



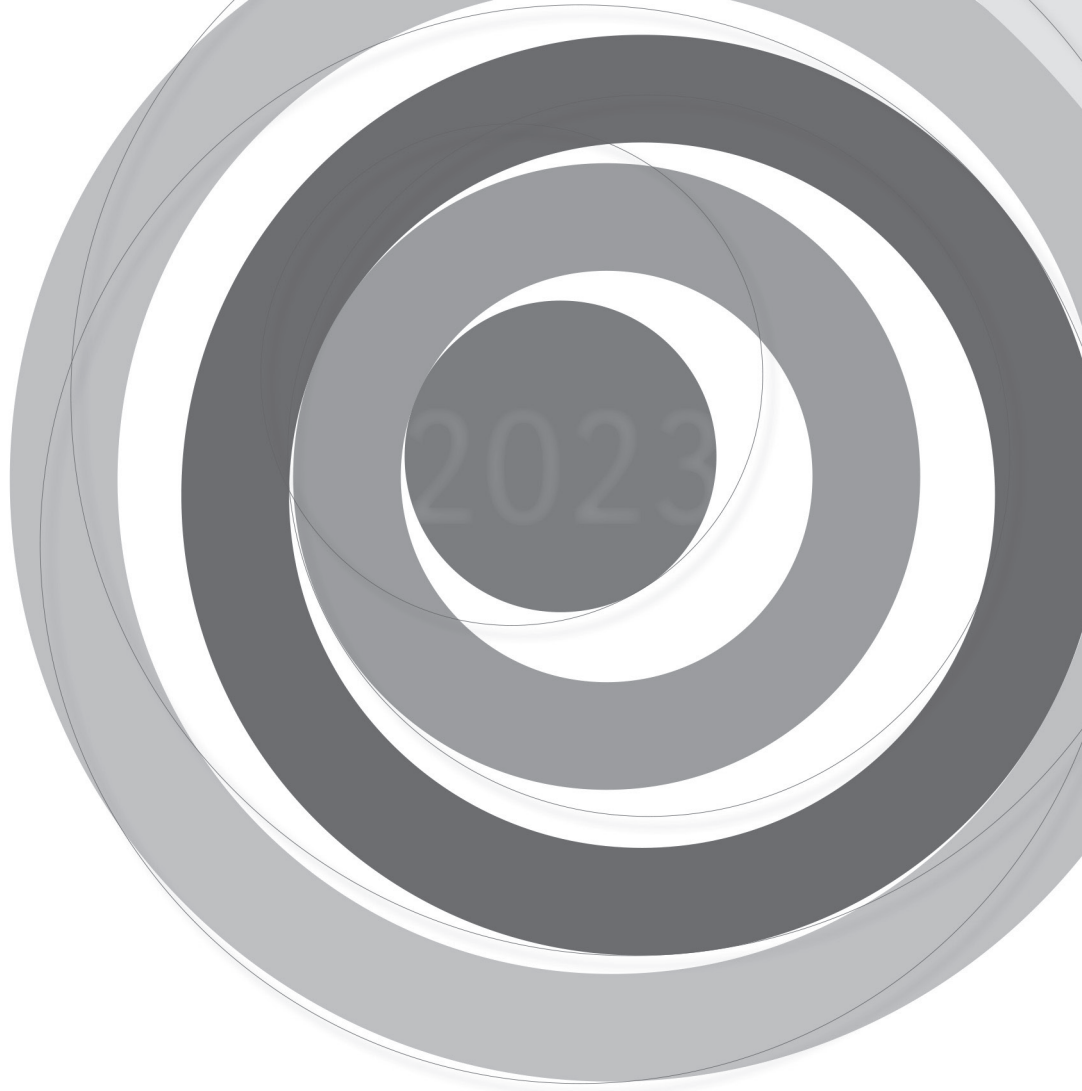
Pravni letopis 2023 – 2

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



Medijski sponzor





Pravni letopis 2023 – 2

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

ij inštitutzapimerjalnopravo

Izdal

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Založila

LEXPERA d.o.o.

Odgovorni urednik: dr. Lojze Ude

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

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

Članki v publikaciji so recenzirani.

Izdajo Pravnega letopisa 2023 – 2 je sofinancirala Javna agencija za
znanstvenoraziskovalno in inovacijsko dejavnost Republike Slovenije

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

Oblikovanje in računalniški prelom: Anja Tavčar

Tisk

Itagraf, d.o.o.
Ljubljana

Naklada

60 izvodov

Cena z DDV

31,00 EUR

Naročila

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

Ljubljana 2023

ISSN 1855-5861

Kazalo

I. NOVI ZAKON O VARSTVU POTROŠNIKOV

- 9 **Potrošniška prodajna pogodba in pogodba o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev: prenos direktiv 2019/771 in 2019/770 v slovensko pravo**
Damjan Možina
- 39 **Sankcioniranje kršitev prava varstva potrošnikov**
Petra Weingerl
- 49 **Sodna presoja glavnega predmeta v pogodbi o potrošniškem kreditu**
Matevž Zgaga
- 71 **Vrste in značilnosti garancij v ZVPot-1**
Lucija Strojan

II. NOMOTEHNIKA

- 97 **Pogojenost zakonodajne politike z naravo prava**
Albin Igličar
- 107 **Tankočutnost zaznavanja prelomnih dražljajev pri rabi ustaljenih pravil glede izbire vrste predpisa na nacionalni ravni in ravni Evropske unije**
Gordana Lalić
- 113 **Po kos prava v regulativni peskovnik ali srečevanja nepredvidljive kreativne neodvisnosti in predvidljive pravne realnosti**
Katja Božič
- 121 **Javna varnost in zakonodajna politika v ekstremnih situacijah**
Bečir Kečanović, Mircha Poldrugovac
- 139 **State and law in today's world. A brief approach**
Marcos Augusto Maliska

III. OPREMLJANJE STAVBNEGA ZEMLJIŠČA

- 149 Pogodba o komunalnem opremljanju
Ermina Delić Kamenčić, Urša Ušeničnik

IV. PRAVO MIGRACIJ

- 163 Navidezna vseobsežnost načela *non-refoulement*
Rok Šarić

- 173 V. POVZETKI/ABSTRACTS



NOVI ZAKON O VARSTVU POTROŠNIKOV

I.

DAMJAN MOŽINA

*Potrošniška prodajna pogodba in pogodba o dobavi digitalne
vsebine in digitalnih storitev: prenos direktiv 2019/771
in 2019/770 v slovensko pravo*

PETRA WEINGERL

Sankcioniranje kršitev prava varstva potrošnikov

MATEVŽ ZGAGA

Sodna presoja glavnega predmeta v pogodbi o potrošniškem kreditu

LUCIJA STROJAN

Vrste in značilnosti garancij v ZVPot-1

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.45:346.548

Potrošniška prodajna pogodba in pogodba o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev: prenos direktiv 2019/771 in 2019/770 v slovensko pravo

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

1. Uvod

Konec januarja 2023 je začel veljati ZVPot-1,¹ s katerim je bila v slovensko pravo prenesena vsebina dveh potrošniških direktiv: Direktive 2019/771 o prodajni pogodbi (v nadaljevanju: SGD),² ki je nasledila prejšnjo Direktivo 99/44 o potrošniški prodaji, ter Direktive 2019/770 o pogodbah o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev (v nadaljevanju: DCD).³ Direktivi sta del istega zakonodajnega paketa in se med seboj dopolnjujeta. Vsaka na svojem področju uporabe na kogenten način določata merila skladnosti s pogodbo (v domači terminologiji: pojem stvarne in pravne napake) ter pravice potrošnika v primeru neskladnosti blaga ali digitalne vsebine s pogodbo. Temeljna struktura obeh se v bistvenem opira na prej veljavno Direktivo 99/44 o potrošniški prodaji.⁴

Glede na slednjo SGD prinaša tudi nekaj novosti, na primer podaljšanje obdobja obrnjenega dokaznega bremena glede obstoja neskladnosti blaga na leto dni (prej šest mesecev),⁵ ureditev

¹ Zakon o varstvu potrošnikov, Ur. l. 130/22.

² Direktiva 2019/771 z dne 20. maja 2019 o nekaterih vidikih pogodb za prodajo blaga, spremembi Uredbe (EU) 2017/2394 in Direktive 2009/22/ES ter razveljavitvi Direktive 1999/44/ES, UL L 136. V literaturi se je zanjo uveljavila kratica SGD (*Sale of Goods Directive*).

³ Direktiva 2019/770 z dne 20. maja 2019 o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev, UL L 136. V literaturi se je zanjo uveljavila kratica DCD (*Digital Content Directive*).

⁴ Direktiva 1999/44/ES z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij, UL L 171. Zanj se je v literaturi uveljavila kratica CSD (*Consumer Sales Directive*).

⁵ Glej čl. 12(2) SGD.

pravnih napak⁶ ter dolžnost posodabljanja t. i. digitalnih elementov.⁷ Po drugi strani DCD prinaša novo ureditev za pogodbo o dobavi digitalne vsebine ali digitalnih storitev, ki je v evropskem pravu novost, vključene pa so tudi pogodbe, pri katerih potrošnik digitalne vsebine ali storitve ne plača z denarjem, ampak posreduje svoje osebne podatke oziroma dovoli njihovo uporabo (angl. *data-as-counter-performance*).⁸

Drugače kot Direktiva 99/44 o potrošniški prodaji, ki je bila namenjena minimalni harmonizaciji, obe direktivi zasledujeta popolno harmonizacijo, kar pomeni, da so odmiki v nacionalnem pravu – tako v smeri višje kot nižje ravni varstva potrošnikov – dopustni le, kolikor so izrecno predvideni.⁹ Primerov takšnih opcij je v direktivah kar nekaj, zlasti na področju prodaje blaga: države članice se lahko denimo odločajo, ali bodo iz režima potrošniške prodaje blaga izvzele prodajo rabljenega blaga na dražbah in prodajo živih živali,¹⁰ ali bodo pri prodaji rabljenega blaga dopustile dogovor o krajšem (najmanj enoletnem) roku odgovornosti prodajalca,¹¹ ali bodo predvidele poseben zahtevek kupca v primeru, da se neskladnost blaga s pogodbo pokaže v 30 dneh po dobavi,¹² ali bodo za uveljavljanje zahtevkov na podlagi neskladnosti blaga s pogodbo predpisale predpostavko notifikacije neskladnosti,¹³ ali bodo predpisale pogoje, pod katerimi lahko potrošnik ali tretja oseba namesto prodajalca popravi blago na stroške prodajalca¹⁴ in ali bodo predpisale fiksne roke za izvedbo popravila ali zamenjave (SGD).¹⁵

V zvezi z obema direktivama imajo države članice tudi določene možnosti glede oblikovanja pravice potrošnika, da v primeru neskladnosti zadrži plačilo (ugovor neizpolnitve),¹⁶ oblikovanja režima odgovornosti za pravne napake¹⁷ ter glede oblikovanja vsebine in uveljavljanja regresne pravice.¹⁸

⁶ Glej čl. 9 SGD.

⁷ Glej čl. 7(3) in 7(4) SGD.

⁸ Glej Renko, Plačilo storitev z osebnimi podatki? Nekaj misli ob Direktivi o dobavi digitalnih vsebin in digitalnih storitev, Podjetje in delo, 1/2021, str. 64.

⁹ Glej čl. 4 SGD in čl. 4 DCD.

¹⁰ Glej čl. 3(5) SGD.

¹¹ Glej čl. 10(6) SGD.

¹² Glej čl. 3(7) ter uvodno izjavo 19 SGD.

¹³ Glej čl. 12 ter uvodno izjavo 20 SGD.

¹⁴ Glej uvodno izjavo 54 SGD.

¹⁵ Glej uvodno izjavo 55 SGD.

¹⁶ Glej čl. 13(6) in uvodno izjavo 18 SGD ter uvodno izjavo 15 DCD.

¹⁷ Glej čl. 9 in uvodno izjavo 35 SGD ter čl. 10 in uvodno izjavo 54 DCD ter Marais Carvalho, Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771, EuCML 2019, str. 195.

¹⁸ Glej čl. 18 SGD in čl. 20 DCD.

SGD in DCD potrošniške prodajne pogodbe oziroma pogodbe o dobavi digitalne vsebine ali storitev ne urejata celovito, ampak se lotevata le nekaterih vidikov. V prvi vrsti urejata merila skladnosti ter kogentne zahtevke potrošnika za primer neskladnosti s pogodbo, kar imenujeta »obvezno jamstvo za skladnost«. DCD ureja tudi vidike neizpolnitve (zamude z izpolnitvijo) in zahtevke potrošnika v tem primeru. Za vsa vprašanja, ki jih direktivi ne urejata – na primer glede sklenitve in predpostavk veljavnosti pogodbe, razlage pogodbe, morebitne vključitve splošnih pogojev poslovanja – se uporablja Obligacijski zakonik (OZ),¹⁹ razen če in kolikor obstaja druga specialna ureditev. Tako na primer ZVPot-1 ureja prehod nevarnosti pri prodajni pogodbi (čl. 68 ZVPot-1) ter pravico potrošnika, da si pri pogodbi, sklenjeni na daljavo ali izven poslovnih prostorov podjetja, premisli in v 14 dneh brez posledic odstopi od pogodbe (čl. 134 ZVPot-1).

Namen prispevka je analizirati prenos obeh direktiv v slovensko pravo. Ker je vprašanje garancije, ki je v SGD urejeno kot možnost nadgradnje kogentne odgovornosti prodajalca za skladnost s pogodbo (t. i. tržna garancija, čl. 17 SGD), predmet drugega prispevka v tem zvezku, tukaj ne bo predmet obravnave.²⁰

2. Potrošniška pogodba o prodaji blaga

2.1. Področje uporabe

Ureditev iz čl. 71–87 ZVPot-1 se uporablja za pogodbe o prodaji blaga (premičnih stvari) med podjetjem in potrošnikom. Zakonodajalec ni izključil uporabe za prodajo živih živali in rabljenega blaga na javnih dražbah. Direktiva (SGD) v čl. 3(4)(b) izključuje svojo uporabo tudi za blago, ki se prodaja v okviru izvršbe ali drugih sodnih ukrepov, kar je ZVPot-1 uresničil na – nomotehnično gledano – nenavaden način: tako da je »stvari, ki so prodane v okviru izvršbe ali drugih sodnih postopkov«, izvzel iz pojma blaga.²¹ Da premična stvar, za prodajo katere bi se sicer uporabile določbe ZVPot-1, preneha biti premična stvar, če je »prodana« v izvršbi ali v drugem sodnem postopku, se ne zdi najbolj prepričljivo. Opozoriti velja tudi, da je prodajalčeva odgovornost za skladnost s prodajno pogodbo v primeru prisilne javne dražbe izključena že na podlagi čl. 467 OZ, zato je izvzetje premičnih stvari, ki se prodajajo v izvršbi, iz pojma premičnih stvari, pravzaprav odveč. V skladu s čl. 67(2) ZVPot-1 in čl. 3(4)(a) SGD je uporaba določb o prodaji izključena tudi za materialne nosilce podatkov, ki se uporabljajo le za nosilce digitalne vsebine – zanje se uporablja ureditev pogodbe za dobavo digitalne vsebine oziroma storitev iz čl. 109–116 ZVPot-1 (tj. DCD).

¹⁹ Ur. l. RS, št. 83/01, 83/01, 40/07, 64/16.

²⁰ Glej Strojani, Vrste in značilnosti garancij v ZVPot-1, v tem zvezku.

²¹ Čl. 4, tč. 1 ZVPot-1.

Za prodajno pogodbo se šteje tudi pogodba o prodaji blaga, ki vsebuje digitalne elemente. Gre za blago, ki vključuje tudi digitalno vsebino ali storitev na način, da blago brez nje ne more opravljati svoje funkcije.²² Za tak primer gre na primer pri prodaji pametnega telefona skupaj s prednaloženo aplikacijo za kamero, pri prodaji računalnika z operacijskim sistemom ali pri prodaji avtomobila z navigacijsko programsko opremo. Če potrošnik omenjeno programsko opremo kupi posebej, brez »blaga«, se uporablja ureditev pogodbe o dobavi digitalne vsebine oziroma storitve iz čl. 109–116 ZVPot-1 (DCD).

Opredelitev potrošnika v čl. 4, tč. 18 ZVPot-1 ni najbolj jasna. Medtem ko SGD in CDC potrošnika v čl. 2(2) oziroma čl. 2(6) definirata kot fizično osebo, ki v zvezi s prodajno pogodbo deluje za namen zunaj svoje trgovske, poslovne, obrtne ali poklicne dejavnosti, ZVPot-1 potrošnika opredeli kot fizično osebo, »ki pridobiva ali uporablja blago za namene zunaj njegove poklicne ali pridobitne dejavnosti«. Če pustimo ob strani slovnično napako pri opredelitvi ključnega pojma (pravilno: za namene zunaj *svoje* poklicne ali pridobitne dejavnosti), je treba opozoriti, da se ZVPot-1 namesto na »delovanje v zvezi s prodajno pogodbo« (oziroma pogodbo o dobavi digitalne vsebine ali storitve) sklicuje na pridobivanje ali uporabo blaga. Sklicevanje na »uporabo blaga« je nekoliko zavajajoče, kajti za pojem potrošniške pogodbe je bistveno, da je potrošnik tisti, ki je s podjetjem sklenil pogodbo, ne pa, da potrošnik blago, ki ga je morda kupila oseba, ki ni potrošnik, uporablja, ali da potrošnik »pridobiva« blago na drug način kot s sklenitvijo prodajne pogodbe s podjetjem. Če potrošnik »uporablja« blago, ki ga je od podjetja kupila oseba, ki ni potrošnik, seveda ne gre za potrošniško pogodbo, ravno tako tudi ne, če potrošnik »pridobiva« blago drugače kot po pogodbi s podjetjem. Nejasnosti je treba odpravljati z razlago v skladu z direktivama.

ZVPot-1 pojem »prodajalca«, ki ga uporablja pri prenosu SGD (čl. 71–88), definira kot »podjetje, ki sklepa prodajne pogodbe«.²³ Tudi opredelitev podjetja v čl. 4, tč. 13 ZVPot-1 kot »pravne ali fizične osebe, ki opravlja pridobitno dejavnost, ne glede na njeno pravnoorganizacijsko obliko ter lastninsko pripadnost«, je pomanjkljiva. Direktivi namreč »trgovca« (SGD) oziroma »prodajalca« (DCD) opredeljujeta kot pravno ali fizično osebo (ne glede na to, ali je v javni ali zasebni lasti), ki v zvezi s pogodbami, ki so predmet direktiv, deluje za namene v okviru svoje poklicne ali pridobitne dejavnosti. Za pojem podjetja in posledično potrošniške pogodbe je torej bistveno, da ta subjekt predmetno pogodbo sklepa v okviru svoje poklicne ali pridobitne dejavnosti, ne pa, ali oseba na splošno opravlja pridobitno dejavnost. Tudi tu je treba ZVPot-1 razlagati v skladu z direktivama, ki jih prenaša.

Pripomniti je mogoče, da bi bilo glede na to, da ZVPot-1 ureja pravna razmerja med podjetji in potrošniki (B2C-pogodbe), nemara bolj pregledno, če bi bila opredelitev pojmov podjetja

²² Čl. 67(1) in čl. 4(tč. 1) ZVPot-1.

²³ Glej čl. 4, tč. 19 ZVPot-1.

in potrošnika, od katerih je odvisna uporaba zakona, umeščena na vidnejše mesto v zakonu, ne pa v tč. 13 in 18 v čl. 4, ki vsebuje seznam definicij 30 pojmov.

2.2. Merila skladnosti s pogodbo

a) Splošno

ZVPot-1 po zgledu SGD in DCD namesto pojma stvarne in pravne napake uporablja izraz »zahteve skladnosti s pogodbo«. Pojem skladnosti s pogodbo v smislu odsotnosti stvarne napake v OZ razumemo tako, da mora imeti blago lastnosti, za katere sta se dogovorili stranki (dogovorjene lastnosti), če se o tem nista dogovorili, pa lastnosti, potrebne za običajno rabo (običajne lastnosti).²⁴ Prav nič drugače ni v obeh direktivah, le da se dogovorjene lastnosti blaga imenujejo »subjektivne zahteve za skladnost«, običajne lastnosti pa »objektivne zahteve za skladnost«, urejene pa so v ločenih določbah.²⁵ Merila skladnosti so v direktivah in ZVPot-1 oblikovana kot domneva, kdaj je dobavljeno blago v skladu s pogodbo. Razlika med novo ureditvijo in OZ oziroma prejšnjo različico ZVPot je v tem, da je blago skladno s pogodbo, če izpolnjuje tako subjektivna (čl. 72 ZVPot-1) kot objektivna (čl. 73 ZVPot-1) merila skladnosti.²⁶ V praksi so praviloma relevantna le objektivna merila skladnosti, saj se v potrošniških pogodbah stranki le redko dogovarjata o lastnostih, ki naj jih ima stvar, ki je predmet pogodbe.

Skladnost s pogodbo se presoja v trenutku dobave.²⁷

b) Subjektivna merila skladnosti s pogodbo

Vsebina čl. 72 ZVPot-1, ki sledi čl. 6 SGD, in opredeljuje različne možnosti dogovorov o lastnostih blaga, je z jezikovnega vidika nekoliko nerodna. Prva poved se glasi takole: »Blago je v skladu s prodajno pogodbo zlasti, kadar je to primerno: 1. ustreza opisu, vrsti, količini in kakovosti ter ima funkcionalnost, združljivost, interoperabilnost in druge lastnosti, kot je zahtevano v prodajni pogodbi«. Angleška različica direktive uporablja izraz »*where applicable*«, ki pomeni »kjer je to relevantno, primerno«. V tem smislu so ga želeli uporabiti tudi pripravljalci ZVPot-1, a so ga v besedilo umestili tako, da pomen stavka ni dovolj jasen.

c) Objektivna merila skladnosti s pogodbo

Objektivna merila skladnosti iz čl. 73 ZVPot-1 (čl. 7 SGD) se sklicujejo na običajno uporabo, pri kateri se upoštevajo tudi tehnični standardi in »panožni« kodeksi ravnanja, ter lastnosti, ki

²⁴ Glej čl. 459 OZ.

²⁵ Glej čl. 6 in 7 CD.

²⁶ Glej čl. 7(1) SGD ter čl. 71 ZVPot-1.

²⁷ Čl. 10(1) SGD.

jih potrošnik lahko razumno pričakuje. Del razumnih pričakovanj so tudi primerna embalaža ter navodila za namestitvev. Posebej so poudarjene lastnosti blaga, njegova trajnost, funkcionalnost, združljivost in varnost. Kot je za potrošniško prodajo že doslej določal ZVPot, se pri presoji objektivnih meril skladnosti upoštevajo tudi morebitne javne izjave prodajalca, proizvajalca ali drugih oseb iz »pogodbene verige«, podane v okviru oglaševanja ali označevanja blaga.²⁸ Drugače kot po ZVPot, v katerega je zakonodajalec pozabil prenesti čl. 2(4) Direktive 99/44, se lahko odslej prodajalec odgovornosti za izjave tudi razbremeni, če dokaže, da za javno izjavo ni vedel oziroma ni bil dolžan vedeti, ali da jo ob sklenitvi korigiral ali da je bila izjava takšne narave, da ni mogla razumno vplivati na potrošnikov odločitev za sklenitev pogodbe.²⁹

Za neskladnost s pogodbo gre tudi v primeru količinskih napak, kar je razlika glede na prejšnjo ureditev oziroma splošno pogodbeno pravo. OZ namreč dobavo premajhne količine blaga obravnava kot delno neizpolnitev (čl. 472 OZ), pri dobavi prevelike količine blaga pa določa, da ga mora kupec, če ga ne odkloni v primernem roku, plačati po enaki ceni (čl. 473 OZ). ZVPot-1 v skladu z direktivo (SGD) tako v primeru dobave manjše kot večje količine potrošniku zagotavlja zahtevke za primer neskladnosti s pogodbo, torej jamčevalne in ne neizpolnitvene (zamudne) sankcije.

V čl. 74 ZVPot-1 je poleg odgovornosti prodajalca za blago predviden še poseben režim odgovornosti prodajalca za posodabljanje digitalnih elementov, ki dopolnjuje sistem odgovornosti prodajalca za skladnost blaga s pogodbo. Dolžnost posodabljanja je pomembna novost, ki jo prinaša SGD (in tudi DCD). Tako SGD kot ZVPot-1 primeroma navajata varnostne posodobitve.³⁰ Prodajalec mora potrošnika obvestiti o posodobitvah in mu jih tudi zagotoviti.³¹ Glede obdobja odgovornosti SGD in ZVPot-1 razlikujeta (1) pogodbe o nepretrgani dobavi v določenem obdobju, v katerem mora prodajalec zagotavljati posodabljanje v obdobju dveh let od dobave oziroma dlje, če pogodba predvideva daljše obdobje dobave, ter (2) pogodbe o enkratni dobavi digitalne vsebine ali o nizu posameznih dobav, pri katerih prodajalec zagotavlja posodabljanje v obdobju, ki ga potrošnik lahko razumno pričakuje.³² Prodajalec ne odgovarja za neskladnost blaga s pogodbo zaradi potrošnikove opustitve posodabljanja digitalne vsebine, če je bil potrošnik obveščen o posodobitvi in posledicah opustitve, razlog za neskladnost pa niso bila pomanjkljiva navodila.³³

²⁸ Prim. čl. 37(3) ZVPot in čl. 2(4) Direktive 99/44.

