementation of Directive 2013/11 into Slovenian Legal System

*Neža Pogorelčnik Vogrinc*

Court procedures do not provide consumers with effective legal protection of their rights. Therefore, it is important to ensure them out-of-court procedures. Until now, EU legislation required this possibility only for consumer disputes in certain economic sectors. Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No. 2006/2004 and Directive 2009/22/EC is therefore the first EU act which provides for out-of-court procedures for all consumer disputes, save for some rare exceptions. The Directive determines only the most important principles which will guarantee the quality of alternative dispute resolution (ADR). The establishment of ADR entities and specification of procedural rules are left to the Member States when implementing the Directive. Slovenia will transpose it by adopting the Consumer Dispute Resolution Law (unofficial name) that is currently in parliamentary procedure whereby it is to note that the deadline for implementing the directive has passed in July 2015.

The author analyses the provisions of Directive 2013/11 and its implementation into Slovenian legal system.

**Keywords:** Directive 2013/11, Consumer dispute resolution law, consumer disputes, out-of-court procedures, alternative procedures, cross-border dispute

## The Reasoning of the Judgement and the Appeal in Small Claims Proceedings

*Jerca Kramberger Škerl*

The article deals with small claims proceedings under the Slovenian Civil Procedure Act, especially with the reasoning of the judgment and with the appeal in such proceedings. The legislation provides for a shorter reasoning of the judgment with fewer elements than in the ordinary proceedings. However, no clear guidelines with regard to that exist. The case law of the appellate courts concerning this question is thus inconsistent and often applies identical standards regarding the reasoning of the judgment in both types of proceedings. On the basis of the relevant legislation, doctrine and case-law, the author tries to introduce some rules for the drafting of the reasons in judgments in small claims proceedings and proposes possible modifications of the legislation.

In small claims proceedings, appeal is not possible on the grounds of false or incomplete factual findings or on the grounds of procedural errors that are not considered to automatically result in a wrong or illegal judgment. Furthermore, the time limit for appeal is shorter in small claims proceedings than in the ordinary proceedings. If first instance courts do not duly instruct parties on the restricted grounds for appeal, the parties can nevertheless only assert the grounds provided for in small claims proceedings. If, however, the first instance court falsely instructed the parties on a longer time limit, the parties must benefit of such longer time limit. Additionally, in commercial small claims proceedings, an appeal should not be rejected only because the party did not first announce its intention to appeal.

**Keywords:** small claims, small claims proceedings, reasoning, appeal, grounds for appeal, civil procedure, announcement of judgments, commercial disputes

## The Right to Reduce the Purchase Price in Slovenian Case Law – is there a Need for a Different Approach towards Consumers?

*Špelca Mežnar*

According to the prevailing view in the Slovenian judicial practice, the right to reduce the purchase price according to general contract law rules needs to be

exercised by a specific judicial request. The same clarity does unfortunately not exist with regard to the question of whether this also applies in cases where the buyer is the consumer (and the contract is subject to the rules of the Consumer Protection Act).

The author advocates that, regardless of the type of contract of sale (consumer or non-consumer) and notwithstanding the procedural position of the parties and the course of the limitation period, the right to reduce the purchase price shall be consistently exercised by a specific request to the court.

**Keywords:** reduction of the purchase price, contract of sale, consumer protection, unilateral rights

## Exercise of Price Reduction and of Other Remedies of the Buyer for Non-Conformity

*Damjan Možina*

In this short paper the author strives to answer the question whether the price reduction (being of the remedies of the creditor for non-conformity with the contract) is exercised by a mere statement of one party to another (out of court), or is it only the court who may reduce the price on the basis of the creditor's claim. On the basis of 1) the wording of the Slovenian Obligations Code, 2) the place of price reduction within the system of remedies for breach of contract, 3) a short comparative overview, and 4) the Consumer Sales Directive, the author argues for the first solution, i.e. out-of-court exercise of price reduction and other remedies for non-conformity.

**Keywords:** contract law, breach of contract, non-conformity of goods, contract of sale, price reduction

## IV. Substantive Aspects of Consumer Protection

### The Regulation of Pre-Contractual Information Duties in Consumer Sale of Goods in Slovenia

*Andreja Fakin*

The author focuses on special characteristics of pre-contractual information duties in the Slovenian legal system. A comparison to norms on general pre-contractual information duties involving time frames of their activation, the substance of the institute itself and all other requirements that have to be fulfilled for its activation, are presented in the paper. Slovenian legislation implement-

ing relevant EU directives is also analysed. Possible breaches of pre-contractual information duties and their possible consequences in the law of contract are also discussed.

**Keywords:** pre-contractual information duties, informing consumers, Directive 2011/83/EU, sale of goods, consumer protection

## Consumer Protection in the Sale (Purchase) of Residential Real Estate

*Miha Juhart*

For most consumers, the purchase of residential real estate is one of the most important legal transactions in their entire life. In this context, consumers are faced with different risks that are largely unknown to them and can hardly handle them. Therefore, the law must provide protective measures with mandatory rules, not only in business to consumer relations, but also in consumer to consumer transactions. The author presents the protective measures set out in the Slovenian legal system. First, he presents the general rules and continues with an analysis of special regulations. First, there are special rules that apply to advertising of real estate. A very important pillar of consumer protection is the regulation of real estate brokers who perform a licensed activity the purpose of which is to provide independent assistance to both contracting parties. The most important protective measures are set out in the Protection of Buyers of Apartments and Single Occupancy Buildings Act, laying down specific rules for the sales contract. The author establishes that all protective measures as a whole form a satisfactory system of consumer protection in this field.

**Keywords:** real estate, consumer protection, advertising, real estate brokerage, sales contract

## Deposit Insurance Guarantee Scheme as an Instrument of Consumer Protection

*Meta Ahtik*

Deposit guarantees are discussed from two key, tightly interlinked goals – consumer protection and financial stability. The need for consumer protection is assessed from the perspective of several economic theories – rational choice theory, information economics, new institutional economics and behavioural economics. The majority of them point to the need for regulation of financial services and formation of deposit guarantee schemes. The latter are justified also through the importance of deposit funding for banks on one side and the assets type of consumers on the other side. Theoretically justified desired characteristics



of deposit guarantee schemes serve as a tool to evaluate currently valid scheme as well as its recent and future changes.

**Keywords:** deposit guarantee scheme, consumer protection, financial stability, banking, European Union, financial services, law & economics

## Swiss Franc Credits: Whose Problem is it?

*Boštjan Koritnik*

In recent years, Swiss franc credits have gained bad reputation. Due to the increase in the value of Swiss francs in comparison to Euro the instalments have also increased for the borrowers who mostly obtain their personal income in their home currency Euro. The author shows that the choice of the credit in a certain currency is often a matter of (to a human nature inherent) moral risk of the consumer. In addition, the author finds that in most of the cases, the reproaches of the borrowers that the banks have profited and misled them, are unfounded. On the basis of the nature of their credit contracts containing a currency clause, the borrowers should have expected also a change of circumstances to their detriment. Accordingly, the author sees no ground for declaring such contract provisions null and void. Finally, the author emphasizes that although Euribor is on a very low level, there is no interest among borrowers to convert their variable interest rate credit contracts in Euro to such with a fix interest rate. This shows the same elements of accepted (moral) risk by the borrowers as before “the Swiss Franc credit contract crises”.