²⁹ Glej čl. 73(tč. 2–4) ZVPot-1.

³⁰ Glej čl. 8(2) SGD in 74(1) ZVPot-1.

³¹ Glej čl. 74(1) ZVPot-1 in čl. 7(3) SGD.

³² Glej čl. 74(1) ZVPot in čl. 7(3) SGD.

³³ Glej čl. 74(2) ZVPot-1 in čl. 7(4) SGD.

Tudi po novi ureditvi velja, da ne gre za neskladnost s pogodbo, če je bil kupec v trenutku sklenitve pogodbe seznanjen z neskladnostjo, pa je kljub temu sklenil pogodbo. Vendar pa sta v primerjavi z OZ dve pomembni razliki: po direktivi (SGD) mora prodajalec, zato da je izključena njegova odgovornost, potrošnika o neskladnosti posebej obvestiti. Zgolj to, da je kupec ob sklenitvi pogodbe neskladnost opazil ali bi jo lahko opazil, če bi bil skrben, ne zadošča za izključitev odgovornosti.³⁴ Poleg tega pa mora potrošnik neskladnost sprejeti »izrecno in ločeno« od siceršnjega soglasja za sklenitev pogodbe.³⁵

Drugače kot ZVPot, ki je čl. 2 (5) Direktive 99/44 preprosto izpuštil, ZVPot-1 v skladu s SGD enako kot neskladnost blaga obravnava tudi napako v namestitvi blaga, ki jo kot del pogodbenih obveznosti opravlja prodajalec. Enako velja, če potrošnik blago namešča (montira) sam, neskladnost pa je posledica pomanjkljivih navodil (t. i. IKEA-klavzula).³⁶

d) Pravne napake

Medtem ko Direktiva 99/44 pravnih napak ni urejala, SGD v čl. 9 ureja tudi položaj, kjer je omejena možnost rabe ali nemožnost rabe predmeta pogodbe posledica omejitev, ki izhajajo iz pravic tretjih oseb, zlasti pravic intelektualne lastnine (pravne napake). Države članice morajo zagotoviti, da se tudi takšne omejitve obravnavajo kot neskladnost, ki jo potrošnik uveljavlja nasproti prodajalcu, razen če nacionalno pravo za takšne položaje predpisuje ničnost ali razveljavitev pogodbe. Direktiva torej ne posega v pravo intelektualne lastnine, ampak omejitve pri uporabi zaradi pravic intelektualne lastnine tretje osebe obravnava kot neskladnost v pogodbi med podjetjem in potrošnikom.

Slovenski zakonodajalec je v čl. 77 ZVPot-1 določbo prenesel na naslednji način: zapisal je, da lahko potrošnik v primeru omejitev uporabe, ki izhaja iz »kršitev pravic tretje osebe« (pravilno: ki izhaja iz pravic tretje osebe), uveljavlja zahtevke proti prodajalcu, »razen če drugi zakon določa ničnost ali razveljavitev prodajne pogodbe zaradi kršenja pravic tretjih oseb«. V slovenskem pravu je položaj, kjer je kupčeva uporaba stvari motena ali izključena zaradi pravic tretjih oseb, urejen v OZ pod imenom pravna napaka (čl. 488–495 OZ). Kot določa čl. 490(1) OZ, je v primeru, da tretja oseba kupcu stvar odvzame (s čimer velja izenačiti popolno nemožnost rabe zaradi pravice tretje osebe), prodajna pogodba sama od sebe (*ipso facto*, tj. s samim dejstvom odvzema oziroma popolne nemožnosti rabe) razveljavljena. Ker pripravljavci ZVPot-1 v zakonodajnem gradivu niso omenjali pravnih napak, izhaja iz čl. 77 ZVPot-1 določena negotovost glede tega, ali se v primeru popolne nemožnosti kupčeve rabe

³⁴ Glej čl. 460 OZ.

³⁵ Čl. 7(5) SGD in čl. 75 ZVPot-1 (neustrezno poimenovan »razbremenitev odgovornosti prodajalca za neskladnost«).

³⁶ Čl. 8 SGD in čl. 76 ZVPot-1.

blaga, ki izhaja iz pravic tretje osebe, uporabljajo pravila ZVPot-1 o neskladnosti s pogodbo ali čl. 490(1) OZ, ki predvideva samodejno razveljavitev pogodbe. V primeru, ko ne gre za nemožnost, ampak le za omejitev kupčeve možnosti rabe, ni dvoma, da ima kupec zahteve na podlagi neskladnosti (ZVPot-1). Za potrošnika bi bila uporaba OZ v primeru nemožnosti rabe v določenih okoliščinah lahko ugodna, saj OZ sankcij za pravne napake ne veže na jamčevalni rok, poleg tega notifikacija napake ni predpostavka za vse pravice kupca. Po drugi strani pa rok za uveljavljanje pravic v OZ znaša le leto dni.³⁷ Zdi se, da je uporaba zahtevkov za primer neskladnosti iz ZVPot-1 za vse pravne napake vendarle boljša rešitev. Uporaba dveh različnih vrst predpostavk za omejitev in popolno nemožnost rabe bi bila bržkone prezapletena. Časovna neomejenost jamstva za pravne napake tudi ni v skladu z načelom pravne varnosti.

2.3. Časovni okviri odgovornosti prodajalca

a) Jamčevalni rok

Enako kot po ZVPot prodajalec odgovarja za neskladnosti, ki obstajajo v času dobave in se pokažejo v dveh letih po njej, kar zakonodajalec poimenuje z dvema izrazoma: najprej »objektivni rok«, nato pa »jamčevalni rok«.³⁸ Drugače velja za pogodbo o prodaji blaga z digitalnimi elementi, pri kateri se digitalni element (digitalna vsebina ali digitalna storitev) dobavlja nepretrgoma – tedaj se ne presoja skladnost v času dobave, ampak ves čas v obdobju dveh let po dobavi oziroma še dlje, če je s pogodbo predvideno daljše obdobje dobave.³⁹

Pri prodaji rabljenega blaga, za katero je ZVPot v skladu z Direktivo 99/44 predpisoval enoletno odgovornost prodajalca,⁴⁰ ZVPot-1 sledi SGD in določa le možnost, da se stranki v konkretnem primeru dogovorita za krajše obdobje odgovornosti (najmanj eno leto).⁴¹

b) Rok za uveljavljanje zahtevkov

Iz SGD izhaja, da so zahtevki potrošnika lahko omejeni le z zastaralnimi roki, pri čemer pojem zastaralnega roka ni definiran.⁴² Slovenski zakonodajalec pa je sledil pristopu OZ in ohranil drugačno, strožjo časovno omejitev uveljavljanja zahtevkov: zapisal je, da pravice potrošnika iz čl. 81(1) ZVPot-1 (jamčevalni zahtevki) »prenehajo« v dveh letih od obvestitve

³⁷ Glej čl. 495(1) OZ.

³⁸ Glej čl. 10(1) SGD in čl. 78(1) ZVPot-1.

³⁹ Glej čl. 10(2) SGD in čl. 78(3) ZVPot-1.

⁴⁰ Glej čl. 7(1) Direktive 99/44 in čl. 37b(2) ZVPot.

⁴¹ Glej čl. 10(6) in čl. 78(5) ZVPot-1.

⁴² Glej čl. 10(5) SGD.

prodajalca o neskladnosti. Čeprav »prenehanje« oziroma »izguba« pravic nedvoumno nakazuje na prekluzivni rok in pripravljavci ZVPot-1v zakonodajnem gradivu ta rok imenujejo »zastaralni rok«⁴³ oziroma »t. i. zastaralni rok«.⁴⁴ Ker hkrati navajajo, da gre za enako ureditev kot v prej veljavnem čl. 37c(3) ZVPot, ne more biti dvoma, da gre za prekluzivni rok, sklicevanja na zastaralni rok pa ni mogoče vzeti resno. Ob tem velja spomniti, da uporaba strogih prekluzivnih rokov, ki jih ni mogoče pretrgati in ne morejo mirovati, sodišča pa jih upoštevajo po uradni dolžnosti, v položaju nepravilne izpolnitve, kjer ni videti izrazitega javnega interesa, ni primerna, a jo OZ vendarle predpisuje.⁴⁵

Opozoriti je treba, da se v skladu s čl. 87 ZVPot-1 prekluzivni rok uporablja le za zahtevke iz čl. 81(1) ZVPot, torej za »jamčevalne zahtevke«, ne pa tudi za »druge pravice potrošnika«, tj. zadržanje plačila ter odškodninski zahtevki. Obrazložitve ni. Za različno ureditev časovnih okvirov odškodninskega zahtevka in jamčevalnih zahtevkov ni nobenega razloga. To velja še toliko bolj ob upoštevanju, da lahko odškodninski zahtevek pod določenimi pogoji nadomesti zahtevek za vzpostavitev skladnosti.

2.4. Notifikacija neskladnosti blaga s pogodbo

Tako kot predhodnica Direktiva 99/44⁴⁶ tudi SGD državam članicam dopušča, da potrošnike pravice zaradi neskladnosti vežejo na notifikacijo neskladnosti prodajalcu; če se odločijo za to, mora rok za notifikacijo znašati najmanj dva meseca.⁴⁷ Slovenski zakonodajalec je možnost izkoristil in v čl. 81(1) ZVPot-1 predpisal, da lahko potrošnik uveljavlja naknadno izpolnitev, razdor pogodbe in znižanje kupnine le, če je o neskladnosti blaga s pogodbo obvestil prodajalca. S tem je za slovenske potrošnike znižal raven varstva. Če je kupčeva notifikacija neskladnosti s pogodbo morda smiselna pri gospodarski prodajni pogodbi, kjer varuje interes prodajalca, pa ta dodatna predpostavka, od katere so odvisni kupčevi zahtevki na podlagi prodajalčeve kršitve pogodbe, nikakor ni samoumevna pri potrošniški prodaji.⁴⁸

Vsebina notifikacije je natančneje opredeljena v čl. 84 ZVPot-1. Potrošnik mora o neskladnosti obvestiti prodajalca v dveh mesecih, odkar jo opazi. V obvestilu mora neskladnost natančno opisati. To je treba razlagati v skladu s sodno prakso Sodišča EU v zadevi *Faber*: potrošnik

⁴³ Predlog ZVPot-1 z dne 12. 7. 2022 (EVA: 2015-2130-0005), str. 147.

⁴⁴ Predlog ZVPot-1 z dne 12. 7. 2022 (EVA: 2015-2130-0005), str. 159.

⁴⁵ Glej na primer Možina, Predpostavke in časovni okviri odgovornosti prodajalca za stvarne napake, Podjetje in delo, 3-4/2008, ter Zupan, Kritična analiza zastaranja in prekluzije, doktorska disertacija (2022), str. 466.

⁴⁶ Glej čl. 5(2) Direktive 99/44.

⁴⁷ Glej čl. 12 in uvodno izjavo 46 SGD.

⁴⁸ Glej na primer Možina, Predpostavke in časovni okviri odgovornosti prodajalca za stvarne napake, Podjetje in delo 3-4/2008, str. 407.

mora izkazati le obstoj neskladnosti, ni pa dolžan navesti vzroka za neskladnost.⁴⁹ Potrošnik morda prodajalcu omogočiti pregled blaga.⁵⁰

Iz prejšnjega zakona je v čl. 84(3) ZVPot-1 prenesena tudi precej nenavadna določba. V skladu z njo lahko potrošnik prodajalca o neskladnosti obvesti osebno, o čemer mu mora prodajalec izdati potrdilo, obvestilo pošlje v prodajalno, kjer je blago kupil, ali pa ga pošlje zastopniku prodajalca, s katerim je sklenil pogodbo. Iz določbe sicer izhaja, da na zaključen način opredeljuje načine sporočanja napake, vendar besedilo po mnenju pripravljavcev zakona »omogoča vlaganje odstopnih izjav po elektronski pošti oziroma ne omejuje načina komunikacije odstopnih izjav«. Ker v tem položaju ne gre za odstop od pogodbe, je čl. 84(3) ZVPot-1 morda posledica redakcijske napake. Določba je v vsakem primeru povsem nesmiselna.

V čl. 85 ZVPot-1 je tako kot v ZVPot določeno še, da mora prodajalec, če je zanj »obstoj neskladnosti sporen«, o tem potrošnika pisno obvestiti v osmih dneh od prejema njegovega zahtevka. Ni razvidno, zakaj bi moral prodajalec, če meni, da ne gre za neskladnost, o tem potrošnika posebej obveščati. Prav tako ni videti razloga za pisno obliko, ki sicer ni predpisana niti za sklenitev pogodbe niti za uveljavljanje zahtevkov. Kljub temu zakon za opustitev pisnega sporočila predpisuje globo.⁵¹

Iz ZVPot-1 ne izhaja povsem jasno, ali je notifikacija neskladnosti predpostavka za vse zahtevke potrošnika ali le za »jamčevalne zahtevke« (popravilo, zamenjava, znižanje kupnine in razdor pogodbe). Medtem ko slednje izhaja iz čl. 81(1) ZVPot-1, je iz čl. 84(1) ZVPot-1 mogoče povzeti, da so vse pravice potrošnika, tudi zadržanje plačila in odškodninski zahtevek, vezane na obvestilo o neskladnosti.

2.5. Zahtevki potrošnika v primeru neskladnosti

a) Splošno

Ureditev pravnih sredstev za primer neskladnosti tako kot v Direktivi 99/44 tudi v obeh direktivah (SGD in DCD) temelji na ideji hierarhije. Zahtevki potrošnika, ki jih ZVPot-1 – drugače kot direktivi – imenuje »jamčevalni zahtevki v primeru neskladnosti«, ⁵² so razvrščeni

⁴⁹ Sodišče EU, C-497/13, *Faber*, z dne 4. 6. 2015.

⁵⁰ Čl. 84(4) ZVPot-1.

⁵¹ Glej čl. 241(1) (9) ZVPot-1. Zahteva po pisnem obvestilu, če podjetje meni, da je obstoj »nepravilnosti« (neskladnosti) sporen, velja tudi pri storitvah, glej čl. 101(2) ZVPot-1.

⁵² Prvi uradni prevod SGD in DCD v slovenščino je uporabljal izraz »jamčevalni« zahtevki, ki ga direktivi ne pozna; po popravku (glej UL L 136 z dne 22. 5. 2019) prevod govori le o »zahtevkih v primeru neskladnosti«. Druge jezikovne različice direktiv govorijo o pravnih sredstvih (angl. *remedies*, nem. *Abhilfen*, hrv. *pravna sredstva*). ZVPot-1 vztraja pri izrazu »jamčevalni zahtevki v primeru neskladnosti« (čl. 81 in 118). »Jamčevalni zahtevki« so drugo ime za zahtevke na podlagi stvarne ali pravne napake. Dodatek »v primeru neskladnosti« zato ni potreben. Glede na čl. 81

na dve ravni: primarno lahko potrošnik zahteva popravilo ali zamenjavo blaga (naknadna izpolnitev), kar ZVPot-1 poimenuje »vzpostavitev skladnosti«. Šele če kupec ne more zahtevati popravila ali zamenjave, ker nista mogoča ali bi prodajalcu povzročila nesorazmerne stroške, ali pa je vzpostavitev skladnosti zahteval, a je ni dobil v primernem času ali brez znatnih neprijetnosti, ali pa je prodajalec izjavil oziroma je iz drugih razlogov očitno, da skladnosti ne bo vzpostavil, lahko kupec preide na zahtevka na sekundarni ravni: znižanje kupnine ali razdor pogodbe.⁵³ Pristop SGD in DCD temelji na ideji, da je izvorni interes potrošnika v tem, da je pogodba izpolnjena v naravi, stroškom in tveganjem, ki so povezana s prezgodnjim razdorom pogodbe, pa se želi izogniti.⁵⁴ Hierarhija v smislu prednosti zahtevka za popravilo oziroma zamenjavo pomeni, da ima tudi prodajalec pravico, da popravi neskladnost (*right to cure*) in tako odvrne razdor oziroma znižanje cene, s tem pa ohrani pravico do kupnine v dogovorjeni višini.⁵⁵

Takšna hierarhija zahtevkov je v slovenskem pravu prodajne pogodbe novost, kar pa ne velja za ureditev podjetne pogodbe v OZ.⁵⁶ Čeprav je že prej veljavna Direktiva 99/44 vsebovala v bistvenem enak mehanizem, slovenski zakonodajalec določbe ni implementiral, česar ni obrazložil. Namesto tega je ZVPot v skladu s pristopom OZ določal, da lahko potrošnik svobodno izbira med popravilom, zamenjavo in znižanjem kupnine, če želi pogodbo razdreti, pa mora prodajalcu pustiti primeren dodatni rok, v katerem lahko ta popravi ali zamenja blago.⁵⁷

Direktivi (SGD in DCD) sta glede na prejšnjo ureditev (Direktiva 99/44) dodali še en položaj, v katerem lahko potrošnik takoj preide na razdor ali znižanje kupnine: potrošniku ni treba najprej zahtevati popravila ali zamenjave, če je »narava neskladnosti tako resna«, da upravičuje takojšnje znižanje kupnine ali razdor.⁵⁸ Temu je sledil tudi ZVPot-1.⁵⁹ Glede na preambulo SGD bi za tako resnost lahko šlo, če bi bilo blago zaradi neskladnosti povsem neuporabno,

ZVPot-1 so jamčevalni zahtevki »brezplačna vzpostavitev skladnosti s pogodbo«, znižanje kupnine in razdor pogodbe. Potrošnikovo zadržanje plačila in odškodninski zahtevki pa sta »drugi pravici«. Vendar glej čl. 118 ZVPot-1, ki govori le o »jamčevalnih zahtevkih«.

⁵³ Glej čl. 3(3) Direktive 99/44.

⁵⁴ Magnus, v: Twigg-Flesner (ur.), *Cambridge Companion to European Private Law* (2010).

⁵⁵ Na podlagi čl. 468(1) OZ je ta pravica omejena, saj lahko kupec tako zniža kupnino. Glej: Možina, Kršitev pogodbe in pravne posledice: Skica, ZOR in OZ, v: Možina (ur.), *Razvojne tendence v obligacijskem pravu* (2019), str. 190.

⁵⁶ Prav tam. Prim. čl. 637(3) in 639 OZ (podjemna pogodba).

⁵⁷ Glej čl. 37c ZVPot ter Možina, *Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi*, Pravni letopis, 2012, str. 94.

⁵⁸ Glej čl. 12(4)(c) SGD, čl. 14(4)(d) DCD.

⁵⁹ Glej čl. 83(1), prva alineja, ter čl. 120(1), četrta alineja, ZVPot-1.

od potrošnika pa ne bi bilo mogoče pričakovati zaupanja v prodajalčevo uspešno popravilo ali zamenjavo.⁶⁰

Potrošnik ne more kumulirati zahtevkov, ki med seboj niso združljivi. Že iz hierarhije zahtevkov izhaja, da potrošnik na primer ne more hkrati zahtevati vzpostavitve skladnosti in znižati kupnine ali razdreti pogodbe.

b) Vzpostavitev skladnosti s pogodbo

Kot določa čl. 81(1) ZVPot-1, je potrošnik v primeru neskladnosti »upravičen, da: 1. zahteva od prodajalca brezplačno vzpostavitev skladnosti blaga«. Sklicevanje na brezplačnost je nekoliko odveč; če ima kupec pravico do popravila ali zamenjave, se samo po sebi razume, da je prodajalec tisti, ki mora stvar popraviti ali zamenjati, in kupcu tega ni treba plačati. Če zakonodajalec meni, da je izrecen sklic na brezplačnost potreben, pa bi ga kazalo umestiti drugam, saj je v naslovu zahtevka odveč. Utegne ustvariti tudi zavajajoč vtis, da vsi drugi zahtevki potrošnika, kjer ni izrecno govor o brezplačnosti, niso brezplačni.

Tudi glede vsebine zahtevka za vzpostavitev skladnosti je besedilo zakona nerodno in nejasno. Čl. 82(1) ZVPot-1 določa, da lahko »potrošnik od prodajalca zahteva, da v razumnem roku od trenutka, ko je prodajalca obvestil o neskladnosti, ki ni daljši od 30 dni, brezplačno vzpostavi skladnost blaga brez znatnih nevšečnosti za potrošnika, pri čemer se upoštevata zlasti narava blaga in namen, za katerega potrošnik blago kupuje«. Iz uvodne izjave 55 SGD izhaja, da lahko države članice zaradi varstva potrošnika določijo fiksno obdobje v smislu razumnega roka iz čl. 14(1) SGD – torej roka, po izteku katerega lahko potrošnik preide na znižanje cene ali razdor pogodbe. Pri določitvi bi bilo treba upoštevati naravo in kompleksnost blaga, naravo in resnost neskladnosti ter napor, potreben za dokončanje popravila ali zamenjave. Države članice bi lahko za posamezne kategorije izdelkov določile različne roke, ki bi veljali za razumne.

Pripravljalci ZVPot-1 so uvodno izjavo razumeli drugače. Namesto fiksnega roka, ki ga zaradi varstva potrošnika določi zakonodajalec, po njihovem konceptu »razumen rok« v trajanju največ 30 dni prodajalcu postavi potrošnik. Iz nejasnega besedila bi lahko celo izhajalo, da potrošnik *mora* postaviti rok, tj. da lahko zahteva popravilo ali zamenjavo le, če prodajalcu postavi rok. Takšno razlago je treba zavrniti, saj nasprotuje SGD, ker postavlja dodatno predpostavko za zahtevke potrošnika. Potrošnik torej prodajalcu *lahko* postavi rok, če želi, ni pa mu tega treba. Omejevanje potrošnikove volje glede dolžine roka na 30 dni se ne zdi najbolj smiselno, saj rok v lastnem interesu postavlja potrošnik sam. Če zakonodajalec že določa merila za dolžino roka, pa bi veljalo določiti objektivna merila, kakršno je narava blaga; namen, zara-

⁶⁰ Glej uvodno izjavo 52 SGD.

di katerega potrošnik blago kupuje, namreč spada na področje neupoštevne enostranskega nagiba, za katerega nasprotna stranka ne more vedeti.

Tudi določitev začetka teka »razumnega roka« – od obvestila o neskladnosti – je zgrešena. Rok bi lahko tekel kvečjemu od trenutka, ko je potrošnik zahteval popravilo oziroma zamenjavo. Dokler potrošnik ne izbere zahtevka (popravilo ali zamenjava), ga prodajalec ne more izpolniti, zato rok za izpolnitev ne more teči.

Pripravljalci zakona so predvideli tudi podaljšanje roka, in sicer »za najkrajši čas, ki je potreben za dokončanje popravila ali zamenjave, vendar največ za 15 dni«. ⁶¹ Medtem ko rok prodajalcu postavi potrošnik, lahko njegovo podaljšanje doseže prodajalec, ki mora o »številu dni« in razlogih za podaljšanje »obvestiti« potrošnika pred potekom prvega roka. Ni treba, da bi se potrošnik s podaljšanjem strinjal. Da zakonodajalec za obseg podaljšanja predvideva drugačna merila kot za določitev roka, je nenavadno: poleg narave in kompleksnosti blaga se upoštevajo tudi narava in resnost neskladnosti ter napor, potreben za dokončanje popravila in zamenjave.

Smiselnost določanja roka za popravilo ali zamenjavo in sporočanja tega roka prodajalcu za potrošnikov položaj je vprašljiva. Tudi če potrošnik zahteva popravilo ali zamenjavo in prodajalcu ne postavi roka, lahko, če izbran zahtevak ne bo izpolnjen v razumnem roku (in pod drugimi zakonskimi predpostavkami), zniža kupnino ali razdre pogodbo. Podjetje, ki ne spoštuje roka, ki ga določi potrošnik, oziroma njegovega podaljšanja, je lahko kaznovano z globo za prekršek. ⁶²

Potrošnik lahko med popravilom in zamenjavo izbira, a je pri tem omejen z načelom sorazmernosti, tj. če so stroški izbranega zahtevka za prodajalca ob upoštevanju okoliščin nesorazmerno visoki v primerjavi z drugim zahtevkom (če je popravilo bistveno dražje od zamenjave in obratno), se mu lahko prodajalec upre. ⁶³ V vsakem primeru pa lahko prodajalec izbrani zahtevak (oziroma oba) zavrne, če ni mogoč ali bi povzročil nesorazmerne stroške. ⁶⁴ S tem ugovorom t. i. absolutne nesorazmernosti je evropski zakonodajalec korigiral prakso Sodišča EU, ki se je v zadevi *Weber & Putz* opredelilo za t. i. relativno nesorazmernost, ki je bila predmet kritike. ⁶⁵

Drugo stališče iz omenjene sodbe je uzakonjeno v čl. 82(8) ZVPot-1 oziroma čl. 14(3) SGD: če gre za blago, ki je bilo glede na svojo naravo oziroma namen vgrajeno v drugo blago (na

⁶¹ Glej čl. 81(2) ZVPot-1.

⁶² Glej čl. 240(1)(29) ZVPot-1.

⁶³ Čl. 12(2) SGD in čl. 82(4) ZVPot-1.