**Keywords:** credit contract, Swiss franc, currency exchange clause, moral risk, *rebus sic stantibus*, nullity, Euribor

## Passengers' Rights in Case of a Flight Delay

*Gregor Dugar*

Regulation 261/2004 is a regulation establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding, flight cancellations or long delays of flights. In the *Sturgeon* case the European Court of Justice (ECJ) ruled that despite there are no express provisions in Regulation 261/2004 to compensate passengers for delays, passengers would now be entitled to the compensation for any delay in excess of three hours, providing the air carrier cannot raise a defence of extraordinary circumstances. The ECJ found that the principle of equal treatment requires such an interpretation because passengers whose flights are delayed for three hours or more suffer a loss of time similar to that suffered by passengers whose flights are cancelled. Although the ECJ's decision in *Sturgeon* was criticized by theory, the ECJ affirmed its decision also in

its following cases. The author deals with the court practice of ECJ concerning the compensation for flight delay and the interpretation of extraordinary circumstances that will excuse the air carrier from its obligation to pay compensation.

**Keywords:** Regulation 261/2004, passenger rights, flight delay, compensation, liability of the air carrier

## Protection of Consumers Providing Personal Securities

*Ana Vlahek, Matija Damjan*

The paper analyses personal securities provided by consumers. Such securities are typical for legal relationships between a strong financial institution crediting a debtor, and an economically weaker natural person providing security for the creditor's claim towards the debtor with whom the security provider is usually related or befriended. In such cases, strong asymmetry exists between the parties in terms of economic and legal knowledge as well as experience required to understand the potential risks associated with the provision of personal security. This calls for an appropriate higher level of legal protection of security providers who are natural persons in a weaker position towards their creditors. In Slovenian law as well as in most other legislations personal security provided by consumers is not specifically regulated. General rules of consumer protection legislation and general rules of civil law apply. The *Draft Common Frame of Reference – DCFR*, on the other hand, sets out special rules for personal security provided by consumers, and can serve as model law in the process of drafting new legislation on protection of consumers providing personal security. The paper presents the notion and different types of personal security, analyses the specific legal instruments of consumer protection as set out in the DCFR, and discusses to what extent existent Slovenian legislation protects consumers providing personal securities.

**Keywords:** (in)dependent personal security, suretyship, (non-)bank guarantee, suretyship on first demand, comfort letter, unfair terms, unfair exploitation, good faith and fair dealing, pre-contractual information duty, DCFR, consumer protection

# Stvarno kazalo

## A

actio quanti minoris, *glej* zahtevek za znižanje kupnine

alternativno reševanje sporov

- časovni vidiki 269
- čezmejni spor 251, 256, 277–280
- finančni vidiki 269
- izvajalci 275–277
- konec postopka 272
- načelo dostopnosti 263
- načelo hitrosti 265
- načelo neodvisnosti in nepristranskosti 258–260
- načelo pravičnosti 266
- načelo preglednosti postopka 261
- načelo prostovoljnosti 257–258
- načelo strokovnosti 260
- načelo zakonitosti 266–267
- načelo zaupnosti 265
- odklonitev obravnave 269–272
- potreba po 251–252

antitrust 55, 213–218

avtonomija

- strank 14, 22, 67, 90, 248, 330, 335
- zasebna 54, 68, 69, 81, 88

## B

bančna garancija 378, 381, 445, 448–453, 462, 465–467, 471

behavioristična ekonomija 164, 176, 183, 198, 219

- časovna komponenta 166
- kompleksnost 165
- negotovost 165

- pravna regulacija 166

- referenčna točka 166

Bruseljska uredba, *glej* Uredba (ES) št. 44/2001

Bruseljska uredba, prenovljena, *glej* Uredba (EU) št. 1215/2012

## C

consumerism 33

culpa in contrahendo 341, 348–349, 359–360

## Č

čista konkurenca 159–162

## D

depozitno financiranje, pomen 385–388

depozitna jamstvena shema, *glej* jamstvo za vloge

depozitno zavarovanje, *glej* tudi jamstvo za vloge

- bruto princip obračuna vloge 396
- izplačilo 389, 392, 397–398, 400
- neto princip obračuna vloge 396
- vloga 395

Direktiva 84/450/EGS 51

Direktiva 1999/44/ES 24, 312, 324, 328–330, 350

Direktiva 2005/29/ES 52–53, 337–339

- Direktiva 2011/83/EU 15, 25, 113, 115, 117, 125, 137, 139–141, 144, 150, 347–349, 358
- Direktiva 2013/11/EU 243, 253–280
- Direktiva 2014/49/EU 383, 398–402
- distributivna pravičnost 72
- dobri poslovni običaji 59–63
- doktrina dolžnosti razkritja informacij 192–194
- dolžnost informiranja
- dolžnost govoriti resnico 338, 342, 357
  - časovna zamejitev 341–342
  - generalna klavzula 337, 340
  - kršitev, aktivna 338, 356–358
  - kršitev, pasivna 338, 356–358
  - namen 337, 347
  - pogodbeno 336–337
  - poizvedovalna dolžnost, *glej* poizvedovalna dolžnost
  - predpogodbena 335–361
  - predpostavke 343–356
  - sankcije 358–361
  - spontana 338–339, 341–342, 346, 357
  - taksativno določena 337, 340, 346–349, 355, 358–359, 361
  - vabilo 341
  - vedenje upravičenca 348–353
  - vedenje zavezanca 348–349, 353–355
  - vsebina 337, 342–343
  - zakonska 337, 339–341, 343, 360–361
- dolžnost poštenega ravnanja 184, 190–191
- Draft Common Frame of Reference (DCFR) 83, 118–119, 122, 124, 126, 446–449, 454–471
- Drittwirkung, *glej* načelo enakosti, horizontalni učinek
- E**
- ekonomska analiza prava 133, 158–159, 184–185, 208, 383
- načela 186–195
  - neoklasična teorija 159–163, 165, 172
- ekonomska literatura 384
- informacijska ekonomika 384, 402
  - nova institucionalna ekonomika 384–385, 402
  - vedenjska ekonomika 384–385
- Euribor 413, 420–421
- F**
- finančna stabilnost 383, 386–388, 401–403
- G**
- garancija 21–22, 150, 324, 378, 381
- bančna, *glej* bančna garancija
- H**
- harmonizacija 36, 38, 41–42
- minimalna 37–38, 114, 139, 253
  - maksimalna 37–40
  - popolna 37–40
- I**
- informacija 164
- dostopnost 351–352
  - najcenejši generator 188
  - nepopolna 187, 201, 357
  - obvezno razkritje 167–168
  - podjetniška 190
  - pomanjkanje 158–160, 163, 187, 384
  - pomembnost 344–350, 353–354
- informacijska asimetrija 70, 133, 167, 174, 213, 219, 388
- J**
- jamstvo za vloge
- cilji 388
  - državno 390–391
  - eksplicitno 389
  - ex ante financiranje 393, 398–401
  - ex post financiranje 393, 398
  - finančna stabilnost 383, 386–388, 401–402
  - implicitno 389