⁶⁴ Glej čl. 12(3) SGD in čl. 82(6) ZVPot-1.

⁶⁵ Glej Sodišče EU, C-65/09 in C-87/09, *Weber, Putz*, z dne 16. 6. 2011, in Možina, Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi, Pravni letopis 2011, str. 95.

primer parket ali vgradni hladilnik), preden se je pokazala neskladnost, potem prodajalec nosi tudi stroške odstranitve neskladnega blaga in ponovne vgradnje skladnega blaga v okviru popravila oziroma zamenjave. Da potrošniku ni treba plačati nadomestila za običajno uporabo blaga v obdobju pred zamenjavo, kot določa čl. 14(4) SGD oziroma čl. 82(9) ZVPot-1, izhaja iz sodbe Sodišča EU v zadevi *Quelle*.⁶⁶

c) Znižanje kupnine

Če so izpolnjeni pogoji za prehod na drugo raven zahtevkov (čl. 83(1) ZVPot-1), lahko potrošnik izbira med razdorom pogodbe in znižanjem kupnine. Če se odloči za slednjo, lahko zniža kupnino v sorazmerju med nižjo vrednostjo s pogodbo neskladnega blaga in skladnega blaga v času sklenitve.⁶⁷ Čeprav ZVPot-1 v čl. 81(1) govori o tem, da potrošnik »zahteva« znižanje, potrošnik to oblikovalno pravico uveljavi izvensodno, z izjavo podjetju. Sodno uveljavljanje bi pomenilo dodatno predpostavko kupčevega zahtevka v nasprotju s SGD.

d) Razdor pogodbe

Potrošnik lahko načeloma razdre pogodbo zaradi neskladnosti blaga s pogodbo le, če so izpolnjeni pogoji za prehod na drugo raven zahtevkov iz čl. 12(4) SGD oziroma čl. 83(1) ZVPot-1. Čeprav SGD (in DCD) uporablja izraz »razdor pogodbe«, ZVPot-1 vztraja pri »odstopu od pogodbe«. ⁶⁸ Pravo EU razlikuje »razdor pogodbe« od »odstopa od pogodbe«, saj imata ti dve oblikovalni upravičenji različne predpostavke in pravne posledice. Razdor pomeni sankcijo za kršitev, odstop pa pravico potrošnika, da si v nekaterih položajih v kratkem roku (praviloma 14 dni) po sklenitvi pogodbe premisli in brez posledic odstopi od pogodbe. ZVPot-1 za obe pravici uporablja izraz »odstop od pogodbe«, enako kot OZ.

Kot že rečeno, pravilo o »sekundarni« naravi razdora pogodbe oziroma znižanja kupnine ima izjemo: če ima neskladnost dovolj »resno naravo«, potrošniku ni treba najprej zahtevati popravila ali zamenjave, ampak lahko takoj razdre pogodbo ali zniža kupnino. Slovenski zakonodajalec pa je dodal še eno izjemo, tj. položaj, ko potrošnik lahko razdre pogodbo, ne da bi najprej zahteval popravilo ali zamenjavo. Potrošnik je v skladu s čl. 83(2) ZVPot-1 upravičen do takojšnjega razdora pogodbe (ne pa tudi do znižanja kupnine), če se neskladnost pojavi »v manj kot 30 dneh« (torej v 29 dneh) po dobavi. Pripravljalci ZVPot-1 so novo razdorno upravičenje obrazložili s sklicevanjem na čl. 3(7) in uvodno izjavo 19 SGD, ki državam članicam omogoča »izbiro posebnega zahtevka«, če se neskladnost pokaže kmalu po dobavi, na podlagi nacionalnih določb, ki potrošniku omogočajo zavrnitev blaga, ki ni v skladu s pogodbo.

⁶⁶ Sodišče EU, C-404/06, *Quelle*, z dne 17. 4. 2008.

⁶⁷ Glej čl. 16 SGD.

⁶⁸ Glej besedilo SGD in DCD v UL L 136 z dne 22. 5. 2019 (popravek).

Na podlagi slovenskega splošnega pogodbenega prava lahko kupec zavrne prodajalčevo izpolnitev z napako in ga s tem spravi v zamudo.⁶⁹ Upnik namreč ni dolžan sprejeti ponujene izpolnitve obveznosti, ki ni v skladu s pogodbo; tudi če je že sprejel takšno izpolnitev, jo lahko obravnava kot neizpolnitev in dolžniku izročeno vrne.⁷⁰ Vendar pa iz zakonodajnega gradiva izhaja, da ta možnost pripravljavcem zakona ni bila znana. Novo razdorno upravičenje so uvedli iz razloga, ki je povsem drugačen od priznanja zavrnitve blaga iz čl. 3(7) in uvodne izjave 19 SGD: da bi zagotovili »visoko varstvo potrošnikov« in zmanjšali vpliv hierarhije jamčevalnih zahtevkov, ki jo prinaša SGD v čl. 12(4).⁷¹ Zakonodajalec s tem krši direktivo. Pravica do zavrnitve blaga z napako na podlagi splošnega pogodbenega prava ostaja v veljavi še naprej, saj jo dopušča čl. 3(7) SGD. Ali jo lahko razlagamo v smislu razdornega upravičenja iz čl. 83(2) ZVPot-1, je dvomljivo, saj se zavrnitev blaga in razdor pogodbe bistveno razlikujeta. Posledica zavrnitve je neizpolnitev (prodajalčeva zamuda), medtem ko z razdorom pogodba preneha.

Nekaj posledic razdora določa čl. 86 ZVPot-1: potrošnik mora na stroške prodajalca vrniti blago, prodajalec pa mora najkasneje v osmih dneh od prejema blaga ali dokazila o odpošiljanju povrniti kupnino. Prodajalec lahko torej glede restitucijskega zahtevka uveljavlja ugovor neizpolnitve.⁷² Ker SGD in ZVPot-1 posledic razdora ne urejata celovito, je treba uporabiti tudi splošne določbe o posledicah razdora pogodbe oziroma določb prava neupravičene obogatitve, na primer glede povrnitve stroškov v zvezi s predmetom pogodbe, ki jih je imel kupec, ko je bil predmet pogodbe v njegovi posesti.⁷³

e) Zadržanje kupnine

Če potrošnik kupnine za blago še ni v celoti plačal, lahko v primeru neskladnosti zadrži plačilo, dokler prodajalec ne izpolni vseh svojih obveznosti.⁷⁴ Po vsebini gre za ugovor neizpolnitve obveznosti.

f) Povrnitev škode

SGD vprašanje odškodninskega zahtevka prepušča državam članicam.⁷⁵ Sledeč svojemu pristopu iz ZVPot je zakonodajalec odškodninski zahtevek vključil v kogentno ureditev zah-

⁶⁹ Glej na primer Možina, Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi, Pravni letopis 2011, str. 91.

⁷⁰ Glej čl. 282 OZ ter na primer Juhart, v Juhart, Playšak (ur.) OZ s komentarjem (2003), čl. 101, str. 555; Možina, Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi, Pravni letopis, 2012, str. 91.

⁷¹ Glej Predlog ZVPot-1 z dne 12. 7. 2022 (EVA: 2015-2130-0005), str. 146.

⁷² Glej čl. 16(3) SGD.

⁷³ Glej uvodno izjavo 18 SGD.

⁷⁴ Glej čl. 12(6) SGD in čl. 81(2) ZVPot-1.

⁷⁵ Glej uvodno izjavo 61 SGD.

tevkov potrošnika na podlagi neskladnosti blaga s pogodbo. ZVPot-1 v čl. 81(3) po zgledu čl. 468(2) OZ določa, da ima potrošnik v vsakem primeru, torej tudi ob uveljavljanju drugih jamčevalnih zahtevkov, pravico do povrnitve škode. Zakon primeroma našteva povračilo stroškov materiala, nadomestnih delov, dela, prenosa in prevoza blaga, ki nastanejo »zaradi uveljavljanja jamčevalnega zahtevka iz čl. 81(1) ZVPot-1. Glede na to, da prvi odstavek istega člena izrecno govori o tem, da morata biti popravilo oziroma zamenjava za potrošnika brezplačna, v naštevanju primerov povrnitve stroškov, ki ga je vseboval že prejšnji zakon (čl. 37č ZVPot), ni veliko smisla. Povrnitev naštetih stroškov bi lahko bila mogoča le v položaju, ko potrošnik – pod določenimi predpostavkami – sam popravi ali organizira popravilo oziroma zamenjavo, povrnitev stroškov pa zahteva od prodajalca z odškodninskim zahtevkom. Iz zakonodajnega gradiva sicer ne izhaja, da bi pripravljavci zakona mislili na ta položaj.

Direktiva državam članicam dopušča podrobnejšo ureditev tega vprašanja, vendar slovenski zakonodajalec tega ni storil.⁷⁶ To pa ne pomeni, da potrošnik te možnosti v slovenskem pravu nima; splošno pogodbeno pravo je v pristojnosti državi članic. Nadomestitev zahtevka za popravilo oziroma zamenjavo z odškodninskim zahtevkom je v slovenskem pravu dopustna pod predpostavko, da je kupec prodajalca poprej obvestil in mu pustil primeren rok.⁷⁷ Kupec zahtevka za vzpostavitev skladnosti (naknadni izpolnitveni zahtevek) ne more kar takoj nadomestiti z odškodninskim zahtevkom, saj bi s tem obšel hierarhijo zahtevkov, ki jo določa SGD.⁷⁸ Primeren rok ni potreben, če iz okoliščin jasno izhaja, da prodajalec blaga ne bo popravil oziroma zamenjal. Nadaljnja predpostavka je, da so stroški vzpostavitve skladnosti glede na okoliščine v mejah razumnosti.

Za odškodninski zahtevek veljajo splošna pravila, na primer razbremenitev na podlagi čl. 240 OZ, ter načelo polne povrnitve škode, ki je omejeno z načelom predvidljivosti škode iz čl. 243(1) OZ. Glede na čl. 81 (3) ZVPot-1 se vsa škoda zaradi neskladnosti obravnava enotno – po enakih predpostavkah; ni razlikovanja med škodo in »škodo na drugih dobrinah« potrošnika iz čl. 468(2) in 468(3) OZ.

Sila nenavadno je, da so pripravljavci ZVPot-1 zahtevek za povrnitev škode zaradi neskladnosti deloma izvzeli iz ureditve časovnih okvirov zahtevkov na podlagi neskladnosti blaga s pogodbo. Medtem ko za odškodninski zahtevek velja zahteva notifikacije, pa iz čl. 87 ZVPot-1 izhaja, da se prekluzivni rok za uveljavljanje pravic nanaša le na pravice iz čl. 81(1) ZVPot-1, torej na jamčevalne zahtevke (vzpostavitev skladnosti, znižanje kupnine in razdor pogodbe), ne pa na odškodninski zahtevek iz čl. 81(3) ZVPot-1 ter na zadržanje plačila iz

⁷⁶ Glej uvodno izjavo 54 SGD.

⁷⁷ Glej čl. 265 in 266 OZ ter čl. 623(3) OZ in Možina, Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi, Pravni letopis, 2012, str. 101.

⁷⁸ Glej tudi Možina, Odškodninska odgovornost za kršitev pogodbe, Podjetje in delo, 2/2016, str. 265.

čl. 81 (2) ZVPot-1. Pripravljavci ZVPot-1 ureditve niso obrazložili. Ker za različno obravnavanje odškodninskega zahtevka in jamčevalnih zahtevkov ni razlogov, zlasti ker lahko odškodninski zahtevek pod določenimi predpostavkami nadomesti vzpostavitev skladnosti, bi lahko šlo za redakcijsko napako. Vendar pa se enaka formulacija ponovi v čl. 118(4) ZVPot-1 (prenehanje zahtevkov na podlagi neskladnosti digitalne vsebine ali storitve s pogodbo), kar kaže na zavestne korake v smeri nelogične ureditve.

2.6. Dokazno breme

ZVPot je določal obrnjeno dokazno breme glede obstoja neskladnosti v času dobave, če se neskladnost pokaže v prvih šestih mesecih po dobavi.⁷⁹ Čl. 80(1) ZVPot-1 v skladu s čl. 11(1) SGD trajanje te domneve podaljšuje na leto dni od izročitve. Domneva ne velja, če ni združljiva z naravo blaga ali naravo neskladnosti. Pri blagu z digitalnimi elementi, glede katerega pogodba predvideva nepretrgano dobavo digitalne vsebine ali storitve v določenem obdobju, mora prodajalec dokazati, da je bila digitalna vsebina ali storitev v skladu s pogodbo, če se neskladnost pokaže v dveh letih po dobavi ali v daljšem obdobju, kadar pogodba predvideva daljše obdobje (nepretrgane) dobave.⁸⁰

2.7. Regres

Končni prodajalec, ki je odgovarjal potrošniku na podlagi neskladnosti, neskladnost pa izhaja od druge osebe v verigi, ima v skladu s čl. 18 SGD pravico zahtevati povrnitev stroškov, ki jih je imel zaradi potrošnikovih zahtevkov. Določba ureja položaj podjetja nasproti podjetju (B2B). Enako določbo je vsebovala že Direktiva 99/44 (čl. 4), a je zakonodajalec ni prenesel v naše pravo. Zato je bilo za uveljavitev regresa mogoče uporabljati le splošne določbe (t. i. regres po verigi pogodb). ZVPot-1 je določbo o regresu prenesel in ga predvidel izjemno široko: prodajalec se s povrnitvenim zahtevkom lahko obrne tako na predhodno osebo v pogodbeni verigi (regres po verigi pogodb) kot tudi neposredno na odgovorno osebo (t. i. neposredni zahtevek).⁸¹ Po drugi strani je ZVPot-1 v smislu nekakšne protiuteži regresni zahtevek omejil z izjemno kratkim zastaralnim rokom treh mesecev, ki teče od prodajalčeve izpolnitve potrošnikovega zahtevka.⁸² Trimesečni zastaralni rok je za učinkovito varstvo pravic prekretek, poleg tega pa spodbuja vlaganje tožb zaradi pretrganja zastaranja tudi v položaju, ko bi stranki spor morda lahko rešili izvensodno.

⁷⁹ Glej čl. 5(3) Direktive 99/44 in čl. 37b(3) ZVPot.

⁸⁰ Glej 11(3) SGD in čl. 80(2) ZVPot-1.

⁸¹ Glej čl. 88(1) in 88(7) ZVPot-1.

⁸² Glej čl. 88(6) ZVPot-1.

3. Potrošniška pogodba o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev

3.1. Splošna ureditev odgovornosti za storitve

ZVPot-1 odgovornost za storitve najprej ureja v čl. 99–101, ureditev pa se uporablja, kolikor zakon posebnih ureditev ne ureja posebej. Takšno posebno ureditev pomeni prenos DCD v čl. 109–125 ZVPot-1.

Splošna ureditev odgovornosti za storitve, ki niso digitalne storitve, je izrazito pomanjkljiva. ZVPot-1 sicer opredeli »pogodbo o opravljanju storitev« kot B2C-pogodbo, ki ni prodajna pogodba in katere predmet je storitev. Vendar zakon pojma »storitve« ne opredeli, kar vprašanje področja uporabe pušča povsem odprto. Prav tako ne določa (subjektivnih in objektivnih) meril za skladnost opravljene storitve s pogodbo. Pojem storitve je izjemno širok; storitev je lahko na primer šiviljsko popravilo, oblikovanje pričeske, gradnja nepremičnine, delo izvedenca, odvetniško svetovanje ali prerokovanje. Ali je prav pri vseh storitvah primerno kogentno dveletno jamstvo za skladnost s pogodbo, je najmanj dvomljivo. ZVPot-1 v čl. 100(1) določa zgolj, da lahko v primeru »nepravilnosti pri opravljeni storitvi« potrošnik, ki je moral o tem poprej obvestiti podjetje, zahteva »neodplačno odpravo nepravilnosti«, »ponovno izvedbo storitve« ali »vračilo dela kupnine v sorazmerju z nepravilnostmi pri opravljeni storitvi«⁸³ ali »odstopi od pogodbe in zahteva vračilo plačanega zneska«. Omemba »neodplačnosti« le pri enem od zahtevkov je zavajajoča, saj omogoča (napačno) sklepanje, da preostali zahtevki za upnika morda niso brezplačni. V čl. 100(2) ZVPot-1 je določeno, da se »roki, ki so določeni za odgovornost prodajalca za neskladnost blaga, smiselno uporabljajo tudi za izvajalca storitve, če s posebnim zakonom ni določen daljši rok. Povrnitve škode in zadržanja plačila zakon med zahtevki ne omenja, kar je nenavadno, saj ju ureja pri odgovornosti za prodajo blaga, na katero se sicer sklicuje. ZVPot-1 tudi ne razlikuje med storitvami, ki se zagotavljajo enkratno, in tistimi, ki se zagotavljajo nepretrgano v določenem obdobju. Zdi se, da zakon ne omogoča, da bi se stranki dogovorili za krajšo obdobje odgovornosti. Drugače kot pri prodaji blaga in dobavi digitalne vsebine zakon tudi ne določa, da je razdor pogodbe izključen, če je nepravilnost neznatna, prav tako tudi ne, da izvajalec storitve ne odgovarja za neskladnost, če je naročnik zanj vedel ob sklenitvi pogodbe (oziroma bil o tem obveščen in izrecno soglašal). Tudi posledice razdora pogodbe zaradi nepravilnosti so določene nenavadno in v ostrem nasprotju z določbami OZ. Zdi se, da potrošnik lahko zahteva vračilo plačanega zneska ne glede na to, ali je z opravljeno storitvijo pridobil kakšno korist. Morebitnih razlogov za bistveno drugačno ureditev splošne odgovornosti za storitve od odgovornosti za digitalne storitve pripravljavci ZVPot-1 niso navedli.

⁸³ Pripravljavci so pravico potrošnika, da zniža kupnino (oblikovalno pravico), nerodno poimenovali po pravni posledici njene uveljavitve, pravici zahtevati »vračilo dela kupnine v sorazmerju z nepravilnostmi«. Če potrošnik še ni plačal kupnine, »vračila dela« kupnine ne more zahtevati, vseeno pa ima možnost znižati kupnino.

3.2. Pogodba o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev

Področje uporabe ureditve iz čl. 3(1) DCD je v ZVPot-1 opredeljeno le posredno; čl. 103(1) ZVPot-1 opredeljuje pogodbo o dobavi digitalne vsebine ali storitve, čl. 104 ZVPot-1 pa določa, da se poglavje uporablja tudi za pogodbo, s katero se potrošnik zaveže namesto denarnega plačila za digitalno vsebino oziroma storitev podjetju »posredovati« svoje osebne podatke (angl. *data-as-counter-performance*).⁸⁴

Čeprav se pogosto govori o tem, da je digitalna vsebina ali storitev v tem primeru za potrošnika »brezplačna«, to v resnici ne drži. Poslovni modeli, pri katerih se storitve zagotavljajo v zameno za podatke, so izjemno uspešni in dobičkonosni; podatki imajo veliko vrednost, saj omogočajo ciljano oglaševanje.

Čeprav čl. 104 ZVPot-1 govori le o potrošnikovem »posredovanju« osebnih podatkov podjetju, mora v skladu s Splošno uredbo o varstvu osebnih podatkov (GDPR)⁸⁵ potrošnik soglašati z njihovim obdelovanjem po merilih te uredbe.⁸⁶ Kot določa čl. 104 ZVPot-1 (čl. 3(1) DCD), se ureditev ne uporablja za položaje, v katerih podjetje potrošnikove podatke obdeluje izključno za namen dobave digitalne vsebine v skladu z DCD ali da izpolni pravne zahteve, ki se nanašajo nanj. Za primer izjeme bi šlo, če bi bila na primer lokacija potrošnika nujno potrebna za delovanje navigacijske aplikacije ali pa če bi bila registracija potrošnika potrebna zaradi varnosti in identifikacije.⁸⁷ DCD se tu v veliki meri opira na ureditev iz čl. 6(1)(b) in 6(1)(c) GDPR, ki v teh primerih omogoča obdelavo osebnih podatkov brez soglasja posameznika.

Zakonodajalec je sledil DCD in ni opredelil pravne narave teh transakcij. Da gre vendarle za odplačno transakcijo, je mogoče sklepati iz okoliščine, da zakonodajalec predvideva kogentno jamstvo za pravilno dobavo digitalne vsebine ali storitve.⁸⁸

Medtem ko je obveznost podjetja glede dobave digitalne vsebine ali storitve jasna in iztožljiva, pa je na obveznost potrošnika, da »posreduje« osebne podatke, prej kot na iztožljivo obveznost mogoče gledati kot na pogoj. Potrošnik lahko namreč v skladu s čl. 7(3) GDPR svoje soglasje kadarkoli prekliče oziroma umakne ali pa obdelovanju v skladu s čl. 21 GDPR ugovarja.

⁸⁴ Zdi se, da je zakonodajalec drugače kot pri potrošniški prodajni pogodbi (prim. čl. 67 ZVPot-1) pozabil izrecno prenesti določbo čl. 3(1) DCD o tem, da se ureditev uporablja za pogodbe o dobavi digitalne vsebine oziroma storitve. O področju uporabe je vendarle mogoče sklepati na podlagi čl. 103 in 104 ZVPot-1 oziroma na podlagi skladne razlage.

⁸⁵ Uredba 2016/679 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES (Splošna uredba o varstvu podatkov), UL L 119/1.

⁸⁶ Glej čl. 6(1)(a) GDPR.

⁸⁷ Staudenmayer, v: Schulze, Staudenmayer (ur.), EU Digital Law (2020), art. 3 DCD, str. 72, r. št. 60. Glej tudi čl. 6(1)(b) in 6(1)(c) GDPR, ki v teh primerih ne zahteva soglasja posameznika.

⁸⁸ Prim. čl. 100 OZ.

Ideja potrošnikovega »trgovanja« z osebnimi podatki po eni strani zbuja nelagodje, po drugi strani pa ni mogoče zanikati velike gospodarske vrednosti osebnih podatkov in izjemne razširjenosti poslovnih modelov, ki temeljijo na njihovi uporabi za ciljano oglaševanje. Razlogi za širitev področja uporabe direktive na to področje so torej predvsem pragmatični. Zakonodajalec želi predvsem izenačiti položaja potrošnikov, ki vsebino oziroma storitve »plačujejo« s podatki, in potrošnikov, ki plačujejo z denarjem.⁸⁹

Čeprav se poglavje zakona o pogodbi o dobavi digitalne vsebine ali storitve začne z obsežnimi definicijami pojmov v čl. 103 ZVPot-1, vključno s pojmom pogodbe o dobavi digitalne vsebine ali storitve, sta pojma digitalne vsebine in digitalne storitve opredeljena na začetku zakona, v čl. 4, tč. 4 in 3, ZVPot-1. Takšna zakonodajna tehnika ne prispeva k preglednosti ureditve.

Digitalna vsebina so podatki, ki nastanejo in so dobavljeni v digitalni obliki; sem spadajo na primer računalniški programi, aplikacije, slikovne in zvočne datoteke, digitalne igre in elektronske knjige in druge elektronske publikacije.⁹⁰

Digitalne storitve so storitve, ki potrošniku omogočajo ustvarjanje, obdelavo ali hrambo oziroma dostop do podatkov v digitalni obliki ter njihovo izmenjavo ali drugo obliko interakcije. Sem spadajo na primer izmenjava (*sharing*) zvočnih in/ali slikovnih vsebin, podatkovno gostovanje, urejanje besedil, igre v računalniškem oblaku, pa tudi uporaba družabnih omrežij.⁹¹

Čl. 105 ZVPot-1 (čl. 3(4) DCD) s področja uporabe ureditve izvzema nekatere kategorije pogodb, kot na primer pogodbe o igrah na srečo, pogodbe o finančnih storitvah in pogodbe o odprtokodni programski opremi, za katero potrošnik ne plača kupnine.

3.3. Potrošnikovi zahtevki v primeru zamude z izpolnitvijo (ZVPot-1: »nedobave«)

V skladu s čl. 13 DCD je zakonodajalec v čl. 107 in 108 ZVPot-1 opredelil zahtevke potrošnika »v primeru nedobave«, kar v obligacijskem pravu sicer imenujemo zamuda oziroma neizpolnitev. Umestitev teh določb ni najbolj posrečena, saj ZVPot-1 določa splošna pravila za primer »zamude z izpolnitvijo« že v čl. 26–34 ZVPot-1 (V. poglavje).⁹² Posebna pravila za pogodbe o dobavi digitalne vsebine oziroma storitve bi bilo smiselno umestiti tja.

⁸⁹ Staudenmayer, v: Schulze, Staudenmayer (ur.), EU Digital Law (2020), art. 3 DCD, str. 72, r. št. 46.

⁹⁰ Glej uvodno izjavo 19 DCD.

⁹¹ Prav tam.

⁹² Pripravljavci ZVPot-1 so bili tudi v tem poglavju inovativni glede terminologije: poleg doslej znane »izpolnitve« oziroma »izpolnjevanja« obveznosti so v slovensko pravo uvedli nov izraz: »plačilo« oziroma »plačevanje« obveznosti (čl. 31 ZVPot-1). Nov je tudi izraz »plačilo predplačila« iz čl. 34 (2) ZVPot-1.

Čl. 107 ZVPot-1 postavlja pravilo o zapadlosti obveznosti podjetja za primer, da se o tem nista dogovorili stranki: podjetje mora digitalno vsebino ali storitev dobaviti »brez nepotrebnega odlašanja«. V primeru zamude (»nedobave«) lahko potrošnik v skladu s čl. 108(1) ZVPot-1 podjetje »pozove k dobavi«, tj. uveljavlja izpolnitveni zahtevek. Kot izhaja iz čl. 108 (2) ZVPot-1, se lahko ob pozivu k dobavi s podjetjem »izrecno« dogovori za dodatni rok. Če podjetje po pozivu ne dobavi »brez nepotrebnega odlašanja« ali v dodatnem roku, če je bil slednji dogovorjen, lahko potrošnik pogodbo razdre (ZVPot-1: »odstopi« od pogodbe).

V skladu s čl. 108(3) ZVPot-1 lahko potrošnik takoj, tj. ne glede na rok »brez nepotrebnega odlašanja« oziroma dogovorjeni dodatni rok, razdre pogodbo v dveh položajih: če je podjetje izjavilo ali je sicer očitno, da digitalne vsebine oziroma storitve ne bo dobavilo, ali če sta se stranki dogovorili oziroma je na podlagi okoliščin očitno, da je dogovorjen čas dobave za potrošnika bistvenega pomena (da gre torej za fiksni posel). Potrošnik uveljavi razdor z izjavo podjetju,⁹³ kar je drugače od razdora na podlagi samega zakona (*ipso facto*), ki je predviden v čl. 104(1) in 105(3) OZ.

Ta ureditev se nekoliko razlikuje od splošne ureditve v čl. 26 ZVPot-1 in nasl. Po splošni ureditvi mora, če stranki ne določita roka za izpolnitev obveznosti (zapadlost), podjetje svojo obveznost izpolniti v 30 dneh po sklenitvi pogodbe.⁹⁴ Če obveznosti ne izpolni v dogovorjenem roku ali v 30 dneh, lahko potrošnik razdre pogodbo le, če najprej določi »primeren dodatni rok«; ne zadošča torej le »poziv k izpolnitvi«, kot velja pri pogodbah o dobavi digitalne vsebine oziroma storitve.

3.4. Merila skladnosti s pogodbo

Ureditev meril skladnosti s pogodbo o dobavi digitalne vsebine oziroma storitve v čl. 109–115 ZVPot-1 se opira na ureditev meril skladnosti blaga s potrošniško prodajno pogodbo iz čl. 71–77 ZVPot-1. Razdeljena so na subjektivna merila, tj. odstopanje od dogovorjenih lastnosti (čl. 110 ZVPot-1), in objektivna merila skladnosti s pogodbo, tj. odstopanje od običajnih oziroma razumno pričakovanih lastnosti (čl. 111 ZVPot-1). Glede slednjih se upoštevajo tudi morebitne javne izjave prodajalca ali drugih oseb v pogodbeni verigi, z možnostjo razbremenitve.⁹⁵ Zadoščeno mora biti tako subjektivnim kot objektivnim merilom skladnosti. Med objektivna merila skladnosti spada tudi zahteva po posodabljanju digitalne vsebine ali storitve (čl. 112 ZVPot-1). Tudi tu direktiva in zakon razlikujeta med pogodbami, pri katerih se digitalna vsebina oziroma storitev dobavi enkrat ali gre za niz posameznih dobav, ter

⁹³ To izhaja iz čl. 108(2) in 208(3) ZVPot-1, pa tudi iz čl. 120(5) ZVPot-1 (razdor z izjavo v primeru neskladnosti).

⁹⁴ Glej čl. 18(1) Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov.

⁹⁵ Glej čl. 111(4) ZVPot-1 in čl. 8(1)(b) DCD.

pogodbami, ki predvidevajo nepretrgano dobavo v določenem obdobju.⁹⁶ V prvem primeru se posodabljanje, potrebno za ohranjanje skladnosti s pogodbo, zagotavlja v obdobju, ki ga potrošnik lahko razumno pričakuje, v drugem pa v obdobju, ki ga določa pogodba. Če obdobje zagotavljanja nepretrgane dobave ni omejeno, kot na primer pri članstvu oziroma uporabi družabnih omrežij, tudi obdobje posodabljanja ni omejeno.

Določbi o tem, da podjetje ne odgovarja za skladnost, če je bil potrošnik vnaprej posebej obveščen o njej ter jo je izrecno in ločeno sprejel (čl. 113 ZVPot-1), ter o tem, da se enako kot neskladnost digitalne vsebine ali storitve obravnava tudi neskladnost zaradi nepravilne integracije, ki jo je opravljalo podjetje ali pa je do neskladnosti prišlo zaradi pomanjkljivih navodil za integracijo, ki jih je zagotovilo podjetje (čl. 114 ZVPot-1), sta vsebinsko skladni z določbama pri potrošniški prodaji (čl. 75 in 76 ZVPot-1), njuno ponavljanje pa se zdi odveč.

Enako velja za določbo o omejitvah uporabe digitalne vsebine zaradi pravic tretjih oseb, zlasti pravic intelektualne lastnine (prim. čl. 115 in 77 ZVPot-1). Pomen določbe je pri digitalni vsebini, ki tipično vsebuje neko obliko avtorsko varovanega gradiva, ki ga lahko potrošniki uporabljajo le z ustrezno licenco, razmeroma velik. Pogosto so digitalni proizvodi tudi tehnično za-varovani tako, da jih lahko potrošnik uporablja le z licenco.⁹⁷ Slednjo lahko podjetju posreduje podjetje (potrošnikov sopogodbеник), ki jo je pridobil od imetnika pravic, ali pa imetnik pravic neposredno s potrošnikom sklene t. i. *end-user-license-agreement* (EULA).⁹⁸ Če tretja oseba z varovanjem svojih pravic omejuje ali izključuje potrošnikovo uporabo digitalne vsebine ali storitve, lahko potrošnik proti podjetju uveljavlja zahtevke na podlagi neskladnosti s pogodbo.⁹⁹

3.5. Časovni okviri odgovornosti podjetja in dokazno breme glede neskladnosti

V zvezi z jamčevalnim rokom DCD razlikuje med pogodbami, ki predvidevajo enkratno dobavo digitalne vsebine oziroma storitve ali niz posameznih dobav, ter pogodbami, ki predvidevajo nepretrgano dobavo v določenem obdobju. V prvem primeru je relevantna neskladnost, ki obstaja v času dobave in se lahko pokaže v dveh letih od dobave. V drugem primeru pa podjetje ne glede na obstoj neskladnosti v času dobave odgovarja za neskladnost, ki se pokaže v dogovorjenem obdobju.¹⁰⁰

⁹⁶ Glej čl. 8(2) DCD.

⁹⁷ Glej na primer Rosenkranz, v: Schulze, Staudenmayer (ur.), EU Digital Law (2020), art. 10 DCD, str. 185, r. št. 2 in nasl.

⁹⁸ Prav tam.

⁹⁹ Glej uvodno izjavo 53 DCD.

¹⁰⁰ Čl. 116(2) ZVPot-1 in čl. 11(2) DCD ter čl. 116(3) ZVPot-1 in čl. 11(3) DCD.

Kot že rečeno, lahko potrošnik uveljavlja zahtevke v prekluzivnem roku dveh let, ki začne teči ob notifikaciji napak.¹⁰¹ Tako kot pri potrošniški prodaji (čl. 87 ZVPot-1) ta omejitev velja le za »jamčevalne zahtevke« (vzpostavitev skladnosti, znižanje cene in razdor pogodbe), ne pa tudi za odškodninski zahtevek.

Tudi v zvezi s pravilom o obrnjenem dokaznem bremenu DCD in ZVPot-1 razlikujeta med pogodbami z enkratno dobavo ali nizom posameznih dobav ter pogodbami, ki predvidevajo nepretrgano dobavo v določenem obdobju.¹⁰² Če se pri prvem tipu pogodb neskladnost pokaže v prvem letu po dobavi, se vzpostavi (izpodbojna) domneva, da je obstajala že ob dobavi.¹⁰³ Pri drugem tipu pogodb pa je dokazno breme glede skladnosti s pogodbo celotno obdobje na podjetju.¹⁰⁴ Tako pri prvem kot pri drugem tipu pogodbe pa dokazno breme ni obrnjeno, če podjetje dokaže, da digitalno okolje potrošnika ni združljivo s tehničnimi zahtevami za digitalno vsebino ali storitev, ter je o teh zahtevah potrošnika jasno in razumljivo obvestilo že pred sklenitvijo pogodbe.¹⁰⁵

3.6. Notifikacija neskladnosti s pogodbo

SGD notifikacije kot predpostavke za uveljavljanje potrošnikovih zahtevkov ne predpisuje, vendar državam članicam omogoča, da se zanjo odločijo, DCD pa notifikacije ne ureja. Iz uvodne izjave 11 DCD jasno izhaja, da države članice ne smejo predpisati obveznosti potrošnika, da podjetje v določenem roku obvesti o neskladnosti.¹⁰⁶

Kljub temu so pripravljavci ZVPot-1 notifikacijo predpisali posredno, s tem ko so v čl. 118(4) ZVPot-1 začetek teka (dveletnega) prekluzivnega roka za uveljavljanje potrošnikovih zahtevkov vezali na notifikacijo neskladnosti. Kršitvi DCD so se poskušali izogniti s tem, da za notifikacijo niso predpisali roka.¹⁰⁷ Po drugi strani zahteva po notifikaciji brez časovne omejitve ni posebej smiselna; potrošnik jo bo izpolnil že s tem, da bo uveljavljal katerega od svojih zahtevkov. Da bi potrošnik z uveljavljanjem zahtevka sprožil dveletni prekluzivni rok, v katerem lahko uveljavlja zahtevek, je sprto z logiko. Kot kaže, so pripravljavci zakona želeli predvsem za vsako ceno ohraniti sistem dveh prekluzivnih rokov, ki omejujejo zahtevke potrošnika

¹⁰¹ Čl. 118(4) ZVPot-1.

¹⁰² Čl. 12 DCD in čl. 117 ZVPot-1.

¹⁰³ Čl. 12(2) Direktive 2019/770 in čl. 117(2) ZVPot-1.

¹⁰⁴ Čl. 12(3) Direktive 2019/770 in čl. 117(3) ZVPot-1.

¹⁰⁵ Čl. 12(4) Direktive 2019/770 in čl. 117(4) ZVPot-1.

¹⁰⁶ Glej tudi Schulze, v: Schulze, Staudenmayer (ur.), EU Digital Law (2020), art. 1 DCD, str. 38, r. št. 24.

¹⁰⁷ Glej Predlog ZVPot-1 z dne 12. 7. 2022 (EVA: 2015-2130-0005), str. 159.

(jamčevalni rok in rok za uveljavljanje pravic) iz OZ in ZVPot, ne da bi se kaj dosti ukvarjali z vprašanjem smiselnosti ureditve ter funkcije notifikacije in roka za uveljavljanje pravic.¹⁰⁸

3.7. Potrošnikov umik soglasja za obdelavo osebnih podatkov

Kot že rečeno, lahko potrošnik v položaju, ko namesto denarnega plačila »posreduje« osebne podatke in soglaša z njihovim obdelovanjem, svoje soglasje na podlagi čl. 7(3) GDPR kadarkoli umakne. Nadaljnji obstoj pogodbe o dobavi digitalne vsebine ali storitve v zameno za osebne podatke (*data-as-counter-performance*) se tedaj postavi pod vprašaj. Direktiva se do tega problema ni opredelila, pripravljavci ZVPot-1 pa so uveljavili enako rešitev, kot jo pozna nemško pravo: podjetje ima v tem primeru pravico odstopiti od pogodbe.¹⁰⁹ Ker potrošnikova pravica umika soglasja temelji na GDPR, z umikom potrošnik ne krši svojih obveznosti, posledično pa so izključeni odškodninski zahtevki.¹¹⁰ Odstopno upravičenje ne pomeni sankcije za potrošnikovo kršitev pogodbe, pa tudi ne »odstopa« v smislu pravice premisliti si brez navajanja razloga; gre za posebno upravičenje, s katerim lahko podjetje reagira na položaj, ki nastane s potrošnikovim umikom soglasja. Če meni, da nadaljevanje pogodbe brez možnosti uporabe potrošnikovih osebnih podatkov zanj ni smiselno, lahko od pogodbe odstopi. Prenehanje pogodbe učinkuje za naprej.¹¹¹ Pravilo iz čl. 121(1) ZVPot-1 o razvezi s takojšnjim učinkom v primeru, da bi zakonski ali dogovorjeni »odpovedni« rok pomenil nesorazmerno breme za podjetje, napotuje na tehtanje interesov strank ob presoji upravičenosti morebitnega odpovednega roka. Za primer odstopa je zakonodajalec v čl. 121(1) ZVPot-1 predpisal, da se osebni podatki v tem primeru »vrnejo« potrošniku ali se v dogovoru z njim zbršejo oziroma uničijo, s čimer je, čeprav pravico potrošnika do izbrisa podatkov ureja že čl. 17 GDPR, želel celovito urediti posledice potrošnikovega umika soglasja za obdelovanje osebnih podatkov.¹¹²

3.8. Zahtevki v primeru neskladnosti digitalne vsebine oziroma storitve s pogodbo

Potrošnikovi zahtevki

Ureditev zahtevkov potrošnika v primeru neskladnosti digitalne vsebine ali storitve s pogodbo je v bistvenem delu enaka ureditvi zahtevkov zaradi neskladnosti s pogodbo o prodaji. »Jam-

¹⁰⁸ Več: Možina, Predpostavke in časovni okvirji odgovornosti prodajalca za stvarne napake, Podjetje in delo, 3-4/2008, str. 407.

¹⁰⁹ Glej čl. 121 ZVPot-1, §. 327q BGB in Renko, Nova ureditev potrošnikovih pravic v primeru dobave digitalnih vsebin in storitev, Pravni letopis 2022, str. 163.

¹¹⁰ Čl. 121(2) ZVPot-1.

¹¹¹ Predlog ZVPot-1 z dne 12. 7. 2022 (EVA: 2015-2130-0005), str. 161.

¹¹² Predlog ZVPot-1 z dne 12. 7. 2022 (EVA: 2015-2130-0005), str. 162.

čevalni zahtevki« potrošnika so razdeljeni na dve ravni. V skladu s čl. 120(1) ZVPot-1 mora potrošnik najprej zahtevati vzpostavitev skladnosti s pogodbo (v tem primeru za razliko od čl. 81(1) ZVPot-1 brez dodatka »brezplačno«),¹¹³ pogodbo pa lahko razdre ali zniža ceno šele v naslednjih primerih: če ne more zahtevati vzpostavitve skladnosti s pogodbo (nemožnost ali nesorazmernost), če jo je zahteval, a je ni dobil v razumnem roku in brez znatnih neprijetnosti, če je podjetje poskusilo vzpostaviti skladnost, a mu ni uspelo, če je očitno, da podjetje v razumnem roku in brez znatnih neprijetnosti ne bo vzpostavilo skladnosti, in če je narava neskladnosti tako resna, da upravičuje takojšnje znižanje cene ali razdor pogodbe.¹¹⁴

Sorazmerno znižanje cene (ZVPot-1: »kupnine«, čeprav ne gre za prodajno pogodbo) je možno le v pogodbi, pri kateri je potrošnik digitalno vsebino ali storitev plačal z denarjem, ne pa tudi, če je v zameno posredoval osebne podatke. Razdor pogodbe, pri kateri je plačal z denarjem, je mogoč le, če neskladnost ni neznatna.¹¹⁵ Ker pri pogodbi, kjer so bili namesto denarja posredovani osebni podatki, potrošnik ne more znižati kupnine, je razumljivo, da razdor ni odvisen od drugih predpostavk – razen tistih iz čl. 120(1) ZVPot-1 za prehod na drugo raven zahtevkov.¹¹⁶ Glede na zakon potrošnik razdre pogodbo in zadrži plačilo z izjavo podjetju;¹¹⁷ enako mora veljati tudi za znižanje cene.

Poleg tega lahko potrošnik zahteva tudi povrnitev škode in, če še ni plačal cene, zadrži plačilo.¹¹⁸ DCD ne omenja možnosti potrošnikove zavrnitve neskladne dobave digitalne vsebine ali storitve. Pisci menijo, da bi omogočanje zavrnitve lahko nasprotovalo direktivi.¹¹⁹

V zvezi z ureditvijo odškodninskega zahtevka je nenavadno dvojje. V oči pade najprej, da zakonodajalec v čl. 118(2) ZVPot-1 omenja povsem drugačne primere povrnitve škode kot v čl. 81(3) ZVPot-1; povrnila naj bi se »zlasti« škoda na potrošnikovi strojni opreми ali drugi digitalni vsebini ali storitvi v lasti potrošnika (tj. refleksna škoda oziroma škoda na drugih dobrinah). Zakon določa nadaljnji pogoj, da »povzročitev škode« ni posledica potrošnikovega ravnanja. Kljub različnim primerom za povrnitev škode pri prodaji blaga in pri dobavi digitalne vsebine oziroma storitev so predpostavke odškodninskega zahtevka v obeh položajih enake. Zakon še določa, da se za povrnitev škode uporabljajo »splošna pravila«, kar bi sicer veljalo v vsakem primeru. Odgovornost za škodo, ki jo je povzročil upnik sam, je izključena že na podlagi čl. 244 OZ, zato se zdi posebna določba o tem odveč. Poleg tega je v skladu s splo-

¹¹³ Vzpostavitev skladnosti mora biti za potrošnika v vsakem primeru brezplačna.

¹¹⁴ Glej tudi čl. 14 DCD.

¹¹⁵ Glej čl. 120(4) ZVPot-1 in čl. 14(6) DCD.

¹¹⁶ Gsell, v: Schulze, Staudenmayer (ur.), EU Digital Law (2020), art. 14 DCD, str. 264, r. št. 67.

¹¹⁷ Glej čl. 118(3) in 120(5) ZVPot-1.

¹¹⁸ Čl. 118(2) in 118 (3) ZVPot-1.

¹¹⁹ Glej Fervers, v: Schulze, Staudenmayer (ur.), EU Digital Law (2020), art. 13 DCD, str. 238, r. št. 56.

šnimi pravili odgovornost za poslovno škodo v vsakem primeru omejena na škodo, ki je bila za dolžnika vnaprej predvidljiva.¹²⁰ Druga nenavadna in že omenjena značilnost odškodninskega zahtevka pa so njegovi časovni okviri; tako kot čl. 87 ZVPot-1 (potrošniška prodaja) tudi čl. 118 (4) ZVPot-1 določa, da dveletni prekluzivni rok velja le za »jamčevalne zahtevke«, ne pa tudi za povrnitev škode in zadržanje plačila. Kot časovna omejitev odškodninskega zahtevka zato pride v poštev le zastaralni rok. Tudi ni nobenega razloga za razlikovanje časovnih okvirov zahtevkov.

Posledice razdora pogodbe

Posledice razdora pogodbe so določene v čl. 122–125 ZVPot-1 oziroma čl. 16–18 DCD. Podjetje mora potrošniku vrniti opravljena plačila. Če je bila del časa izvajanja pogodbe skladnost s pogodbo zagotovljena, mora podjetje vrniti sorazmeren del cene, tj. le za čas, ko skladnost digitalne vsebine oziroma storitve s pogodbo ni bila zagotovljena.¹²¹ Da razdor pri trajajočih pogodbah ne učinkuje na obdobje, ko je bila skladnost s pogodbo zagotovljena, potrošnik pa je za uporabo digitalne vsebine oziroma storitve plačal ceno, je tudi v skladu s splošnim pogodbenim pravom.¹²² Podjetje mora vrniti plačilo v 14 dneh od razdora pogodbe z uporabo istega plačilnega sredstva. Če je potrošnik namesto plačila v denarju podjetju dovolil uporabo osebnih podatkov, vračanja v denarju ni.

Razdor pogodbe učinkuje tudi kot umik soglasja za obdelavo osebnih podatkov iz čl. 7(3) GDPR.¹²³ V skladu s čl. 16(2) DCD je za nadaljnjo usodo potrošnikovih osebnih podatkov merodajna GDPR. Slovenski zakonodajalec je na prenos čl. 16(2) DCD morda pozabil, a to ne spreminja pravnega položaja, saj se uredba uporablja neposredno. Potrošnik ima med drugim pravico do izbrisa osebnih podatkov (čl. 17 GDPR) ter pravico do prejema osebnih podatkov v strukturirani, splošno uporabni in strojno berljivi obliki ter do njihovega posredovanja drugemu upravljavcu (čl. 20 GDPR). Po razdoru podjetje ne sme uporabljati tudi nobene druge vsebine (ki ni osebni podatek), ki jo je zagotovil oziroma ustvaril potrošnik, na primer pisanje ali posnete fotografije.¹²⁴

Čl. 124(1) ZVPot-1 v skladu s čl. 16(3) DCD določa nekaj izjem, ko lahko podjetje takšno vsebino vendarle uporablja naprej: če je zunaj okvira vsebine oziroma storitve, ki jo zagotavlja podjetje, ni mogoče uporabiti (na primer vsebina, nastala ob uporabi računalniške igre), če

¹²⁰ Glej čl. 243(1) ZVPot-1.

¹²¹ Čl. 16(1) Direktive 2019/770 in čl. 122 ZVPot-1.

¹²² Glej Možina, Razdor, odpoved in odstop od pogodbe, Pravni letopis 2011, str. 66.

¹²³ Glej Twigg-Flesner, v: Schulze, Staudenmayer (ur.), EU Digital Law (2020), art. 16 DCD, str. 287, r. št. 34.

¹²⁴ Glej čl. 124(1) ZVPot-1 in uvodno izjavo 69 ter čl. 16(3) DCD ter Metzger, v: Münchener Kommentar zum BGB, 9. izd. (2022), §. 327p, r. št. 7.

je podjetje to vsebino združilo z drugimi podatki in je ni več mogoče ločiti oziroma bi bil za to potreben nesorazmeren napor, če vsebina zadeva le dejavnost potrošnika pri uporabi digitalne vsebine oziroma storitve in če so vsebino skupaj ustvarili potrošnik in drugi ter lahko drugi to vsebino še naprej uveljavljajo (na primer prispevki v diskusijah, ki se nanašajo na druge prispevke oziroma avtorje; dokumenti, ki jih je ustvarilo več oseb).¹²⁵ Če potrošnik zahteva, mu mora podjetje brezplačno in v splošno berljivi obliki dati na voljo vso vsebino, ki jo je ustvaril.¹²⁶ Seveda tudi potrošnik po razdoru ne sme več uporabljati digitalne vsebine ali storitve, prodajalec pa mu lahko nadaljnjo uporabo tudi tehnično prepreči.¹²⁷

3.9. Regres

Ureditev regresa v čl. 127 ZVPot-1 za primer, da je imelo podjetje stroške z izpolnjevanjem potrošnikovih zahtevkov, neskladnost pa izvira od druge osebe v distribucijski verigi, je v bistvenem enaka kot v čl. 88 ZVPot-1 (potrošniška prodajna pogodba), ponavljanje obsežne določbe pa se zdi odveč.

3.10. Spremembe digitalne vsebine ali storitve

Digitalna vsebina in digitalne storitve se hitro spreminjajo. Podjetja stalno nadgrajujejo in posodablajo digitalno vsebino, praviloma so takšne spremembe tudi v interesu potrošnikov. Nekatere izmed sprememb (posodabljanje) so namenjene ohranjanju skladnosti s pogodbo in pomenijo obveznost podjetja na podlagi čl. 112 ZVPot-1 oziroma čl. 8 DCD. S spremembami pogodbe, ki presegajo obveznost posodabljanja, pa bi morali načeloma soglašati obe stranki. Vendar čl. 126 ZVPot-1 oziroma čl. 19 DCD pod določenimi predpostavkami podjetju dovoljujeta enostranske spremembe, potrošniku pa dajeta pravico razdreti pogodbo (ZVPot-1: »odstopiti« od pogodbe), če te spremembe znatno negativno vplivajo na dostop ali uporabo digitalne vsebine ali storitve.

Spremembe so dovoljene v položaju, kjer se digitalna vsebina oziroma storitev dobavlja v daljšem obdobju (na primer uporaba družabnega omrežja ali storitve v oblaku). Druge predpostavke za dopustnost sprememb so, da že pogodba opredeljuje možnost spremembe in razlog zanjo, nadalje, da sprememba potrošniku ne prinaša dodatnih stroškov, in končno, da je potrošnik vnaprej na jasn in razumljiv način obveščen o spremembi. Kadar te spremembe negativno vplivajo na dostopnost ali uporabnost digitalne vsebine ali storitve, mora biti potrošnik vnaprej in v obliki trajnega nosilca podatkov obveščen o možnosti razdora pogodbe

¹²⁵ Glej na primer Metzger, v: Münchener Kommentar zum BGB, 9. izd. (2022), §. 327p, r. št. 8.

¹²⁶ Čl. 124(2) in 124(3) ZVPot ter čl. 16(4) DCD.

¹²⁷ Čl. 125 ZVPot-1 in čl. 16 (5) DCD.

oziroma o alternativni možnosti, da obdrži digitalno vsebino ali storitev v različici brez spremembe, kolikor je skladna s pogodbo. Morebiten negativni vpliv na dostopnost ali uporabo se presoja objektivno, pri tem pa se upoštevajo narava in namen ter druge lastnosti digitalne vsebine oziroma storitve.¹²⁸ Možnost razdora preprečuje arbitrarne spremembe pogodbe v breme potrošnika. Razdor potrošniku ne sme prinašati stroškov. Zaradi pravne varnosti lahko potrošnik pogodbo razdre le v 30 dneh, odkar je obveščen o spremembi.