- izključitev depozitov/deponentov 392–393
  - izplačilo 389, 392–393, 397–398, 400–401
  - neodvisnost 391
  - raven kritja 391, 399
  - sozavarovanje 392
  - zasebno 390–391
  - zgodovina 394–395
- K**
- klavzula spremenjenih okoliščin 410
- komercialna aktivnost v državi potrošnika 230–232, 234
- konkurenčno pravo 47, 53–57, 147, 213–220
- alokacijska učinkovitost 214–215
  - cilji 213–214
  - chicaška šola 214–216
  - ekonomska učinkovitost 214, 216, 218
  - potrošnikova izbira 217–218
  - prava korist potrošnika 218–219
  - skupna korist 214, 216, 218
- konstitucionalistična koncepcija 31–35, 37–39, 41–42
- subjekt 32, 39–40
- Konvencija o poenotenju nekaterih pravil za mednarodni letalski promet, *glej* Montrealska konvencija
- korist potrošnika 213–220
- kredit 128–139, 141, 167–169, 175–179, 230
- moralno tveganje, *glej* moralno tveganje
  - predmet obveznosti 409
  - valutna klavzula, *glej* valutna klavzula
  - v švicarskih frankih, *glej* švicarski frank
- L**
- liberalni intergovernmentalizem 31–32
- M**
- majhna in srednja podjetja
- definicija 135–136
  - možnost razširitve varstva 149–150
  - poseben položaj 146–149
- mednarodna pristojnost
- dogovor 240–244
  - (ne)izključnost 239–240
  - potrošnik kot toženec 237–238
  - potrošnik kot tožnik 237–238
  - sankcije kršitve pravil 246–247
  - sprememba prebivališča 238–239
  - tiha prorogacija 244–246
  - veljavno pravo 247–248
- Montrealska konvencija 429–431, 434–435, 440–441
- moralno tveganje 407, 413–414
- moralni hazard 171–172, 388–389, 391, 394, 396, 402
- N**
- nacionalna identiteta 34, 43
- načelo enakega obravnavanja 82, 86, 433
- izjeme 93–94
- načelo enakosti 68
- horizontalni učinek 83–84
  - v Ustavi RS 84–86
- načelo univerzalne veljave 236
- načelo vestnosti in poštenja 77, 126, 148, 337–338, 340, 454–456, 461
- namen, poklicni oz. poslovni 124, 126
- neenako razmerje moči 69, 77
- negativna integracija 33
- nelojalna konkurenca 16, 47–62
- nepoštene in zavajajoče prakse 205, 229
- nepošteni pogodbeni pogoji 26–27, 70, 148, 150–151, 375, 456–458, 467
- nepremičnina
- bivalna 365
  - najem 240
  - prodaja, *glej* prodaja nepremičnine
  - zastavitev 128–129
- nepremičninska družba 368–376

- nepremičninski posrednik 366, 368–370, 375–376
- dolžnost obveščanja 373–374
  - pogoj za pridobitev statusa 369
  - povračilo stroškov 374–374
  - provizija 372–373
  - sklenitev pogodbe 371–372
- ničnost 25, 27, 371–372, 376, 419, 455–457, 463–464, 467
- O**
- obligacijsko pravo 15–16, 19, 23–26, 29, 312, 316, 337, 340, 358, 361, 377, 410, 446, 452, 455, 464, 470
- obročni kup 230
- obveznost letnega obveščanja 468–469
- odgovornost za napake 352, 380–381
- odstop od pogodbe 20–21, 24, 174, 309, 323, 325–328, 361, 370, 379, 381, 461
- omejena konkurenca 160–161, 165, 168
- osebno zavarovanje obveznosti
- akcesornost 450, 453, 466, 468, 470
  - dogovorjen rok veljavnosti 469–470
  - neodvisno 446–453, 458, 465–469
  - neomejeno trajanje 469
  - oblika pogodbe 462–463
  - odvisno 446–447, 449, 451, 453–454, 463, 465–468
  - po DCFR 446–449, 454–471
  - posebna pravila za potrošnike 458–459
  - po slovenskem pravu 446, 449–455, 457, 459, 461–466, 469–471
  - splošna pravila 446, 454–458
  - vrste 446–454
- označevanje živil 168, 183–189, 192–208
- P**
- paternalizem 71
- patronatska izjava 446–447, 449, 453–454, 464
- PDEU 33, 36, 40–42, 48, 50, 54–55, 57, 80–82, 84, 172–173
- podpisati-in-ne-prebrati 184–186, 195–198, 207–208
- podpisati-in-ne-razumeti 183–185, 195–198, 207–208
- pogajalska moč 136, 147, 164
- pogodba
- finančna 385, 402
  - kreditna 16, 128–129, 175–176, 408–410, 414–416, 419–420, 423
  - mešana/z dvojnimi namenom 123–125, 139–140
  - oderuška 455–456, 464
  - o hipotekarnih kreditih 128–129
  - o turističnih aranžmajih 20, 114, 128
  - o posredovanju v prometu z nepremičninami 371–372, 375
  - o prodaji blaga 336
  - poroštvena 121–122, 449–450, 461–462
  - posredniška 366, 371–372
  - potrošniška 112, 116, 118, 121–125, 127, 130, 141, 231, 247–248, 256, 462
  - potrošniška prodajna 24, 311, 321
  - prevozna 236, 431
  - prodajna 24, 230, 344, 350, 353–355, 357, 366–367, 369, 376–377, 379
- poizvedovalna dolžnost 346, 353–354
- pojasnilna dolžnost 459–462
- poroštvo 446–447, 449–450, 464–466, 470
- poroštvo na prvi poziv 453, 467–468
- poslovna dejavnost 120–122
- potrošnik
- fizična oseba 112–113, 116–122, 128–129
  - kot ekonomski pojem 111
  - kot šibkejša stranka 69, 75, 79, 90, 133, 157, 175, 225, 355, 365–366, 454–458
  - omejeno racionalni 71, 384
  - objektivna teorija 126
  - pravne osebe 117–119, 137–139
  - po Bruseljski uredbi 226
  - po Direktivi 93/13/EGS 138–139
  - pogodbe z dvojnimi namenom 123–125, 139–140
  - pojem v državah članicah 114–115, 140–146