4. Sklep

Prenos Direktive 2019/771 o potrošniški prodaji (SGD) ter Direktive 2019/770 o pogodbi o dobavi digitalne vsebine in storitev (DCD) v slovensko pravo prinaša obsežno novo ureditev izpolnitve prodajne pogodbe ter pogodbe o dobavi digitalne vsebine in storitev s stvarno ali pravno napako (»neskladnost s pogodbo«). Zakonodajalec je direktivi, ki sta sicer po strukturi in vsebini zelo podobni, deloma pa enaki, prenesel tako, da je vsebino vsake od njiju prenesel v svoj sklop določb, SGD v čl. 71–88, DCD pa v čl. 103–127 ZVPot-1. Kar nekaj določb se pri tem skoraj dobesedno ponavlja. Direktivi zasledujeta popolno harmonizacijo. Kjer je bilo to vendarle mogoče, so pripravljavci ZVPot-1 poskušali v največji možni meri vztrajati pri konceptih in rešitvah OZ.

Ureditev prinaša vrsto novosti. Urejena je denimo pogodba o dobavi digitalne vsebine ali storitve, pa tudi prodaja z digitalnimi elementi – gre za usklajevanje potrošniškega prava s tehnološkim razvojem. V tem smislu velja opozoriti zlasti na določbe o posodabljanju digitalnih vsebin in digitalnih storitev. Poleg tega prenos direktiv prinaša več novosti tudi glede na prejšnjo ureditev potrošniške prodaje v ZVPot ter splošno obligacijsko pravo v OZ. Omeniti velja na primer natančno urejeno hierarhijo zahtevkov potrošnika v primeru neskladnosti blaga oziroma digitalne vsebine ali storitve s pogodbo, ki se razlikuje od tiste v določbah OZ o stvarni napaki pri prodajni pogodbi in v starem ZVPot. Kupčev zahtevek za popravilo ali zamenjavo (ZVPot-1: »vzpostavitev skladnosti«) ima prednost. Potrošnik lahko razdre pogodbo ali zniža ceno le pod natančno določenimi predpostavkami, na primer če ne more zahtevati popravila ali zamenjave, ker sta nesorazmerni, ali če je zahteval popravilo ali zamenjavo, pa ju ni dobil v primernem roku in brez znatnih nevšečnosti. V primerjavi s prej veljavno Direktivo 99/44 je novost med drugim, da lahko kupec razdre pogodbo, ne da bi dal prodajalcu priložnost za popravilo ali zamenjavo, tudi tedaj, kadar je narava neskladnosti tako resna, da upravičuje takojšen razdor oziroma znižanje cene.

Prenos direktiv v slovensko pravo ni bil najbolje pripravljen, v ZVPot-1 pa se je prikradlo precej napak. V oči bode tudi žalostno nizka raven uporabe slovenskega jezika in vrsta prime-

¹²⁸ Glej uvodno izjavo 75 DCD.

rov nejasnih, nelogičnih in nepreglednih določb. Nadaljuje se obžalovanja vreden trend slabe nomotehnične kakovosti zakona o varstvu potrošnikov, ki je zanj značilen že od prve različice v letu 1998.¹²⁹ Omeniti je treba tudi več primerov prezrtih povezav z OZ. Med primeri napak je mogoče navesti uvedbo novega razdornega upravičenja v čl. 83(2) ZVPot-1 za primer, da se neskladnost pokaže v 30 dneh po izročitvi, ki je direktiva (SGD) na način, kot ga je uresničil slovenski zakonodajalec, ne dopušča, in vzpostavitev različnih časovnih okvirov za uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov (vzpostavitev skladnosti, razdor, znižanje cene) ter zahtevka za povrnitev škode v čl. 87 in 118(4) ZVPot-1, za katero ni razlogov.

S prenosom obeh direktiv se je še bolj povečal razkorak med pravno ureditvijo v OZ in v ZVPot-1. V prihodnosti se bo treba vprašati, ali za vse razlike v ureditvah prodajne in drugih pogodb obstajajo utemeljeni razlogi, oziroma bi kazalo razmisliti tudi o prilagoditvi splošnega pogodbenega prava razvojnim značilnostim, ki jih nakazujeta direktivi.

¹²⁹ Glej na primer Možina, Kaj je narobe z Zakonom o varstvu potrošnikov?, Podjetje in delo, 6-7/2012, str. 1437.

Pregledni znanstveni članek
UDK 366.542:061.1EU

Sankcioniranje kršitev prava varstva potrošnikov

PETRA WEINGERL
doktorica pravnih znanosti,
MJur, DPhil (Oxford),
izredna profesorica na Pravni fakulteti
Univerze v Mariboru

1. Uvod*

Evropska unija se ponaša z visoko ravni varstva potrošnikov, ki ima svojo podlago že na ravni primarnega prava EU (člen 12 Pogodbe o delovanju Evropske unije, člen 38 Listine EU o temeljnih pravicah), konkretizirana pa je s številnimi akti sekundarnega prava. Tako primarno kot sekundarno pravo EU razlaga Sodišče EU, zato je za pravilno razumevanje prava varstva potrošnikov¹ ključno tudi spremljanje sodne prakse Sodišča EU. Vendar pa zgolj obstoj potrošniških pravic ni dovolj za pravilno delovanje trga, saj je ključno, da se te izvršujejo tudi v praksi.

Namen prispevka je predstaviti pravni okvir, ki je namenjen sankcioniranju kršitev pravil prava varstva potrošnikov, s poudarkom na ZVPot-1.² Sankcioniranje za potrebe tega prispevka zajema pravna sredstva v okviru upravnega prava (na primer upravne globe), prekrškovnega prava (na primer kazni oziroma globe za prekrške) in civilnopravne sankcije (na primer odškodnine). Gre za dinamično pravno področje, saj so nekatere novosti v veljavi šele od leta 2022, konkretno civilnopravno varstvo v primeru nepoštenih poslovnih praks, nekatere novosti pa se šele pripravljajo. Tradicionalno so pravni akti EU za kršitve zakonodaje s področja varstva potrošnikov (na primer nepošteni pogodbeni pogoji, nepoštene poslovne prakse ipd.) predpisovali javnopravne sankcije. Novosti pa se osredotočajo na krepitev varstva z novimi civilnopravnimi sankcijami, ki jih predpisuje sekundarna zakonodaja EU. Obe obliki varstva imata isti cilj:

* Prispevek je bil pripravljen v okviru projekta ARIS Z5-3220 in modula Jean Monnet Fundamental Rights in EU Business Law and Policy (FURBUS).

¹ Glede razlike med potrošniškim pravom in pravom varstva potrošnikov glej Micklitz 2012.

² Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot-1), Ur. l. RS, št. 130/22.

odvračilni učinek na trgovca. Ta prispevek se osredotoča na upravno in kazensko varstvo, na civilnopravno varstvo pa le v okviru novosti na področju nepoštenih poslovnih praks.

2. Od nacionalne procesne avtonomije do poudarka na preventivnem učinku sankcij

Na samem začetku evropskega (ekonomskega) povezovanja potrošniška politika ni bila med prednostnimi politikami držav članic. Rimska pogodba, ki je začela veljati leta 1958, se je zgolj petkrat izrecno sklicevala na potrošnike, ki jih je t. i. evropska ekonomska ustava³ razumela kot pasivne udeležence na skupnem trgu, ki imajo od sodelovanja na trgu koristi v obliki večje izbire, nižjih cen in večje kakovosti izdelkov in storitev.⁴ Šele z Maastrichtsko pogodbo iz leta 1992 je bila izrecno kodificirana pristojnost EU na področju varstva potrošnikov. Danes igrajo potrošniki eno osrednjih vlog na notranjem trgu EU.

Tradicionalno je sekundarno pravo EU urejalo materialne pravice potrošnikov, pravila sankcioniranja kršitev teh pravic in procesna pravila za njihovo uveljavljanje pa so bila prepuščena nacionalnim pravnim redom. Podlago za to najdemo že v primarnem pravu EU. Tako prvi odstavek 19. člena Pogodbe o Evropski uniji (PEU) določa, da so države članice tiste, ki vzpostavijo pravna sredstva, potrebna za zagotovitev učinkovitega pravnega varstva na področjih, ki jih ureja pravo EU. To je danes dopolnjeno z Listino EU o temeljnih pravicah, ki določa, da ima vsakdo, ki so mu kršene pravice in svoboščine, zagotovljene s pravom EU, pravico do učinkovitega pravnega sredstva pred nepristranskim sodiščem (člen 47 Listine). To je dopolnjeno z načelom lojalnega sodelovanja, ki je kodificirano v tretjem odstavku 4. člena PEU.

Kjer ni določb EU, ki bi harmonizirala pravila sankcioniranja, se pravo EU torej izvršuje v skladu s procesnimi pravili nacionalnega prava. Sankcije so tako načeloma v t. i. nacionalni procesni avtonomiji, ki je omejena z načeloma učinkovitosti in enakovrednosti.⁵ Pri tem Sodišče EU pri ugotavljanju, ali na nacionalni ravni obstajajo učinkovita pravna sredstva, uporablja splošni preskus, s katerim ugotavlja obstoj nezanemarljivega tveganja, da potrošniki ne bodo deležni učinkovitega varstva, ker je zaradi posameznih postopkovnih zahtev ali omejitev pretirano otežena (ali celo praktično onemogočena) vložitev kakršnihkoli razpoložljivih pravnih

³ Glej na primer Póires Maduro 1998.

⁴ Weatherill 2013, str. 4.

⁵ Načelo učinkovitosti pomeni, da v skladu z načelom lojalnega sodelovanja (4(3) PEU) postopkovna pravila za pravna sredstva, katerih namen je varstvo pravic, ki jih imajo posamezniki na podlagi prava EU, ne smejo biti manj ugodna od tistih, ki se nanašajo na podobna nacionalna pravna sredstva. Načelo enakovrednosti pa pomeni, da ta pravila ne smejo praktično onemogočiti ali čezmerno otežiti uveljavljanja pravic, ki jih daje pravni red EU. Glej na primer združeni zadevi C-430/93 in 431/93, *Van Schijndel proti Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, EU:C:1995:441, točka 17. Več o tem glej Weingerl 2014.

sredstev ali ker potrošniki niso dovolj seznanjeni s svojimi pravicami ali niso ustrezno obveščeni, da bi lahko učinkovito uporabili pravna sredstva.⁶

Primer ureditve, ki prepušča sankcioniranje nacionalnim pravnim ureditvam, je Direktiva 93/13 o nepoštenih pogodbenih pogojih.⁷ Ta v 6. členu določa, da države članice določijo, da nepošteni pogoji, uporabljeni v pogodbi, ki jo s potrošnikom sklene prodajalec ali ponudnik, kakor je določeno z nacionalnim pravom, niso zavezujoči za potrošnika in da pogodba še naprej zavezuje obe stranki na podlagi teh pogojev, če je nadaljnji obstoj mogoč brez nepoštenih pogojev. V 7. členu pa določa, da države članice zagotovijo, da v interesu potrošnikov in konkurentov obstajajo *ustrezna in učinkovita sredstva* za preprečevanje nadaljnje uporabe nepoštenih pogojev v pogodbah, ki jih s potrošniki sklenejo prodajalci ali ponudniki (poudarila P. W.). Pri tem Direktiva ne predpisuje narave teh sredstev, temveč je to prepuščeno državam članicam.

V sodni praksi Sodišča EU se je razvila triada načel, s katero morajo biti skladne nacionalne sankcije za kršitev pravic, ki jih posameznikom podeljuje pravo EU. Gre za načelo učinkovitosti, sorazmernosti in odvratilnosti. Pomen teh načel razlaga Sodišče EU v svoji sodni praksi.⁸ Presoja, ali so nacionalne sankcije dejansko skladne s to triado načel. Z njo morajo biti skladne sankcije v okviru vseh vej prava – upravne, kazenske in civilne. Primer akta EU, ki prepušča izbiro sankcij državam članicam, a nalaga skladnost s triado načel, je Direktiva 2011/83 o pravicah potrošnikov.⁹ Ta v svoji izvirni različici v 24. členu določa, da države članice določijo pravila o kaznih, ki morajo biti učinkovite, sorazmerne in odvrtilne. Primer direktive, ki triado načel predpisuje tako za »odškodnine« (člen 18) kot za »kazni« (člen 25), je Direktiva 2006/54 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu.¹⁰ Za civilnopravne in javnopravne sankcije se torej zahteva skladnost z istimi načeli.

Vse bolj pogosto pa kar akti EU predpišejo vrste sankcij, ki morajo biti na voljo posameznikom, ko se jim kršijo pravice, ki jim jih podeljuje pravo EU. Primer je Omnibus direktiva

⁶ Na primer zadeva C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349, točke 52–54.

⁷ Direktiva Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, UL L 95, 21. 4. 1993, str. 29–34.

⁸ Glej Pavillon 2019.

⁹ Direktiva 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta Besedilo velja za EGP, UL L 304, 22. 11. 2011, str. 64–88.

¹⁰ Direktiva 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu (preoblikovano), UL L 204, 26. 7. 2006, str. 23–36.

2019/2161.¹¹ Komisija je v aprilu 2018 predstavila Nov dogovor za potrošnike (New Deal for Consumers), katerega namen je bil spodbujanje aktivnega uveljavljanja pravic potrošnikov v praksi. Rezultat je modernizacija potrošniškega prava z Omnibus direktivo 2019/2161, ki je bila sprejeta leta 2019. Nacionalni predpisi, sprejeti na njeni podlagi, so se začeli uporabljati konec maja 2022. Kljub načelni zadržanosti do koncepta odvratilnosti v zasebnem pravu, ker naj bi šlo za koncept s področja javnega prava, je ta direktiva prežeta z njim. Potreba po odvratilnosti je utemeljena z neučinkovitim uveljavljanjem potrošniškega prava v praksi (uvodna izjava 2 Omnibus direktive).

Glede pravil o nepoštenih poslovnih praksah, ki so urejena v Direktivi 2005/29 o nepoštenih poslovnih praksah,¹² Komisija ugotavlja, da zgolj javnopravno varstvo v obliki upravnih odločb in glob za prekrške ni dovolj učinkovito za sankcioniranje kršiteljev. Zato se nova pravila osredotočajo na civilnopravno varstvo, obe obliki varstva pa imata isti cilj: odvratilni učinek na trgovca.¹³ Skladno z novostmi imajo potrošniki v vseh državah članicah pravico do uveljavljanja individualnih pravnih sredstev (denarne odškodnine, odstopa od pogodbe, zmanjšanja kupnine), če so bili oškodovani zaradi nepoštenih poslovnih praks, kakršna je agresivno ali zavajajoče trženje. Nova pravila so torej namenjena aktiviranju potrošnikov, ki so tarča nepoštenih poslovnih praks, da ukrepajo zoper nepoštenega podjetnika.¹⁴

ZVPNPP ni vseboval posebnih določb glede civilnopravnega varstva.¹⁵ Na podlagi Omnibus direktive pa ZVPot-1, ki zdaj ureja vsebino razveljavljenega ZVPNPP, predpisuje konkretne civilnopravne sankcije za kršitve pravil o nepoštenih poslovnih praksah. Tako 55. člen ZVPot-1 določa, da ima potrošnik pravico do znižanja kupnine, odstopa od pogodbe in zahtev do vračila plačanega zneska, izrecno pa določa tudi pravico do odškodnine po splošnih pravilih obligacijskega prava.

¹¹ Evropska komisija, Sporočilo za medije: Nov dogovor za potrošnike: Komisija krepi pravice potrošnikov v EU in njihovo izvrševanje, Bruselj, 11. aprila 2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_sl.htm (13. 12. 2023). Direktiva (EU) 2019/2161 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. novembra 2019 o spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in direktiv 98/6/ES, 2005/29/ES ter 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta zaradi boljšega izvrševanja in posodobitve pravil Unije o varstvu potrošnikov (Besedilo velja za EGP) PE/83/2019/REV/1, UL L 328, 18. 12. 2019, str. 7–28.

¹² Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) (Besedilo velja za EGP), UL L 149, 11. 6. 2005, str. 22–39.

¹³ Weingerl, Bratina 2020, str. 77.

¹⁴ Ta del je povzet po Weingerl 2023.

¹⁵ Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (ZVPNPP), Ur. l. RS, št. 53/07 in 130/22 – ZVPot-1.

Poleg novih individualnih pravnih sredstev, ki jih imajo potrošniki na voljo za kršitve nepoštenih poslovnih praks, pa Omnibus direktiva uvaja tudi nove kazni za »močno razširjene kršitve« in »močno razširjene kršitve z razsežnostjo Unije«. Poleg tega določa merila za izrekanje kazni, ki vključujejo, kadar je to ustrezno, naravo, težo, obseg in trajanje kršitve ter vsa pravna sredstva, ki jih trgovec zagotovi potrošnikom za povzročeno škodo (glej uvodno izjavo 7 Omnibus direktive).

Nov korak v predpisovanju vrst in vsebine sankcij za kršitve prava EU se kaže glede predlaganih aktov v okviru digitalnega trga in umetne inteligence, kar pa presega namene tega prispevka.

3. Ureditev v ZVPot-1: kompleksen sistem sankcioniranja

V Sloveniji je večina evropskega potrošniškega *acquisa* prenesenega v ZVPot-1. ZVPot-1 je leta 2022 nadomestil ZVPot iz leta 1998, uporabljati pa se je začel januarja 2023. Po novem je v tem krovnem zakonu urejena tudi materija, ki se nanaša na nepošteno poslovne prakse, kar je bilo do sprejetja ZVPot-1 urejeno v ZVPNPP. ZVPot-1 je zasnovan kot *lex specialis* glede na splošno obligacijsko pravo, ki je urejeno v Obligacijskem zakoniku (OZ).¹⁶ Potrošniške pravice v okviru potrošniške kreditne pogodbe so urejene v Zakonu o potrošniških kreditih, ki pa v tem prispevku ni posebej obravnavan.

Novosti na področju sankcioniranja je v ZVPot-1 več. Ena pomembnih nomotehničnih novosti je, da posamezni členi v ZVPot-1 vsebujejo naslove, kar olajšuje položaj uporabnikov zakona.¹⁷ Za potrošnike in trgovce pa je pomembno, da se zavedajo tudi tega, da spadajo sankcije, ki jih predpisuje ZVPot-1, tako na javnopravno kot civilnopravno področje. V okviru javnopravnega sistema sankcioniranja je predvideno upravno in kazensko (prekrškovno)¹⁸ varstvo, ki sta jima namenjeni posebni poglavji proti koncu besedila zakona, v okviru posameznih institutov pa so urejene tudi civilnopravne sankcije.

3.1. Upravno varstvo

Inšpekcijski nadzor izvrševanja ZVPot-1 opravljajo Tržni inšpektorat RS in drugi pristojni inšpekcijski organi (230. člen ZVPot-1). Glede možnosti, ki jih imajo Tržni inšpektorat RS in drugi pristojni inšpekcijski organi na voljo, ZVPot-1 vsebuje pet določb, ki se nanašajo na

¹⁶ Obligacijski zakonik (OZ), Ur. l. RS, št. 97/07 in nasl.

¹⁷ Za kritiko ZVPot glede nepreglednosti in nejasnosti glej na primer Možina 2015, str. 18–21.

¹⁸ Gre za kaznovalno pravo, ki se v naslovu ZVPot-1 imenuje »kazenske določbe«, konkretno pa gre za prekrškovne določbe.

naložitev izpolnitve zahtevka iz naslova neskladnosti blaga (232. člen ZVPot-1), naložitev izpolnitve zakonske obveznosti (232. člen ZVPot-1), prepoved prodaje blaga ali opravljanja storitev (234. člen ZVPot-1), prepoved oglaševanja (235. člen ZVPot-1) in prepoved nepoštenih poslovnih praks (236. člen ZVPot-1).¹⁹

Inšpekcijski organi pa so pristojni tudi za izrekanje glob za prekrške v okviru določb, ki se nanašajo na kaznovalno pravo, kar je obravnavano v nadaljevanju.

3.2. Kaznovalno varstvo

V primeru ZVPot-1 in pred tem ZVPot prihaja do zanimive in zahtevne situacije, ko v praksi kazenski sodniki presojujejo kršitve potrošniške zakonodaje. Če pogledamo druge zakone s področja civilnega prava, na primer SPZ,²⁰ OZ ali DZ,²¹ ti zakoni ne vsebujejo kaznovalnih določb. Pristojnost za izrekanje glob imajo po ZVPot-1 sicer inšpekcijski organi, sodno varstvo zoper odločbe o prekrških pa se uveljavlja skladno s pravili ZP-1 pred okrajnimi sodišči.²²

ZVPot je vseboval le dve kazenski določbi. V 77. členu je urejal prekrške, za katere je bila predpisana globa v znesku od 3000 do 40.000 evrov za pravne osebe, v 78. členu pa prekrške, za katere se je za pravne osebe predpisala globa v znesku 1200 evrov. Pri teh zneskih se hitro postavi vprašanje odvrtilnosti – tako zaradi nizkih zneskov kot zaradi fiksnega zneska, ko gre za 78. člen ZVPot. Inšpekcijski organ torej pri svojem delu v takem primeru ne more upoštevati različnih meril za odmero globe, da se njena višina prilagodi teži kršitve in drugim faktorjem, s tem pa težko zadosti triadi načel.

V ZVPot-1 so pravna pravila v okviru kaznovalnega varstva bolj dodelana, urejena so v 237. do 242. členu. V 237. členu so urejena merila za odmero globe, vendar pa niso prenesena vsa primeroma naštetna merila, ki jih omenja Omnibus direktiva. Temu členu sledijo štirje členi, ki urejajo štiri kategorije prekrškov – gre za najhujše, hujše, »običajne« in lažje prekrške. V 242. členu je posebej urejena tudi možnost izreka globe v hitrem prekrškovnem postopku. V takem primeru se lahko izreče višja globa od najnižje predpisane.

Najhujši prekrški se nanašajo na določene »močno razširjene kršitve« in »močno razširjene kršitve z razsežnostjo Unije«. Skladno z Uredbo 2017/2394 o sodelovanju med nacionalnimi

¹⁹ O upravnem varstvu in izvrševanju prava varstva potrošnikov v okviru (čezmejnega) e-poslovanja glej na primer Lutman in Damjan 2022.

²⁰ Stvarnopravni zakonik (SPZ), Ur. l. RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20.

²¹ Družinski zakonik (DZ), Ur. l. RS, št. 15/17 in nasl.

²² Zakon o prekrških (ZP-1), Ur. l. RS, št. 29/11 in nasl.

organi, odgovornimi za izvrševanje zakonodaje o varstvu potrošnikov²³ se za močno razširjene kršitve kaznujejo podjetja z globo od 0,5 odstotka do 4 odstotke letnega prometa podjetja v zadevni državi članici oziroma državah članicah Evropske unije v predhodnem poslovnem letu. Za močno razširjene kršitve z razsežnostjo Unije pa se podjetja kaznujejo z globo od 1,5 odstotka do 5 odstotkov letnega prometa podjetja.

Med hujše prekrške spada 12 prekrškov, ki se kaznujejo z globo od 5000 do 50.000 evrov, če gre za pravno osebo, samostojnega podjetnika posameznika in posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost. Odgovorne osebe se kaznujejo z globo od 1500 do 5000 evrov. Prekrški, ki spadajo v to kategorijo, so določanje pogodbenih pogojev v nejasnem in nerazumljivem jeziku, postavljanje nepoštenih pogodbenih pogojev, upraba višjih zamudnih obresti od zakonsko določenih v primeru potrošnikove zamude s plačili, ponujanje nenaročenega blaga, storitev ali digitalne vsebine potrošniku in pozivanje potrošnika k takojšnjemu ali odloženemu plačilu, kršitve v zvezi z oglaševanjem blaga in storitev, kršitve glede oglaševanja blaga ali storitev, namenjenih otrokom, uporaba nepoštenih poslovnih praks itd. V grobem gre torej za nepoštene pogodbene pogoje, nepoštene poslovne prakse in kršitve pravil v zvezi z oglaševanjem blaga in storitev.

Med »običajne« prekrške spada kar 86 kršitev, ki so navedene v 240. členu ZVPot-1. Za te kršitve se pravne osebe kaznujejo z globo od 1500 do 5000 evrov, odgovorne osebe pa z globo od 400 do 1500 evrov. Pod »običajni« prekršek spada tudi kršitev dolžnosti, da trgovec potrošnikom prodaja blago oziroma opravlja storitev pod enakimi pogoji, ki je določena v 6. členu ZVPot. Pomen te dolžnosti v teoriji in praksi še ni dorečen in pojasnjen, zato bo njena vsebina odvisna od sodne prakse.

Med lažje prekrške, ki jih ureja 241. člen ZVPot-1, spada 16 kršitev, za katere je predpisana globa 500 evrov za pravne osebe oziroma 300 evrov za odgovorne osebe. Gre za fiksno predpisano globo, zato se ponovno pojavi vprašanje, ali se ne bi triadi načel bolj zadostilo z določenim razponom, v okviru katerega bi se naložena globa lahko prilagodila različnim merilom za predpis globe. Med te običajne prekrške spadajo kršitve pravil o predpisani embalaži, označevanju roka uporabnosti, zaračunavanje stroška opomina, ki presega dejanske stroške izdelave in pošiljanja opomina, garancijski list ne vsebuje vseh podatkov itd. Zanimivo je, da je zakonodajalec med lažje prekrške uvrstil prav prekrške, ki najbolj vplivajo na uresničevanje zavez o trajnosti – torej uporaba primerne embalaže, primerno označevanje blaga glede roka

²³ Uredba (EU) 2017/2394 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2017 o sodelovanju med nacionalnimi organi, odgovornimi za izvrševanje zakonodaje o varstvu potrošnikov, in razveljavitvi Uredbe (ES) št. 2006/2004 (Besedilo velja za EGP), UL L 345, 27. 12. 2017, str. 1–26.

uporabnosti, kar vse vpliva na kopičenje embalaže in zavrženih izdelkov, tudi hrane, pa tudi pravil o garanciji, ki imajo prav tako vpliv na trajnost izdelka.²⁴

Opozoriti je treba, da se v okviru kaznovalnega varstva s potrošniško zakonodajo, s tem pa tudi s pravili, ki večinoma izvirajo iz prava EU, v primeru sodnega varstva ukvarjajo kazenski sodniki. Kaznovalno pravo je neposredno le v manjši meri harmonizirano ali poenoteno na ravni EU, predvsem nekateri čezmejni vidiki. To pa seveda ne pomeni, da kazenskim sodnikom ni treba biti seznanjeni s temeljnimi in splošnimi načeli prava EU, ki urejajo odnos med pravom EU in nacionalnim pravom ter učinkovanje prava EU v nacionalnem pravnem redu. V Sloveniji smo že spoznali pomen poznavanja teh načel v zadevi *Rutar in Rutar marketing d.o.o. proti Sloveniji*, v kateri je bila Slovenija decembra 2022 pred Evropskim sodiščem za človekove pravice v Strasbourgu obsojena zaradi kršitve 6. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah (EKČP), ki se nanaša na pošteno sojenje.²⁵

V zadevi *Rutar proti Sloveniji* je šlo za postopek o prekršku zaradi kršitve ZVPot, v katerem so domača sodišča prezrla predlog pritožnikov za predhodno odločanje Sodišča EU skladno z 267. členom PDEU. Skladno s pravom EU mora namreč sodišče, zoper odločitev katerega ni več pravnega sredstva (sodišče zadnje instance), v dvomu glede pravilne razlage prava EU postaviti vprašanje za predhodno odločanje Sodišču EU (člen 267 PDEU in doktrina CILFIT). Stranke v postopku lahko predlagajo postavitev takega vprašanja, vendar je sama postavitev v diskreciji nacionalnega sodnika. Morebitno nepostavitev vprašanja v primeru, da gre za sodišče zadnje instance, ki ga je stranka pozvala k postavitvi predhodnega vprašanja, je treba obrazložiti. V nasprotnem primeru gre za kršitev 6. člena EKČP pred ESČP. Obe »evropski sodišči« si torej prizadevata za učinkovito sodno varstvo pravic, ki jih posameznikom daje pravo EU.

Dejansko stanje v zadevi *Rutar proti Sloveniji* se nanaša na postopek o prekršku in upravni postopek zoper pritožnika, ki ga je marca 2018 začel tržni inšpektorat. Postopka sta se nanašala na nekatera promocijska gradiva, namenjena potrošnikom. Upravni postopek je bil pozneje ustavljen, ker je bilo ugotovljeno, da je družba svoje poslovne dejavnosti uskladila z zakonodajo. Vendar pa je tržni inšpektorat nadaljeval postopek o prekršku.²⁶ Ob opiranju na prvi odstavek 4. člena in prvi odstavek 5. člena danes razveljavljenega Zakona o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (ZVPNPP) je tržni inšpektorat ugotovil, da sta pritožnika uporabila zavajajočo poslovno prakso v zvezi z oglaševano cenovno ugodnostjo. Izrekel je globo 3000 evrov družbi pritožnici in 300 evrov pritožniku.²⁷

²⁴ Glej Weingerl 2024.

²⁵ ESČP, zadeva *Rutar in Rutar marketing d.o.o. proti Sloveniji*, pritožba št. 21164/20.

²⁶ Prav tam, točka 4.

²⁷ Prav tam, točka 8.

Zoper odločbo sta pritožnika vložila zahtevo za sodno varstvo na Okrajno sodišče v Novi Gorici. Podala sta tudi predlog, naj Okrajno sodišče v Novi Gorici zaprosi za predhodno odločanje Sodišče EU glede vprašanja, ali je primerjava promocijskih cen s priporočenimi cenami dobaviteljev ali proizvajalcev v skladu z določbami Direktive o nepoštenih poslovnih praksah ob upoštevanju 6. člena te direktive. Avgusta 2019 je sodnik Okrajnega sodišča v Novi Gorici izdal sodbo, s katero je zahtevo za sodno varstvo pritožnikov zavrnil, pri tem pa ni obravnaval predloga za predhodno odločanje Sodišča EU, ki sta ga podala pritožnika.²⁸ Pritožnika sta zoper navedeno sodbo vložila ustavno pritožbo, pri čemer sta uveljavljala svojo ustavno pravico do enakega varstva pravic in 6. člen EKČP. Ustavno sodišče je zavrglo ustavno pritožbo, ker »pritožnika nista podala obrazloženega predloga za izjemno obravnavo sicer nedovoljene ustavne pritožbe«.²⁹

Ker gre za prekrškovni postopek, je edino učinkovito sodno varstvo, ki je na voljo posameznikom, zahteva za sodno varstvo pred sodišči prve stopnje. Vlada se je sicer sklicevala na to, da bi pritožnika lahko vložila pobudo državnemu tožilcu, naj vloži zahtevo za varstvo zakonitosti pri Vrhovnem sodišču, ki je izredno pravno sredstvo, ki ga predvideva ZP-1 (v 169. členu). ESČP je v zvezi s tem ugotovilo, da pritožnika nista mogla dostopati do Vrhovnega sodišča neposredno, ampak bi se morala zanašati na uveljavljanje diskrecijske pravice državnega tožilca. Zato to pravno sredstvo pritožnikoma ni bilo neposredno dostopno in se ne more šteti za učinkovito.³⁰ Okrajno sodišče v Novi Gorici bi kot zadnja instanca v tem primeru torej moralo vsebinsko obravnavati njuno zahtevo za postavitev vprašanja za predhodno odločanje in zavrnitev tega predloga obrazložiti. Ker tega ni storilo, je bila ugotovljena kršitev 6. člena EKČP.³¹

K temu, da se prek kaznovalnega varstva sankcionirajo kršitve potrošniške zakonodaje, nas v določeni meri zavezuje pravo EU. O primernosti kaznovanja posameznikov, pravnih in fizičnih oseb, s pomočjo javnopravnega varstva, ko je hkrati na voljo tudi civilnopravno varstvo, se je slovenska pravna teorija že spraševala.³² Pri tem se postavlja tudi vprašanje, ali so opisi vseh prekrškov dovolj jasni, da zadostijo merilom načela zakonitosti.

²⁸ Prav tam, točka 12.

²⁹ Prav tam, točka 14.

³⁰ Prav tam, točka 38.

³¹ Prav tam, točka 64.

³² Glej na primer Možina 2015, str. 27.

4. Sklep

Pravila o sankcioniranju kršitev potrošniške zakonodaje so izjemno kompleksna. Gre za sankcije v okviru treh vej prava, ki jih ureja ZVPot-1 – upravne, kaznovalne in civilne. To tudi pomeni, da morajo različni organi in sodišča dobro poznati potrošniško pravo, vključno s sekundarno zakonodajo EU in sodno prakso Sodišča EU, ki jo razlaga. Da bi bilo izvrševanje potrošniškega prava v praksi dejansko učinkovito, bo potrebno več razprave in ozaveščanja vseh deležnikov o teh vprašanjih.

Literatura

- LUTMAN, Karmen, in DAMJAN, Matija. Administrative Enforcement of EU Consumer Law: A Disoriented Tiger in the Regulatory Jungle of E-Commerce. *Journal of European Consumer and Market Law*, 11 (4), 2022, str. 130–138.
- MICKLITZ, Hans W. The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A bittersweet polemic, *EUI Working Paper*, 2012/03.
- MOŽINA, Damjan. Kriza slovenskega prava varstva potrošnikov. Ljubljana: GV Založba, 2015.
- PAVILLON, Charlotte. Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-directive. *European Review of Private Law*, 27 (6) 2019, str. 1297–1328.
- POIARES MADURO, Miguel. *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Oxford: Hart Publishing, 1998.
- WEATHERILL, Stephen. *EU Consumer Law and Policy*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.
- WEINGERL, Petra, in BRATINA, Borut. Varstvo potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami na energetske trgu EU. V: Bratina, B., Šepec, M., Tomažič, L. M. in Stajniko, J. (ur.), *Sodobne dileme prekrškovnega prava energetike*. Maribor: Univerzitetna založba, 2020.
- WEINGERL, Petra. Sodišče EU kot motor evropeizacije zasebnega prava: Ignorantia iuris Europae nocet, *Pravna praksa*, 38, 2014, str. 22 in nasl.
- WEINGERL, Petra. Pravičnost v okviru zasebnega uveljavljanja prava Evropske unije. V: Avbelj, M. (ur.), *Kakšno Evropsko unijo hočemo?*, Ljubljana: Nova univerza, Znanstvena založba, 2023.
- WEINGERL, Petra. Sustainability Challenges in Slovenian Private Law: A Focus on the Nature of Goods'. V: M Santos Silva et al. (ur.), *Routledge Handbook on Private Law and Sustainability*. Routledge, 2024 (v tisku).

Izvirni znanstveni članek
UDK 366.5:336.77:330.567.22

Sodna presoja glavnega predmeta v pogodbi o potrošniškem kreditu

MATEVŽ ZGAGA
*pomočnik direktorice Sektorja pravnih
poslov v Deželni banki Slovenije, d.d.*

1. Uvod¹

Mineva 30 let od uveljavitve »kraljice med direktivami«,² Direktive Sveta 93/13/EGS o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah.³ V drugi polovici svojega za zdaj še kratkega veka je dala sodno prakso spodobnega obsega, a nenavadno ozkega spektra. Večina odločb, sprejetih na tej podlagi, namreč zadeva le eno vrsto pogodb: potrošniške kredite. Razlog za to verjetno ni, da bi ponudniki kreditov pripravljali pogodbene pogoje, ki bi bili sami po sebi kaj manj pošteni od pogojev drugih podjetij. Verjetnejše pojasnilo je v naravi kredita. Pogodbe o potrošniških kreditih so dolgoročne in kompleksne. Sklenjene so v povprečju z ekonomsko manj močnim delom prebivalstva. Še zlasti, ko gre za stanovanjske kredite, so visokih zneskov in zadevajo eno najbolj temeljnih dobrin, dom. Vse to jih v določenih razmerah napravi za hvaležno gojišče odločenosti za sodno pot.

Direktiva je nastajala petnajst let.⁴ Abstraktnost njenega izražanja in izrazita jalovost prvega obdobja njenega obstoja sprožata vtis, da je bila iz ničesar ustvarjena v bruseljskih pravnih laboratorijih. To ne drži. Čeprav ima nekaj izvirnih gradnikov, je v resnici odsev in nadgradnja rešitev, ki so obstajale že prej. Pri tem kaže izpostaviti pomemben zgled nemške ureditve sodne kontrole splošnih pogodbenih pogojev. Ta se je intenzivno razvijala celotno 20. stoletje;

¹ Dr. Matevž Zgaga, zaposlen v Deželni banki Slovenije, d.d., pomočnik direktorice Sektorja pravnih poslov. Razkritje nasprotja interesov: avtorjev delodajalec je tožena stranka v kolektivnem potrošniškem sporu v zvezi s klavzulo obrestnega dna. Avtor je sklenil eno kreditno pogodbo za nepremičnino in je porok pri drugi.

² Gašperin, str. 38.

³ UL L 95, 21. 4. 1993.

⁴ Pfeiffer v Wolf, Lindacher, Pfeiffer (ur.), 7, Vorbem. vor Art. 1, r. št. 6-7; v slovenščini Gašperin, str. 39.

sprva pod vplivom v Nemčiji močne tradicije občega prava, po drugi svetovni vojni pa vsaj delno ob tistem motivu skrbi za pravno okolje, ki bi bilo prijazno cenjenemu sloju malih podjetij.⁵ Vplivala je na številne države germanskega pravnega kroga.

Med slednjimi je nekdanja Jugoslavija leta 1978 sodno presojo splošnih pogojev poslovanja uzakonila v 143. členu Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR).⁶ Že ureditev v ZOR je vsebovala večino bistvenih prvin, ki smo jih dvajset let kasneje na drugi podlagi prenesli še v 24. člen Zakona o varstvu potrošnikov (ZVPot).⁷ A vse do drugega desetletja 21. stoletja te norme niso bile deležne večje pozornosti v literaturi. Prav tako – z izjemo nekaterih korekcij pogojev zavarovalnih polic – niso prinesle opaznejše sodne prakse.

Poprejšnje zatišje so povsem prevetrile velika finančna kriza v letih 2008–2013 in dve veliki deprecijaciji evra proti švicarskemu franku v letih 2011 in 2015, ki sta občutno povišali obremenitev potrošnikov z obveznostmi v tej valuti in prejemki v drugi. Sodišče EU je po letu 2010 sprejelo niz pomembnih odločb in pravo varstva potrošnikov dalo močan pospešek. V Sloveniji je najizrazitejša normativna posledica gromke debate o kreditih v frankih tretji odstavek 23. člena novega Zakona o varstvu potrošnikov (ZVPot-1).⁸ Z njim smo dobili izrecno pooblastilo sodiščem, da izvajajo nadzor na etični podlagi tudi nad glavnimi pogoji vnaprej pripravljenih potrošniških pogodb.

2. O posebnem položaju glavnega predmeta potrošniških pogodb

Če Direktiva 93/13/EGS ni laboratorijski produkt, kakšna je bila potem njena razvojna pot? Civilno pravo je bilo dolga stoletja prepojeno z naukom o ekvivalenci pogodbenih dajatev.⁹ Po industrijski revoluciji je takšen pogled na pogodbeno pravo postal moteč za nastali sloj velikih podjetij, ki novih tehnološko intenzivnih proizvodov ni hotel ponujati v stalni negotovosti pred očitki neustreznosti med ceno in izdelkom. Razmišljanje o nadzoru ekvivalence je preživelo v manj pomembnih fragmentih, kot je na primer institut čezmernega prikrajšanja (118. člen Obligacijskega zakonika – OZ).¹⁰ Toda nov pogled na menjavo ni prinesel le zmagovalcev. Industrijska doba je postregla tako z bliščem kot z bedo. Poskus odgovora na slednjo v civilnem pravu so bila nova protioderuška pravila. Ta večinoma niso več preganjala

⁵ Lehmann, Ungerer, str. 316. Številne sodne odločbe, katerih širši vpliv je danes čutiti predvsem v pravu varstva potrošnikov, sploh niso izšle iz potrošniških sporov (Gsell, str. 239).

⁶ Uradni list SFRJ, št. 29/78.

⁷ Uradni list RS, št. 20/98.

⁸ Uradni list RS, št. 130/22.

⁹ Kötz, str. 161.

¹⁰ Uradni list RS, št. 83/01.

zgoj objektivnega nesorazmerja. Predpisi so zdaj kot pogoj za razveljavitev dodatno zahtevali obstoj subjektivnega elementa pri oderuhu.¹¹ Krog pogodb, ki jih je bilo mogoče izpodbijati zaradi neobstoja ekvivalence dajatev, se je znatno zožil. Zunaj tega kroga naj bi ljudje sami zmogli presojo, ali je posel zanje dober ali ne. Ko je hitro rastoč obseg menjave naglo dvigoval družbeni proizvod in s tem moč države, se je bilo težko zoperstaviti argumentom v prid liberalne ureditve.

Toda hitro se je pokazalo, da idealistične predpostavke, na katerih so gradile teorije pogodbene svobode iz časa zgodnjega kapitalizma, niso podane v transakcijah, ki so temeljile na množični proizvodnji in prodaji prek splošnih pogodbenih pogojev. Predstava racionalne in odgovorne stranke, ki pogodbo pred sklenitvijo skrbno preuči ter izbere ponudnika z najprimernejšimi splošnimi pogoji, v resničnem življenju praviloma zataji.¹² Pravo na splošno nima razumevanja za neskrbno obnašanje v predpogodbeni fazi. Ko gre za dolge, bralno naporne in za razumevanje zahtevne pogodbe, ki so enostransko določene in nanje tako ali tako ni mogoče vplivati, očitek takšne neskrbnosti otopi. Zasnova množične pogodbe je klicala k reciklaži na videz preživele sodne kontrole na etični podlagi brez potrebe po dokazovanju subjektivnega elementa. Predvsem v Nemčiji so pravotvorno funkcijo vzela v svoje roke sodišča. Do sredine 20. stoletja so iz načela vestnosti in poštenja razvila zrelo doktrino, po kateri je za razveljavitev pogodbenih določil, ki jih je vnaprej pripravila ena stranka, zadoščalo, da so objektivno nepoštena.¹³

Večina evropskih držav je temu na različne načine sledila šele v zadnji tretjini 20. stoletja. Sredi sedemdesetih let je spoznanje o potrebi po skupni politiki varstva potrošnikov prodrlo tudi v organe tedanje EGS.¹⁴ Trajalo je krepko desetletje, preden je Evropska komisija julija 1990 v nadaljnje delo predložila prvi osnutek direktive o nepoštenih pogojih v potrošniških pogodbah.¹⁵ Ta od presoje poštenosti še ni izločil glavnih (tudi: osrednjih) pogodbenih pogojev. Ali si pripravljavci z ločnico med glavnimi in drugimi pogoji sploh niso belili glave ali so sprva povsem zavestno želeli, da naj bodo tudi osrednji pogodbeni pogoji predmet sodne presoje po direktivi, ni jasno. Po nekaj zelo kritičnih tonih do takšnega predloga¹⁶ je končno besedilo z drugim odstavkom 4. člena presojo poštenosti izrecno omejilo na »stranske« pogodbene pogoje.

¹¹ Na naših tleh Zakon št. 47 z dne 28. maja 1881 zoper nepošteno postopke v kreditnih opravilih ali poslih (Državni zakonik za kraljevine in dežele v državnem zboru zastopane, št. XXI z dne 31. maja 1881), par. 8. V Nemčiji glej par. 138(2) BGB iz leta 1900, v Švici par. 21 OR iz leta 1911.

¹² Atamer, str. 629–632; McColgan, str. 82–92, 102–103, 109–110.

¹³ O razvoju Zgaga, str. 48–49, 63–64.

¹⁴ Pfeiffer v Wolf, Lindacher, Pfeiffer (ur.), 7, Vorbem. vor Art. 1, r. št. 6.

¹⁵ UL C 243, 28. 9. 1990.

¹⁶ Brandner, Ulmer, str. 655–656.

Od kod ideja o oazi za glavni predmet pogodbe? Ureditev, ki je obstajala do uveljavitve pravil o splošnih pogodbenih pogojih, je vsebovala več vzvodov za razveljavitev in varstvo pred posli, s katerimi je bilo narobe to, da je bil glavni predmet v očitnem nesorazmerju s protidajatvijo. Tako naj bi cenovna nesorazmerja, ki so bila posledica strukture ponudnikov, po možnosti blažili takrat še dokaj novi protimonopolni predpisi. Za nesorazmerja, nastala zaradi zlorabe specifičnih okoliščin ene stranke – ponovimo dobro znan seznam: stiske, težkega premoženjskega stanja, nezadostne izkušnosti, lahkomiselnosti ali odvisnosti¹⁷ –, so bila najprej na voljo protideruška pravila. Zunaj teh ekscesnih stanj naj bi bili kupci dovolj sposobni sami prepoznati ponudbo, ki jim pri določeni ceni ustreza. Sodni preizkus splošnih pogojev, ki zadevajo plačilo za izmenjane storitve oziroma blago – popreproščeno: cenikov –, je s te perspektive nepotrebno poleno pod noge kolektivnemu pohodu k največjemu zadovoljstvu v potrošnji. Sodna kontrola poštenosti je po teh pojmovanjih smiselna za preostale pogoje.¹⁸ Drugi argument zoper kontrolo ustreznosti cene je, da ni nobenega pravnega merila, ki bi zagotavljalo smernice za tak nadzor.¹⁹

Tako je nazadnje obveljalo, da ocena poštenosti pogojev ne sme biti povezana niti z opredelitvijo glavnega predmeta pogodbe niti z ustreznostjo med ceno in plačilom za izmenjane storitve ali blago, če so pogoji v jasnem, razumljivem jeziku. Toliko o tem evropski zakonodajalec. Sodniki so ga kasneje dopolnili, da je zahteva po razumljivosti osrednjih pogodbenih pogojev stroga. Ni omejena na osnovno, »slovnično« razumljivost, temveč je bistveno, da je pogodbeni pogoj za povprečnega, normalno obveščenega in razumno pozornega ter preudarnega potrošnika oblikovan tako, da je ta zmožen oceniti ekonomske posledice, ki zanj iz njega izhajajo.²⁰ V nadaljevanju prispevka se s tem neskončno pomembnim dodatnim pogojem za imunost proti preizkusu poštenosti ne bomo več ukvarjali. Razumljivo pa vsakič, ko se bomo sklicevali na posebno usodo pravil o glavnem predmetu pogodbe, to velja izključno pod predpostavko njihove transparentnosti.

V Sloveniji smo ureditev kontrole splošnih pogodbenih pogojev, dokaj primerljivo nemški, dobili petnajst let pred Direktivo, z uveljavitvijo ZOR leta 1978. Materijo Direktive smo prenesli v svoj pravni red leta 1998 v sklopu velikih predpridružitvenih aktivnosti. Drugače od »države praosnove«, Nemčije, kjer so za namen prenosa Direktive novelirali prej obstoječo ureditev sodne kontrole splošnih pogojev v BGB,²¹ pri nas nismo posegali v nastajajoči OZ,

¹⁷ Glej 119. člen OZ. Primerjaj 141. člen ZOR.

¹⁸ Tudi v »domovini« sodne kontrole poštenosti splošnih pogodbenih pogojev, Nemčiji, so osrednja pogodbeno določila izvzeta iz kontrole po par. 307 BGB; Schmidt v Wolf, Lindacher, Pfeiffer (ur.), 3, par. 307, r. št. 303. Glej tudi Atamer, Pichonnaz, str. 13, 28.

¹⁹ Sodba SEU C-26/13, *Käsler*, z dne 30. 4. 2014, r. št. 55.

²⁰ Sodba SEU C-26/13, *Käsler*, z dne 30. 4. 2014, r. št. 71–74.

²¹ BGB, par. 305–310.

temveč smo z zahtevami Direktive opravili prek (prav tako nastajajočega) ZVPot. Nova ureditev na obstoječo podlago iz 143. člena ZOR ni dodala izjemnih sprememb. Bistveno bolj kot površinsko drugačno besedilo 23. in 24. člena ZVPot bo na zaostritev varstva potrošnikov kasneje učinkovala obveznost upoštevanja sodne prakse Sodišča EU.

Okroglo obletnico uveljavitve Direktive je v Sloveniji pospremil novi ZVPot-1. V ureditev varstva pred nepoštenimi splošnimi pogoji je prinesel morda prelomno novost: predlagatelj zakona je podprl argumente potrošniških organizacij za razširitev sodne presoje poštenosti na osrednja pogodbeno določila. Zakonodajalec je predlogu sledil z eno enigmatično modifikacijo.

Kot dobro vemo, do letos veljavni ZVPot ni povzel določila drugega odstavka 4. člena Direktive. V zadnjem desetletju je bil to povod za številne razprave o tem, ali je šlo za redakcijsko pomanjkljivost ali za namerno odločitev Državnega zbora v prid višjemu varstvu potrošnikov. K množstvu že napisanega o tem dodajam nekaj spoznanj, ki jih v dosednji razpravi nisem zasledil. Prvi osnutek ZVPot, tako imenovane Teze,²² je iz najzgodnejšega časa samostojnosti. Avtorji Tez so se opirali na tedaj znani osnutek Direktive iz leta 1990.²³ V svojem izdelku so 28. tezo, iz katere se je razvil 24. člen ZVPot, oblikovali po tedaj znanem evropskem zgledu brez omejitve na »stranske« pogodbenne pogoje. Kasneje osnutka ZVPot v bistvenem niso več spreminjali, medtem ko se je osnutek Direktive pač spreminjal. Misel, da je Državni zbor s takšnim besedilom 24. člena želel zavestno zagotoviti še širše varstvo potrošnikov,²⁴ se ob tem zdi neprepričljiva. Tem bolj, ker nenavadno odstopanje od končnega besedila prvega odstavka 3. člena Direktive in obenem tesno prileganje osnutku iz leta 1990 ravno tako zasledimo pri opisu generalne klavzule v prvem odstavku 24. člena ZVPot.²⁵ Tudi Vrhovno sodišče RS je, vsaj za zdaj, koncept širitve presoje poštenosti na glavni predmet pogodbe odklonilo, vendar ne s sklicevanjem na genezo ZVPot. Opriemek je našlo v načelu lojalne razlage Direktive.²⁶

²² Poročevalec Državnega zbora RS, 18/1992, str. 49–61.