- pojem v pravu EU 113–114, 137
  - pojem v Sloveniji 127–129
  - racionalni 111, 160, 196–197, 383–384
  - samozavestni 35
  - societas 119
  - potrošniško pravo, *glej* pravo varstva potrošnikov
  - potrošniški spor 226
  - povezanost nakupa in kredita 230
  - pravica do informacije 335–336
  - pravo varstva potrošnikov 15, 50, 54, 56, 102, 172–173, 112, 213, 219
    - cilj 254, 383
    - nadnacionalna raven varstva 50
    - namen 173, 454
    - razvoj 14, 111, 157–158, 162
    - temelj 69, 74–75
  - pravna ekonomija, *glej* ekonomska analiza prava
  - pravna napaka 322, 324, 373, 380
  - predhodno informiranje
    - efektivna obrestna mera 175–179
    - ekonomska analiza 167–168, 176–179
    - potrošniški krediti 175–176
    - splošno 157–158
  - predpogodbena dolžnost informiranja, *glej* dolžnost informiranja
  - predpogodbena pojasnilna dolžnost, *glej* pojasnilna dolžnost
  - prepoved diskriminacije
    - državljanstvo 80, 82, 99
    - invalidi 78, 86, 96–98
    - kot splošno izhodišče prava varstva potrošnikov 77
    - mediji 99
    - na trgu blaga in storitev 80–100
    - občutljivi osebni podatki 99–100
    - področje uporabe 87, 91, 93
    - pravo EU 81–84
    - splošno izhodišče 76–77
    - storitve splošnega javnega pomena 93, 100–101
    - zavarovalništvo 94, 97–98
  - prepoved nepoštenega izkoriščanja 455
  - prepoved nepoštenih pogodbenih pogojev, *glej* nepošteni pogodbeni pogoji
  - pristojnost
    - EU 35–37, 50, 112, 115
    - mednarodna, *glej* mednarodna pristojnost
    - tržni inšpektorat 26–28
  - prodaja nepremičnine
    - izročitev 379–380
    - kupnina 378–379
    - nova 367
    - odgovornost za napake, *glej* odgovornost za napake
    - oglaševanje 369–370
    - predmet prodaje 377
    - predmet varstva 365–368
    - pogodba, *glej* pogodba, prodajna
  - producerism 33–34
- ## R
- raba
    - normalna 340, 344, 350
    - posebna 346, 354, 357
- ## S
- samoregulacija 59–62
    - oglaševanja 61
    - spletne skupnosti 61
  - sektorska pravila, standardi in zakonodaja 56–59
  - skupni trg 35, 49–50, 52
  - sodolžništvo 447, 465–466
  - splošni pogoji poslovanja 23, 70, 141, 242–243, 467–468
  - spor majhne vrednosti
    - definicija 283
    - gospodarski 283–284, 286, 292, 299–301
    - obrazložitev sodbe 285–294
      - dokazna ocena 290–291
      - razlogi 287–289
    - pritožbeni razlogi 294–299
    - pouk 295–299
      - razglasitev sodbe 286–287, 295, 302