²³ Poročevalec Državnega zbora RS, 18/1992, str. 52, točka 20.

²⁴ Primerjaj Predlog zakona o varstvu potrošnikov z dne 19. 5. 2021 (EVA 2015–2130–0005), str. 95, četrty odstavek pojasnil 23. člena.

²⁵ V osnutku iz leta 1992 kot 28. teza; Zgaga, str. 208.

²⁶ Sklep VS RS II Ips 201/2017 z dne 7. 5. 2018, točka 26. V zadnjem času višja sodišča pogosto drugače (verjetno pod vplivom odločbe US RS Up–14/21–30 z dne 13. 1. 2022, točka 29), na primer sodba VSL II Cp 2118/2021 z dne 1. 4. 2022, točka 12; ali sklep I Cpg 644/2020 z dne 8. 11. 2022, točka 24; sodba in sklep VSM I Cp 889/2020 z dne 20. 2. 2023, točka 15; vendar drug senat v sodbi VSL I Cp 67/2022 z dne 25. 8. 2022, točka 19, še vedno proti splošni širitvi na glavni predmet pogodbe; primerjaj tudi sklep istega sodišča II Cp 1276/2022 z dne 19. 5. 2023, op. 6 (implicitno).

3. Merila opredelitve glavnega predmeta

Od uveljavitve ZVPot-1 dvomov ni več: tudi osrednja določila so zdaj predmet presoje poštenosti. Dvomi bodo poslej drugje. Kar nekaj časa je pričakovati veliko razprave o na videz miniaturnem vsadku, ki je zadnji hip našel pot v zakon. Vladni osnutek novega predpisa je v tretjem odstavku 23. člena predvideval izrecno določilo, da se nepoštenost pogodbenih pogojev presoja tudi v zvezi z opredelitvijo glavnega predmeta pogodbe in v zvezi z ustreznostjo med ceno in plačilom za izmenjane storitve ali blago, čeprav so pogoji v jasnem in razumljivem jeziku.²⁷ Na ta osnutek se je v Državnem zboru prilepila drobna korekcija. Podrobneje se ji bomo posvetili kasneje. Prej moramo dodati še nekaj pojasnil o kriterijih za razlikovanje med glavnim(i) in preostalimi pogodbenimi pogoji.

Preprosta ločevalna formula, da je osrednji predmet pogodbe pač opis blaga oziroma storitve in plačila zanj, ne povzroča težav pri enostavnih poslih z enkratno izpolnitvijo. Pri pogodbi o storitvi kemičnega čiščenja je tarifa za čiščenje suknjiča osrednje pogodbeno določilo, ki ga potrošnik praviloma zlahka razume, »drobni tisk« o omejitvi odgovornosti čistilnice pa stransko in težje zares razumljivo. Presoja se zaplete, ko imamo opraviti s kompleksnimi trajnimi pogodbenimi razmerji, v katerih cena ni več v (enem) določenem številu denarnih enot. Literatura včasih uporablja izraz »večdimenzionalna cena« (*multidimensional price*).²⁸ V kreditnih pogodbah je osnovno in učinkovito obrestno mero zelo enostavno razbrati in dokaj enostavno razumeti. A pomožna določila, ki še zadevajo obresti, so bistveno obsežnejša; večdimenzionalna. V pogodbah s sestavljeno obrestno mero dosežejo skoraj 1000 besed;²⁹ toliko kot esej na maturi. Tu se zastavlja vprašanje, ali je prav vse, kar po kreditodajalcih vnaprej pripravljene pogodbe določajo o obrestih, imuno proti kontroli po Direktivi in njenih nacionalnih odganjkih. In obratno: ali vse, kar dopolnjuje številčni opis obrestne mere, predstavlja »stranska« določila, ki so predmet presoje poštenosti?

Filigransko razdelanih meril za prepoznavo glavnega pogodbenega pogoja po 30 letih še ni. Stališče Sodišča EU, da je določilo drugega odstavka 4. člena Direktive izjema, zato ga je treba razlagati ozko,³⁰ je razumljivo. Nadaljnje napotilo nacionalnim sodiščem, da je treba pogodbenne pogoje, ki ustrezajo pojmu glavni predmet pogodbe, »razumeti kot pogoje, ki določajo bistvene dajatve iz te pogodbe in ki ji kot taki dajejo bistvene značilnosti, ob upoštevanju narave, splošne sistematike, pogodbenih določb ter pravnega in dejanskega konteksta pogodbe,«³¹ pa

²⁷ Predlog zakona o varstvu potrošnikov z dne 19. 5. 2021 (EVA 2015-2130-0005), str. 13.

²⁸ Na primer Bar-Gill, str. 460 (na primeru kreditnih kartic).

²⁹ Avtorjeva ocena na podlagi nekaterih dosegljivih vzorcev pogodb slovenskih kreditodajalcev.

³⁰ Sodba SEU C-26/13, *Kásler*, dne 30. 4. 2014, r. št. 42.

³¹ Sodba SEU C-26/13, *Kásler*, dne 30. 4. 2014, r. št. 49–59; ter sodba SEU C-96/14, *Van Hove*, z dne 23. 4. 2015, r. št. 33.

se ne sliši več nedvoumno. Možnih je več interpretacij. Literatura in sodna praksa različnih držav sta doslej razvili dva oziroma tri različne možne pristope.³² Po prvem so glavni predmet samo pogodbeni pogoji, ki opredeljujejo plačilo za tisto, kar je bistvo pogodbe. Slaven primer takega pristopa je v sodbi najvišjega nemškega sodišča o nepoštenosti pogodbenega pogoja, ki določa nadomestilo za odobritev kredita.³³ Po drugem, širšem pristopu so glavni predmet vsi pogodbeni pogoji, ki kakorkoli opredeljujejo plačilo za (vsako) blago ali storitev, ki ju potrošnik dobi s pogodbo. Primer takega razumevanja je nič manj slavna odločba vrhovnega sodišča Združenega kraljestva v zadevi *OFT v Abbey National*.³⁴ Šlo je za presojo določil v pogodbah o vodenju računa, da je v primeru pozitivnega stanja vodenje računa brezplačno (*free if in credit*), medtem ko je prestop v limit sprožil obračun visokih nadomestil. V skladu s široko razlago izjeme iz drugega odstavka 4. člena Direktive (kakršnakoli?) klavzula o nadomestilih za pogodbeno storitev po mnenju lordov pomeni osrednje pogodbeno določilo. Glede na prej omenjeni razvoj sodne prakse bi Sodišče EU takšno stališče danes najbrž odklonilo; morda bi zdržalo na primer pri splošnih pogojih izposoje stvari, saj so spoštovanje pogodbenih rokov ter za primer kršitve predpisana plačila tam bistvena. Tretji pristop je tak ali drugačen kompromis med prvim in drugim. Nemara je prej omenjena nemška sodba v resnici takšne vmesne narave, saj je Zvezno sodišče poudarilo, da so tudi plačila za dodatne storitve izvzeta iz preizkusa poštenosti. Vsaj tiho naklonjenost kompromisnemu stališču je ravno tako zaznati v nekaterih odločbah Sodišča EU, na primer ko je bilo treba soditi o glavni naravi pravice do enostranske spremembe obrestne mere,³⁵ ali v odgovoru na prvo in tretje vprašanje v zadevi *QE*,³⁶ v kateri sploh ni šlo za višino potrošnikovega plačila, temveč za vprašanje predčasne zapadlosti. »Načeloma ne« oziroma »ne, razen če da« sta se glasila očitno ne povsem zadnja odgovora o izključitvi takšnih pogodbenih pogojev iz opisa v drugem odstavku 4. člena Direktive.

V slovenski sodni praksi izrazitih izvirnih rešitev za zdaj ni. Naša sodišča so se z vprašanjem glavnega predmeta pogodbe pretežno ukvarjala v zvezi s krediti v švicarskih frankih. Bolj od razmejitve med glavnimi in preostalimi pogodbenimi pogoji, pri čemer je od leta 2017 na vo-

³² Cámara Lapuente v Atamer, Pichonnaz (ur.), str. 79–80.

³³ Sodba zveznega sodišča (BGH) z dne 13. 5. 2014, XI ZR 405/12, r. št. 24; Zgaga, str. 83, 252, 340. Morda je to v literaturi izdatno obravnavano stališče vplivalo na Sodišče EU v kasnejši sodbi SEU C-84/19, *Profi Polska*, z dne 3. 9. 2020, r. št. 86. Glej tudi sodbo SEU C-565/21, *CaixaBank*, z dne 16. 3. 2023, r. št. 21–24 (odklonilno glede glavne narave posredniških provizij).

³⁴ Sodba z dne 25. 11. 2009, [2009] UKSC 6.

³⁵ Sodba SEU C-143/13, *Matei*, z dne 26. 2. 2015, r. št. 57, 60. Glej tudi sodbo SEU C-472/10, *Invitel*, z dne 26. 4. 2012, r. št. 23.

³⁶ Sodba SEU C-600/21, *QE*, z dne 8. 12. 2022, r. št. 48–51.

ljo izrecno stališče Sodišča EU,³⁷ je v teh zadevah šlo za razlago dejstva, da drugega odstavka 4. člena Direktive nismo prevzeli v ZVPot.

Strnemo lahko, da je pogodbene pogoje, ki zadevajo ceno, mogoče razvrstiti v dve skupini. Nobenih dvomov, da gre za glavni predmet pogodbe v smislu drugega odstavka 4. člena Direktive, ni pri osnovnem opisu predmeta in cene; v kreditni pogodbi torej pri znesku in ročnosti kredita ter obrestni meri.³⁸ Širši krog sestavljajo pomožna določila o tem. Samo zato, ker je določilo pomožno, še ni nujno, da ni glavno. Poved se sliši nadvse protislovno, a ustrezno opiše izziv pravilne uvrstitve posameznih določil v sklop glavnega predmeta pogodbe. To vprašanje bo sodišča vsekakor še zaposlovalo.

Vsaj v primerjalnem pravu. V Sloveniji je na prvi pogled videti, da bo z uveljavitvijo ZVPot-1 to razločevanje odpravljeno – razen kolikor bodo predmet presoje pogodbe, sklenjene pred 26. 1. 2023, pa pri tem na koncu 2. razdelka omenjena nova praksa nekaterih senatov višjih sodišč ne bo prepričala Vrhovnega sodišča. Kljub temu tudi pri nas stvari mogoče ne bodo tako preproste. Za to utegne poskrbeti napovedani element neznanega namena, ki ga je v končno besedilo ZVPot-1 včlenil Državni zbor:³⁹ besedo »lahko« v pravilu tretjega odstavka 23. člena, da se nepoštenost pogodbenih pogojev presoja tudi v zvezi z opredelitvijo glavnega predmeta pogodbe in v zvezi z ustreznostjo med ceno in plačilom. Obrazložitev se je glasila: »S predlagano spremembo presoja v zvezi z opredelitvijo glavnega predmeta pogodbe za sodišče ne bo obvezna, temveč se bo v posameznem primeru sodišče po prosti presoji odločilo, ali je treba presojo širiti tudi na to področje. Ob tem velja poudariti, da morajo biti v vsakem primeru za presojo predmeta in cene pogodbe izpolnjeni pogoji, ki jih zakon določa za opredelitev nepoštenih pogodbenih pogojev.«⁴⁰

Kako bodo sodišča uporabljala ta element neznanega namena, je ta hip povsem neznano. Možnost, da bi Ustavno sodišče zaradi nezadostne določnosti tretji odstavek 23. člena ZVPot-1 razveljavilo, za zdaj odmislimo.⁴¹ Eleganten izhod iz te nenavadne zagate bi bila omejitev presoje poštenosti le na širši krog osrednjih pogodbenih določil, s čimer bi določitev cene v

³⁷ Sodba SEU C-186/16, *Andriuc*, z dne 20. 9. 2017, r. št. 38–41.

³⁸ Primerjaj sklepni predlog generalnega pravobranilca N. Wahla z dne 27. 4. 2017 v zadevi C-186/16, *Andriuc*, r. št. 43.

³⁹ Amandma so prispevali poslanci vladne koalicije.

⁴⁰ Glej <https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/zakonodaja/izbran/!ut/p/z1/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMA-flJo8zivSy9Hb283Q0N3E3dLQwCQ7z9g7w8nAwsnMz1w9EUGAWZGgS6GDn5BhsYGwQHg-pHEaPfA-AdwNCBOPx4FUfNL8gNDQ11VFQEAAXcoa4!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/?uid=C1257A70003E-E6A1C12588BD0022B0A9&db=konzak&mandat=IX&tip=doc> (2. 10. 2023).

⁴¹ Razprava o ustavnopravnih vidikih našega novega pravila ni predmet tega prispevka. Bralci, ki bi radi analizirali te vidike in želijo »nekje začeti«, lahko to storijo na primer pri odločbi US RS U-I-287/95 z dne 14. 11. 1996 (glej zlasti točko 10) ali pri odločbi U-I-28/16 z dne 12. 5. 2016.

ožjem smislu ostala še naprej izvzeta iz kontrole. Toda če bi bil to zakonodajalčev namen, bi v tretjem odstavku 23. člena izpustil odlomek »in v zvezi z ustreznostjo med ceno in plačilom za izmenjane storitve ali blago«. Očitno so se poslanci čisto zares odločili, da tretji veji oblasti podelijo za naše pravo izredno široko diskrecijo.⁴² Pravilna prepoznavna glavnega pogodbenega predmeta bo zato še vedno pomembna tudi pri nas. Pogodbeni pogoji, ki ni osrednje določilo, ne more ubežati presoji poštenosti. Pri osrednjih pogodbenih določilih pa bo naloga sodišč, da razvijejo prepričljiva in notranje skladna merila za njihov sprejem v presojo poštenosti. Ob upoštevanju, da so že na voljo pravila o transparentnosti in o oderuški pogodbi, gre možne kriterije iskati predvsem v okoliščinah zunaj sfere podjetja. V poštev pridejo: razvitost produkta, konkurenčno stanje zadevnega trga, pomen predmeta pogodbe za potrošnike, obstoj specialnih pravil za konkretno blago oziroma storitev, obstoj in pristojnosti panožnega nadzornega organa in tako naprej.

4. Vsebinska presoja poštenosti

Ob napetosti razprave o tem, ali je 23. in 24. člen starega ZVPot treba tolmačiti tako, da so tudi osrednji pogodbeni pogoji podvrženi presoji poštenosti, smo pogosto prezrli, da to ni največji izziv poštenostne kontrole. Najtrši oreh so vsebinska merila nepoštenosti. Pri presoji glavnih pogojev bo naloga dovolj zahtevna že, ko bo šlo za stranske cenovne pogodbene pogoje. Tehtanje pravičnosti cene v ožjem smislu bo samó še napornejše.

To ne pomeni, da je odločanje v popolni diskreciji sodišča. Predstavili smo, kako dolga je bila pot do današnje ureditve. Na njej se je razvilo več pripomočkov za uporabo visoko abstraktnih relevantnih pravnih standardov. Te pripomočke bomo najprej našteali. Ker je tretji odstavek 23. člena ZVPot-1 naša avtonomna rešitev, priloga k Direktivi in odločbe Sodišča EU med njimi same po sebi nimajo nadrejenega statusa. Sledila bo analiza nekaterih primerov pogojev iz pogodb o potrošniških kreditih, ki bi lahko predstavljali glavni predmet pogodbe.

V tem delu razprave bomo zapostavili dejstvo, da so v tretjem odstavku 23. člena ZVPot-1 štiri različna, alternativno določena vsebinska merila nepoštenosti, medtem ko sta v prvem odstavku 3. člena Direktive le dve, ki sta določeni kumulativno. Razhajanje med pravnima aktoma najverjetneje znova ni posledica zavestne odločitve, temveč v 2. razdelku že predstavljene opustitve osvežitve starih Tez s kasneje izpiljenim in sprejetim besedilom Direktive.⁴³ Res se zdi, da je Sodišče EU v slovenskem sistemu alternativnih kriterijev nepoštenosti pre-

⁴² Primerjalnopravno ni brez vsaj daljnih vzporednic. Glej na primer člen 140A Zakona o potrošniških kreditih (Consumer Credit Act) Združenega kraljestva. Glej tudi Atamer, str. 627.

⁴³ Glej tudi Zgaga, str. 208.

poznalo višjo raven varstva potrošnikov,⁴⁴ in res je Sodišče EU samo različno konkretiziralo obe abstraktni merili nepoštenosti iz prvega odstavka tretjega člena Direktive. Toda vsa našeta merila se v veliki meri prekrivajo. Dalo bi se zagovarjati, da splošni pogodbeni pogoji, ki v škodo potrošnika povzroči znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank, vselej nasprotuje načelu poštenja in vestnosti.⁴⁵ Ne preseneča, da številne članice v svoje predpise sploh niso prenesle obeh kriterijev, ki ju predvideva prvi odstavek tretjega člena Direktive:⁴⁶ na praktični ravni ta opustitev ne povzroča nižjega varstva potrošnikov.

4.1. Podobni instituti

Načelo vestnosti in poštenja

Pravila o sodni kontroli splošnih pogojev poslovanja v ZVPot-1 (in še bolj v starem ZVPot) so predvsem prenos Direktive. Toda na njih lahko gledamo – prav kakor na starejše, konceptualno zelo primerljivo pravilo 143. člena ZOR – tudi kot na konkretizacijo načela vestnosti in poštenja. V obeh primerih gre v osnovi za presojo na etični podlagi. Pri potrošniških kreditih je pomen poštenega ravnanja ne le pri sklepanju, temveč tudi pri izvrševanju pravic in izpolnjevanju obveznosti iz teh pogodb še poudarjen s 5. členom Zakona o potrošniških kreditih (ZPotK-2).⁴⁷ Obstoječa širša sodna praksa v zvezi z načelom vestnosti in poštenja torej pride v poštev kot pripomoček za vsebinsko polnitev standardov iz 23. člena ZVPot-1.

Veliko izpeljank iz načela vestnosti in poštenja je »postopkovne« narave. Ne omejujejo pogodbenih vsebin, temveč zapovedujejo ali prepovedujejo določeno obnašanje strank: informacijska dolžnost, prepoved zlorabe pravice, prepoved ravnanja v nasprotju s preteklim obnašanjem. Niso brez pomena za vidike te razprave – posebej ustrezno informiranje, ki si zasluži svoje prispevke in jih tudi dobiva –, a jih ne bomo podrobneje obravnavali. V bolj vsebinskem pogledu je morda najpomembnejša konkretizacija načela vestnosti in poštenja v pogodbenem pravu zahteva po osnovnem upoštevanju interesov nasprotne stranke.⁴⁸ Več sodnih odločb se sklicuje na traktat Vesne Kranjc: »Vestnost in poštenje terjata od udeležencev, da si pri sklepanju in izvrševanju pravic in izpolnjevanju obveznosti ne prizadevajo zgolj za uresničitev svojih interesov, ampak tudi za interese nasprotne stranke. [...] Načelo ne zahteva od udeležencev, naj ne hajo uveljavljati svoje interese. Načelo le opozarja, da pravna pravila določajo meje pri

⁴⁴ Sodba SEU C-405/21, *Nova kreditna banka Maribor*, z dne 13. 10. 2022, r. št. 35. Glej tudi sodbo VS RS II Ips 8/2022 z dne 19. 4. 2023, točke 23–25.

⁴⁵ Stempel, str. 86, op. 35.

⁴⁶ Stempel, str. 88; Cámara Lapuente v Atamer, Pichonnaz (ur.), str. 74.

⁴⁷ Uradni list RS, št. 77/16 in nasl.

⁴⁸ Oziroma v prizadevanju za te interese. Glej sodbi VS RS III Ips 36/2014 z dne 14. 7. 2015, točka 17, in II Ips 205/2015 z dne 2. 6. 2016, točka 10.

uveljavljanju zgolj svojih interesov. Udeleženci morajo biti, kljub nasprotujočim si interesom, drug do drugega lojalni.«⁴⁹ Imperativ osnovnega upoštevanja interesov nasprotne stranke srečamo v malce drugačni zunanji podobi tudi pri analizi naslednjega splošnega instituta, ki je namenjen varovanju pravičnosti v pogodbenem pravu.

Presoja splošnih pogojev poslovanja po OZ

S presojo splošnih pogojev pogodbe na podlagi 121. člena OZ se sodišča niso veliko ukvarjala. Kolikor so se, je največ odločb o splošnih pogojih zavarovalnic, kar ni brez uporabne vrednosti za presojo kreditnih pogodb. Večkrat poudarjeno vsebinsko merilo za presojo pretirane strogosti (v 121. členu OZ se ta pojem pojavlja v družbi s siceršno nepravičnostjo, zato je tudi to merilo nedvomno izpeljava iz načela vestnosti in poštenja) splošnih pogojev je, ali slednji enakomerno porazdelijo rizike pogodbenih strank. Odgovor je odvisen od okoliščin primera. Isto določilo je lahko v posameznih okoliščinah nepravilno in v drugih ne.⁵⁰ Dosegljive odločbe je mogoče dati pod skupni imenovalec s posplošitvijo, da so določila prestroga zlasti tedaj, ko brezizjemno sankcionirajo neko ravnanje zavarovanca, čeprav to ravnanje ne poveča nujno tveganja zavarovalnice.⁵¹

To razlogovanje si zasluži komentar. Glede na relativno prezrtost ekonomike prava v organizaciji pravnega študija, ki je pri nas trajala krepko v to stoletje, se senati, ki so sprejemali našteje odločitve, najbrž niso ukvarjali z ekonomsko analizo pogodbenih pogojev. Toda v odločitvah iz prejšnjega odstavka so instinktivno prišli do sklepov, ki niso tako daleč od zaključkov ekonomike prava. Na kratko osvetlimo »ekonomski« vidik presoje poštenosti. V vsakih pogajanjih imata stranki vsaj delno različne interese. Pogodbeno besedilo, ki nastane na koncu, je takšen ali drugačen rezultat učinkovanja nasprotnih sil obeh strank. Pogodba je v ekonomskem smislu z vidika skupne koristi popolna, če razporedi vsa možna tveganja tako, da vsak pogodbenik prevzame tista izmed njih, ki jih obvladuje lažje oziroma ceneje od sopolgodbenika.⁵² Pri taki razporeditvi tveganj je skupna pripravljenost strank za sklenitev pogodbe največja⁵³ in z njo tudi družbena korist (vsaj če verjamemo, da je ta striktno pozitivno odvisna od obsega menjave). V nepregledni in nepredvidljivi človeški družbi je redkokateri dogovor vnaprej idealen. Toda pogodbeno določila, ki niso usmerjena k idealni razporeditvi tveganj in očitno nesorazmerno bremenijo eno stranko, so lahko v nasprotju z vestnostjo in poštenjem.

⁴⁹ Kranjc v Plavšak, Juhart (ur.), str. 97.

⁵⁰ Kranjc v Plavšak, Juhart (ur.), str. 640.

⁵¹ Sklep VS RS II Ips 26/2016 z dne 30. 11. 2017; sodba VSL II Cpg 201/2010 z dne 6. 4. 2010 (neposredno na podlagi načela vestnosti in poštenja, in ne po 121. členu OZ).

⁵² Cooter, Ulen, str. 215, 217.

⁵³ Schäfer, Ott, str. 325.

V teoriji – težje pa v praksi – je zanimivo merilo nepoštenosti odstopanje pogodbenih pogojev od hipotetične pogodbe, o kateri bi se stranki dogovorili v svetu brez transakcijskih stroškov. Malce poenostavljeno: v svetu, v katerem bi obe stranki imeli na razpolago brezplačno pomoč najboljših pravnih strokovnjakov in neomejeno časa.⁵⁴ Sledi takšnega razmišljanja je zaznati v pomembni sodbi Sodišča EU v zadevi *Aziz*,⁵⁵ ki jo bomo obravnavali čez nekaj odstavkov.

4.2. Črne in sive liste

Uporabno, čeprav ne vsemogoče orodje za prepoznavo nepoštenih pogodbenih pogojev so »črne liste« in »sive liste«. V zgodnji fazi prava splošnih pogodbenih pogojev so jih oblikovali v literaturi. Nekatere države imajo lastne uradne sezname z različnim učinkom.⁵⁶ Ob pripravi direktive o nepoštenih pogojih v potrošniških pogodbah je bilo že od začetka predvideno, da bo generalno klavzulo pospremil seznam primerov nepoštenih pogojev.⁵⁷ Seznam v prilogi k Direktivi je po treh desetletjih živahne evolucije tržnih praks in digitalizacije treba osvežiti. Razen tega ni scela zavezujoč.⁵⁸ Kljub temu je še vedno dokaj uporaben indikator boljše evropskega zakonodajalca. Dva primera pogodbenih klavzul zadevata tudi glavni predmet pogodbe o potrošniškem kreditu. Natančneje: zadevata širši krog pogodbenih določil o ceni, ki niso nujno glavni predmet v smislu drugega odstavka 4. člena Direktive.⁵⁹ To sta naslednja primera:

(1)(j) omogočanje ponudniku, da enostransko spremeni pogodbene pogoje brez tehtnega razloga, ki mora biti določen v pogodbi,

(1)(l) dovolitev, da ponudnik zviša ceno, ne da bi potrošnik imel ustrezno pravico odpovedi pogodbe, če je končna cena previsoka glede na dogovorjeno ceno ob sklenitvi pogodbe.