skrbnost 351–353, 372

struktura trga 163–164

stvarna napaka 21, 24, 26–27, 307, 314,  
322, 324, 329, 344–346, 350–355, 357,  
373–374, 380–381

stvarno zavarovanje obveznosti 445

subsidiarna odgovornost 454, 464–466

## Š

švicarski frank 407–423

## T

teorija racionalne izbire 383–384

televizija brez meja 49

tobak in tobačni izdelki 35–36, 58–59

trializem pogodbenega prava 13

tržni inšpektorat 26–28, 262, 316

tržno gospodarsko pravo 213

## U

Uredba (ES) št. 44/2001 120, 225–247

Uredba (ES) št. 261/2004

– izredne razmere 429–430, 437–440,  
442

– odpoved leta 428–430, 432–434,  
436–439, 442

– odškodnina 430–431, 440–441

– pavšalna odškodnina, *glej* pavšalno  
nadomestilo

– pavšalno nadomestilo 431–440

– pojem leta 428

– povezani leti 435

– pravica do alternativnega leta 429,  
431, 436

– pravica do oskrbe 429–431, 436, 443

– prihod letala 436–437

– veljavnost 427–428

– zahtevek za znižanje kupnine 441–  
442

– zamuda leta 429

Uredba (ES) št. 861/2007 284, 285

Uredba (ES) št. 593/2008 (Rim I) 112–113,  
116, 225, 247–248, 279

Uredba (EU) št. 1215/2012 112, 225, 236,  
246, 293

## V

valutna klavzula 407–410, 415–416, 419  
– ničnost 419

varstvo potrošnikov, *glej* pravo varstva  
potrošnikov

varstvo šibkejše stranke 69, 77, 225,  
454–458

vedenjska ekonomija 71, 384–385, 402

vmesni kupec 376

## Z

zamuda leta, *glej* Uredba (ES) št. 261/2004

zastaranje 273, 450, 470–471

zavarovanje obveznosti 445

– osebno, *glej* osebno zavarovanje  
obveznosti

– stvarno, *glej* stvarno zavarovanje  
obveznosti

zavarovanje brez omejitve zneska/z  
omejitevijo zneska 463–464

zdravila 58–60

zdravstvene storitve 51, 58

znižanje kupnine 305

– inšpekcija 316–317

– izguba pravice 327

– jezikovna razlaga 307–309, 312, 316,  
321, 323–325

– kot opsijska oblikovalna pravica 306,  
309–311, 314–315, 325, 326

– kot tožbena oblikovalna pravica 305,  
307–308, 310, 313, 321, 325–328

– oblikovalno upravičenje 307, 322

– primerjalnopravno 327

– sodna praksa 305–306, 313–316

zavajajoča dejanja 338, 340

zavajajoče poslovne prakse 174, 204, 337,  
339, 366

zavajajoče označevanje živil 183–185, 192–  
193, 197, 199–201, 205, 207–208

zmota 345–346, 351, 356–357, 360





PRAVO IN POLITIKA  
SODOBNEGA VARSTVA POTROŠNIKOV

*Izdala in založila* IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba,  
Inštitut za primerjalno pravo pri  
Pravni fakulteti v Ljubljani

*Direktor* mag. Tomaž Iskra

*Lektorirali* Mateja Pogačar, mag. Tanja Jeras

*Naslovnica* Žiga Artnak

*Računalniški prelom* Vinko Kimovec

*Tisk* Itagraf, d. o. o.,  
Ljubljana

*Prvi natis* 200 izvodov  
Ljubljana 2015

*Cena z DDV* 41,00 EUR

IUS SOFTWARE, d. o. o.  
Tivolska cesta 50, 1000 Ljubljana  
E-pošta: zalozba@gvzalozba.si  
Telefon: 01 30 91 820  
Faks: 01 30 91 815

Spletna knjigarna:  
[www.gvzalozba.si](http://www.gvzalozba.si)