Pri tem je po določilu točke b drugega odstavka priloge dopusten pogoj, po katerem si ponudnik finančnih storitev pridrži pravico spremeniti obrestno mero ali vsoto drugih stroškov brez predhodnega obvestila, če za to obstaja tehten razlog, pod pogojem, da mora ponudnik o tem čim prej obvestiti potrošnika in ima ta pravico do takojšnje odpovedi pogodbe.⁶⁰

⁵⁴ Primerjaj Kötz, str. 207.

⁵⁵ Sodba SEU C-415/11 z dne 14. 3. 2013, r. št. 69.

⁵⁶ Atamer, Pichonnaz, str. 21.

⁵⁷ Pfeiffer v Wolf, Lindacher, Pfeiffer (ur.), 7, Vorbem. vor Art. 1, r. št. 6.

⁵⁸ Tretji odstavek 3. člena Direktive 93/13/EGS. Primerjaj sodbo SEU C-478/99, *Komisija proti Švedski*, z dne 7. 5. 2002, r. št. 22.

⁵⁹ Glej tudi Cámara Lapuente v Atamer, Pichonnaz (ur.), str. 75.

⁶⁰ Primerjaj 32. uvodno izjavo Direktive 2008/48/ES.

Na opisano se je mogoče opreti pri presoji številnih pogodbenih pogojev v kreditnih pogodbah s spremenljivo obrestno mero. Klavzule o obrestnem dnu v pogodbah o kreditu s sestavljeno obrestno mero⁶¹ se največkrat ne prilegajo povsem opisoma iz točk j in l prvega odstavka priloge. Vendar niso klasično enostransko spreminjanje obrestne mere, kot smo ga omenili v primeru Matei,⁶² temveč uvajajo modificirano sledenje sklicni obrestni meri. Zato se po sklepanju z večjega na manjše zdi primerno stališče, da pride izjema po točki b drugega odstavka priloge v poštev tudi za tak tip pogodbenega pogoja, kolikor za to obstaja tehten razlog. Slednji bo največkrat znova v kreditodajalčevem nabavnem položaju in – za kreditodajalce, za katere velja 176. člen Zakona o bančništvu (ZBan-3) – v predpisih o obvladovanju tržnih tveganj ter o načrtovanju stroškov.⁶³

4.3. Presoja poštenosti v praksi Sodišča EU

Vodilna odločba Sodišča EU, ki razčlenjuje kriterije nepoštenosti iz prvega odstavka 3. člena Direktive, je prej omenjena iz primera Aziz. Pojem znatno neravnotežje v škodo potrošnika je treba med drugim razlagati z analizo dispozitivnih nacionalnih določb. Pri tem niso upoštevna le dispozitivna materialna pravila za konkreten pogodbeni tip, temveč tudi obstoj sredstev, ki so po nacionalni zakonodaji na voljo, da potrošnik doseže prenehanje uporabe določenega pogoja. Večji odmik splošnih pogojev od celovite nacionalne ureditve nakazuje obstoj znatnega neravnotežja. Pri presoji, ali je ugotovljeno znatno neravnotežje v nasprotju z zahtevo dobre vere, je bistveno, ali bi ponudnik, če s potrošnikom lojalno in pravično posluje, razumno pričakoval, da bi potrošnik tak pogoj sprejel v okviru posamičnih pogajanj.

To tolmačenje je našlo pot v številne kasnejše sodne odločbe vseh članic. Ob nespornem vplivu te sodbe se je treba izogniti skušnjavi, da bi jo napravili za dogmo. Še enkrat gre poudariti, da znatno neravnotežje in nasprotovanje zahtevi dobre vere ter poštenja nista neodvisni kategoriji, temveč je med njima zveza in se v nemajhni meri prekrivata.⁶⁴ Tisto, kar je po mojem mnenju v tej odločbi res daljnosežno, je napotek k iskanju hipotetične volje strank v poštenih posamičnih pogajanjih. Kot smo opisali v 2. razdelku, je namreč smisel pravil o preizkusu poštenosti splošnih pogodbenih pogojev glajenje nesorazmerij, ki jih je prinesel privlačno ekspresen, a strupeno hladen način pogajanja in sklepanja pogodb industrijske dobe. (V digitalni dobi to velja, vsaj za zdaj, samo še bolj.)

⁶¹ Primer klavzule: »Če euribor na dan določitve euriborja znaša manj kot 0,00 %, se namesto euriborja upošteva obrestna mera, ki je enaka 0,00 %, vse dokler euribor na dan določitve euriborja ne znaša spet več kot 0,00 %.«

⁶² Sodba SEU C-143/13, *Matei*, z dne 26. 2. 2015.

⁶³ Uradni list RS, št. 92/21; Smernice Evropskega bančnega organa o odobravanju in spremljanju kreditov (EBA/GL/2020/06), odstavek 202 (zlasti alineja b).

⁶⁴ Stempel, str. 86, op. 35.

Pri tem ne smemo zamenjati rezultata poštenih posamičnih pogajanj s slepo prepustitvijo potrošnikovi volji. (Ponovimo: načelo vestnosti in poštenja ne zahteva od udeležencev, naj neahajo uveljavljati svoje interese.⁶⁵) Samo en pogoj je, ki bi ga potrošniki v vseh pogajanjih zanesljivo sprejeli: prepustitev pogodbenega predmeta brez kakršnekoli nasprotne dajatve. Bistvo sojenja, ali bi podjetje »razumno pričakovalo, da bi potrošnik tak pogoj sprejel v okviru posamičnih pogajanj,« torej ni v iskanju zgolj potrošnikove volje, temveč je treba ugotoviti hipotetično voljo obeh strank in nato sklepati o poteku poštenih pogajanj.

Ko gre za presojo pogodbenega pogoja, ki ni cena v ožjem smislu (torej številčno opredeljena obrestna mera), se srečamo še z eno pomembno dilemo: ali na presojo poštenosti vpliva, če je zaradi konkretnega pogoja ponudnik potrošniku omogočil pridobitev storitve po nižji ceni? Vemo, da za obstoj znatnega neravnotežja ni nujno, da stroški, ki so posledica spornega pogoja, pomenijo znaten negativni ekonomski učinek za potrošnika.⁶⁶ Kaj pa obratno: ali znaten (*ex ante*)⁶⁷ pozitivni ekonomski učinek za potrošnika odtehta neravnotežje, ki bi ga sicer lahko očitali ponudniku?

O tem v domačem in primerjalnem pravu ni dovolj sodne prakse. Pred desetletjem je nemško najvišje sodišče zavrnilo obrambo čistilnega servisa, ki je omejitev svoje odškodninske odgovornosti opravičevalo s posledičnim znižanjem cene svojih storitev in z možnostjo, da si potrošnik za presežno škodo sam uredi premoženjsko zavarovanje.⁶⁸ Toda obrazložitev ni bila zgrajena okoli neomajne nepoštenosti takšne klavzule, temveč je sodišče opozorilo na pomanjkljivo informiranost in neiznajdljivost potrošnikov v tovrstnih zavarovalnih poslih. Videti je, da so vrata do upoštevanja nižje cene pri presoji poštenosti vendarle odprta. Tako je prav: če izvezamo ekstremne primere razpolaganja z najosnovnejšimi človeškimi vrednotami, ki morajo ostati striktno prepovedani, je neugodno pogodbeno klavzulo mogoče kompenzirati z dovolj visokim popustom. Protiargument, da se poštenosti ne da kupiti, zavaja: ne gre za »nakup poštenosti«, temveč je obstoj slednje marsikdaj odvisen od cene. V nasprotnem primeru bi bila nepoštena tudi na primer dodobra uveljavljena in pri marsikaterem potrošniku priljubljena prodaja blaga z napako po nižji ceni.

V švicarski literaturi je zanimivo Probstovo razmišljanje. Po njem morejo podjetja domnevo, da potrošniki v individualnih poštenih pogajanjih ne bi sprejeli sporne klavzule, ovreči tako, da dokažejo konkretno prednost, ki kompenzira poslabšanje potrošnikovega pravnega polo-

⁶⁵ Kranjc v Plavšak, Juhart (ur.), str. 97.

⁶⁶ Sodba SEU C-226/12, *Constructora Principado*, z dne 16. 1. 2014, r. št. 22–23.

⁶⁷ Spomnimo na to, da je presoja poštenosti vezana na okoliščine ob sklenitvi pogodbe (prvi odstavek 4. člena Direktive 93/13/EGS). Vendar glej tudi sodbo SEU C-186/16, *Andriuciu*, z dne 20. 9. 2017, r. št. 58.

⁶⁸ Sodba BGH z dne 4. 7. 2013 v zadevi VII ZR 249/12, zlasti r. št. 36–37.

žaja.⁶⁹ Na prvi vtis priročna metoda, katere sprejemljivost se kaže tudi iz 19. uvodne izjave Direktive,⁷⁰ bo v praksi imela resno omejitev. Šolski primer konkretne prednosti, kjer bo ta metoda najuporabnejša, je ugodnejša cena. Odločitev bo razmeroma preprosta, če kreditodajalec po različni (efektivni) obrestni meri ponuja sicer primerljive kredite, od katerih nekateri vsebujejo sporno klavzulo in drugi ne. Dostikrat ni tako. Menim, da v primerih, ko neposredna primerjava ni mogoča, metode še ne gre vnaprej odkloniti. Dokazovanje, da je sporna klavzula omogočila, da so drugi pogoji ugodnejši, bi bilo treba dopustiti tudi drugače, denimo z verodostojnimi gradivi, ki so pospremila oblikovanje produkta. Za podjetje bo takšna obramba težja in za sodišče bo presoja napornejša, toda načelno jo kaže omogočiti. Pri tem ne morem dovolj poudariti, da mora podjetje celo pri nedvomni zvezi med sporno klavzulo in ugodnejšimi drugimi pogoji še vedno paziti na ustrezno informiranje potrošnika. Slednji ne sme kar podleči miku nižjih števil, ampak mora imeti na razpolago dovolj informacij, da lahko presodi, ali so drugi pogoji ugodnejši v zadostni meri, da to *ex ante* pomeni konkretno prednost siceršnjemu poslabšanju njegovega položaja.

5. Primeri presoje pogodbenih pogojev

Doslej povedano preizkusimo na treh primerih pogodbenih pogojev, izmed katerih sta vsaj dva v praksi ponudnikov potrošniških kreditov v Sloveniji pogosta. (1) Prvi je klavzula o obrestnem dnu, ki smo jo že omenili. Da bo sklicna obrestna mera po uveljavitvi ZVPot-1 v predvidljivi prihodnosti spet padla v negativno območje, se ta trenutek ne zdi visoko verjetno. Pravilna presoja te klavzule je kljub temu dovoljšen izziv za obravnavo zgolj na teoretični ravni. (2) Drugi primer zadeva določilo, da se pogodbeni obrestna mera poviša, če potrošnik zapre transakcijski račun pri kreditodajalcu, kar je vsaj na hitro v nasprotju z 98. členom Zakona o plačilnih storitvah, storitvah izdajanja elektronskega denarja in plačilnih sistemih (ZPlaSSIED).⁷¹ (3) Zadnji primer se nanaša na pogodbeni pogoji, ki pride v poštev predvsem pri nebančnih kreditodajalcih: potrošnik ob sklenitvi pogodbe plača dodatno nadomestilo v zameno za pravico do odloga ali prestrukturiranja obrokov, če bi med odplačevanjem kredita imel potrebo po tem.⁷²

5.1. Presoja, ali gre za glavni pogodbeni pogoji

⁶⁹ Probst, r. št. 46, 54, 71.

⁷⁰ Glej drugi in za ilustrativne namene (»iz tega med drugim sledi«) tudi tretji stavek.

⁷¹ Uradni list RS, št. 7/18. Primer je delno povzet po vprašanju za predhodno odločanje SEU v zadevi C-689/20, *Banka DSK*. Predložitveno sodišče je vprašanje kasneje umaknilo.

⁷² Primer je povzet po vprašanju za predhodno odločanje SEU v zadevi C-714/22, *Profi Credit Bulgaria*, vpr. št. 5. Ob zaključnem branju prispevka sodišče o primeru še ni odločilo.

Pred vsebinsko obravnavo poštenosti naštetih pogojev je treba preučiti, ali gre za glavne pogodbene pogoje. Prvi primer ureja pogodbeno obrestno mero. V kreditnih pogodbah, ki so se sklepale do junija 2022, ko je najpogostejša sklicna obrestna mera, 6-mesečni euribor, zapustila negativne vrednosti, je klavzula tudi konkretno določala obrestno mero za začetno obdobje. Odtlej je pogojne narave, če bi se referenčna obrestna mera spet spustila pod nič. Drugi primer prav tako zadeva obrestno mero, vendar le če potrošnik s svojim aktivnim ravnanjem povzroči uresničitev določenega pogoja. Tretji primer ne določa višine obresti, temveč dodatno neobrestno plačilo.

V skladu s širokim, »angleškim« razumevanjem glavnega predmeta pogodbe bi se vsi trije primeri izognili presoji poštenosti (pri tem ne gre izključiti možnosti izpodbijanja na drugi pravni podlagi, na primer po pravilih o pogodbeni kazni ali po specialnih predpisih o plačilnih storitvah). V primeru odločitve za ožji pristop je sodba zahtevnejša. Na prvi pogled še najmanj v prvem primeru, saj je pri roki stališče Sodišča EU v zadevi *Ibercaja Banco*.⁷³ Iz te sodbe je implicitno – vprašanje za predhodno odločanje namreč ni neposredno mérito na kvalifikacijo pogodbenega pogoja kot glavnega predmeta –, a dokaj nedvoumno razbrati, da gre pri pogoju obrestnega dna za glavni predmet. Dejansko stanje v primeru iz Aragonije sicer ni bilo enako, kot je v tipičnem besedilu pogoja o obrestnem dnu slovenskih kreditodajalcev: Ibercaja Banco je, razen najnižje, določila tudi najvišjo obrestno mero.⁷⁴ Vseeno se zdi malo verjetno, da bi ta okoliščina, gotovo relevantna kasneje v morebitni vsebinski presoji poštenosti, mogla vplivati na prepoznavo glavnega pogodbenega predmeta. Še zlasti to velja, če je pogoj obrestnega dna konkretno učinkoval že ob sami sklenitvi kreditne pogodbe, torej če je bila sklicna obrestna mera v tem času negativna. V tem primeru namreč ni preveč drzno sklepati, da je šlo za »pogoj, ki določa bistveno dajatev iz pogodbe, ob upoštevanju narave, pogodbenih določb ter dejanskega konteksta pogodbe [podč. avt.].«⁷⁵

Povsem drugače je s pogojem o »kazenskem« dvigu obrestne mere v primeru zaprtja transakcijskega računa pri kreditodajalcu. Bistvenost takšne dajatve si je ob pregovorni zvestobi potrošnikov do svojih bank kar težko predstavljati. Če k temu dodamo naklonjenost prej omenjenega specialnega predpisa svobodni izbiri ponudnika plačilnih storitev, bo zatrjevanje, da gre pri takem pogodbenem pogoju za glavni predmet, zelo težavno.

V tretjem primeru ne gre za tipično potrošnikovo plačilo v kreditni pogodbi, obresti. Vendar bi bilo ne kreativno, če bi neobrestnim plačilom brezizjemno odrekli vlogo glavnega predmeta pogodbe samo iz formalnih razlogov. Tudi ožja izmed možnih razlag drugega odstavka 4. člena Direktive ni omejena na obresti. Kot smo v 3. razdelku videli v znanem nemškem

⁷³ Sodba SEU C-452/18 z dne 9. 7. 2020, r. št. 40–56.

⁷⁴ Sodba SEU C-452/18 z dne 9. 7. 2020, r. št. 14.

⁷⁵ Sodba SEU C-26/13, *Kásler*, dne 30. 4. 2014, r. št. 49–55.

primeru,⁷⁶ so celo po tej razlagi glavni predmet pogodbe tudi druga plačila, če potrošnik v zameno zanje prejme dodatno storitev, ki ni konzumirana že v osnovni kategoriji kredita. Pravica do odloga odplačil ni samoumevna. Res je, da ima ZPotK-2 nekaj kogentnih določil, ki varujejo potrošnike s težavami pri odplačevanju kreditov (zlasti za nepremičnino) (na primer drugi do četrty odstavka 54. člena in četrty odstavka 61. člena ZPotK-2). Vendar na podlagi zakona z izjemo občasnih interventnih predpisov še ni pravice do odloga. Če pogodbeni pogoj v zameno za dodatno plačilo potrošniku daje opcijo, da z enostransko izjavo zamakne zapadlosti obrokov, in jo potrošnik potrebuje, bi lahko tudi po ožjem pristopu spadal med osrednja določila.

5.2. Vsebinska presoja

Očitek klavzuli obrestnega dna je enostavno formulirati: kreditodajalec si je z njo v obdobju nizkih obrestnih mer zagotovil vsaj minimalno raven prihodka od obresti, s čimer je od sebe odvrnil najtežje posledice padca cene denarja, ne da bi kreditodajalcu prihranil najtežje posledice njenega kasnejšega dviga. Šolski primer nelojalnega poslovanja, pri katerem je podjetje upoštevalo izključno svoje interese – ali pač legitimen odziv na zgodovinsko edinstvene razmere na trgu denarja, ki ga povrhu implicitno »priznavajo« celo pozitivni predpisi (drugi odstavka 57. člena ZPotK-2)?

Sojenja se je mogoče lotiti na več načinov. Nakazal sem že, da je izmed pristopov k detekciji nepravilnosti posebej zanimiv tisti, ki izhaja iz širših okoliščin, zaradi katerih je sploh nastalo pravo splošnih pogodbenih pogojev. To je iskanje hipotetične volje strank v poštenih posamičnih pogajanjih. Če so vse druge pogodbene sestavine enake, je kredit brez klavzule obrestnega dna v obdobju negativne vrednosti sklicne obrestne mere seveda cenejši od kredita z določeno najnižjo skupno obrestno mero. Toda iz tega še ni mogoče sklepati, da kreditodajalec ne more razumno pričakovati, da bi potrošnik tak pogoj sprejel.

Učbeniški primer analize poštenih pogajanj o klavzuli spremenljive cene sta sestavila Schäfer in Ott.⁷⁷ Posnemajmo njun zgled: kreditodajalec bi na potrošnikove očitke o nesimetričnosti pogoja obrestnega dna najbrž odvrnil, da bo brez tega pogoja vsaj kratkoročno posloval z izgubo. »Toda saj bi najel kredit za 25 let in euribor ne bo vselej negativen ter boste z menoj zaslužili več kot dovolj,« bi odvrnil potrošnik. »Prvi hip so zakonodajalci ocenjevali, da bo euribor negativen le nekaj mesecev, a zdaj to stanje traja že pet let,« bi se branil kreditodajalec. »Kdo ve, kdaj bo temu konec. Meni nihče ne posoja po negativni obrestni meri. Morda si to lahko privoščijo v Frankfurtu, tu pa je drug svet. Razen tega regulator neusmiljeno opazuje, kako upravljamo tržna tveganja. Lahko se dogovoriva za kredit brez te klavzule, vendar bo pribitek

⁷⁶ Sodba zveznega sodišča (BGH) z dne 13. 5. 2014, XI ZR 405/12.

⁷⁷ Schäfer, Ott, str. 364–370.

na euribor potem bistveno višji. Vanj moram všteti vso trenutno negativno vrednost euribor in ga še dodatno povišati za rezervacijo za tveganje dodatnega upadanja v prihodnosti. Ne verjamem, da se vam to še splača. Premislite o kreditu po fiksni obrestni meri.«

»Dramski prizor« na tem mestu prekinimo. Namen tega prispevka ni podati definitivnih sodb o konkretnih primerih. Ne nazadnje bi jim bilo lahko očitati uvodoma poudarjena nasprotja interesov. Ta pa ne preprečujejo razprave, kakšna naj bodo vodila za odločanje, ki bodo najverjetneje pripeljala do prepričljivih sklepov. Opisane iztočnice – zapostavljene, a vsaj prikrito prisotne že v dosedanjem stanju pravne stroke – so zgodovinsko, namensko in evropskoppravno vsekakor smiselne. Nikakor niso edine možne. Končne sodbe bodo odvisne od okoliščin primerov. Stranke sodišč ne bodo prepričevale z gledališkimi igrami. Toda če bodo kreditodajalci predstavili tehtne razloge, ki jih omenja priloga k Direktivi, je to lahko indic, da bi v hipotetičnih poštenih pogajanjih pogoj obrestnega dna branili tako srdito, da bi se mu tudi individualno dogovorjena pogodba ne izognila. Ali pa bi bila s tem pogojem, v smislu Probstovega pristopa, za potrošnika *ex ante* toliko cenejša, da ni nerazumno pričakovati, da bi potrošnik privolil vanjo. Da je takšen pristop pravilen pri presoji pomožnih cenovnih določil, je med vrsticami razbrati tudi iz sodbe Sodišča EU v primeru *Banco Primus*.⁷⁸

Drugi primer se od prvega razlikuje v več pogledih. Drugače kot pri pogoju obrestnega dna je njegov vpliv na pogodbeno obrestno mero v celoti v potrošnikovih rokah; če se ne bo odločil za zaprtje računa pri kreditodajalcu, se pogodbeni obrestni meri ne bo spremenila. Razlika je tudi, da v drugem primeru obstajajo zakonska pravila, ki urejajo pravico do odpovedi trajnega pogodbenega razmerja. Poleg že omenjenega kogentnega pravila 98. člena ZPlaSSIED je tu še splošna pravica do odpovedi iz prvega odstavka 333. člena OZ.

Kljub temu po mojem mnenju tak pogodbeni pogoj ni nujno nepošten. Skoraj vse v ta namen potrebne argumente smo že spoznali. Dodajmo le, da ima kreditodajalec zaradi kontrolnega in kvazizavarovalnega pomena kreditojemalčevega računa upravičen interes po njegovem vodenju. Večina potrošnikov prejema le en glavni dohodek. Položaj kreditodajalca se s preusmeritvijo tega dohodka na drug račun v neki meri poslabša. Potrošnik je v izvršitvi odpovedi pogodbe o vodenju računa prost; posledice ga bodo doletele v obliki višje obrestne mere pri kreditu (kjer je ne nazadnje tudi možna menjava pogodbenega partnerja, pri kreditih s spremenljivo obrestno mero celo brez stroškov, po 3. točki petega odstavka 22. člena ZPotK-2). Dvig obrestne mere, ki je s pogodbo predviden v razumni višini,⁷⁹ je kompenzacija za poveča-

⁷⁸ Sodba SEU C-421/14, *Banco Primus*, z dne 26. 1. 2017. Šlo je za pogoj, da se obresti izračunajo upoštevaje 360 dni v letu, kar je za kreditojemalca nekoliko dražje. Napotitev na razumno pričakovanje, da bi potrošnik tak pogoj sprejel v okviru posamičnih pogajanj, je pri r. št. 60.

⁷⁹ Primerjaj 252. člen OZ; da je pogodbeni kazen v pogodbah o potrošniškem kreditu možna (v zavarovanje nedelarne obveznosti), implicitno izhaja iz drugega odstavka 16. člena ZPotK-2, ki je povzel točko d drugega odstavka 18. člena Direktive 2008/48/ES.

no tveganje kreditodajalca in je dopusten. V primeru, da je bil potrošnik za zavezo k ohranitvi računa »nagrajen« z nižjo obrestno mero, ni mogoče vnaprej zavrniti teze, da bi v pogodbeni pogoj o pogodbeni kazni privolil tudi na podlagi individualnih pogajanj.

Sodba o poštenosti tretjega primera je prav tako močno odvisna od njegovih podrobnosti. Če podjetje pravice, ki jih imajo potrošniki po zakonu, predstavlja kot posebnost ponudbe, gre za zavajajočo poslovno prakso (deseta točka 51. člena ZVPot-1). Vsaka razprava o hipotetični volji strank je v tem primeru odveč. Nasprotno nepoštenosti ni, če je bil pogodbeni pogoj oblikovan tako, da je z njim potrošnik dejansko dobil pravico do enostranske določitve kasnejše zapadlosti posameznih obrokov, in je pri tem smel prosto izbirati, ali bo v pogodbo proti doplačilu dodal ta pogoj.

5.3. Presoja valute kredita in obrestne mere

Za konec vzemimo pod drobnogled še samo središče pogodbe o kreditu: znesek in valuto kredita ter obrestno mero. V skladu s tretjim odstavkom 23. člena ZVPot-1 ni formalnih ovir, da sodišča svoje diskrecijske pravice ne bi razširila tudi nad povsem osrednji pogodbeni pogoj. Čeprav je tretji odstavek 23. člena ZVPot-1 morda nastal prav zaradi izkušenj s krediti v švicarskih frankih, menim, da bi bila njegova uporaba za presojo najbistvenejših pogojev pogodb o potrošniških kreditih silno neposrečena. Presoja dopustne višine obresti že od leta 2004⁸⁰ ne temelji le na generalni klavzuli prepovedi oderuških poslov, temveč so meje izrecno določene. Za kreditodajalce, ki niso banke oziroma hranilnice, velja, da sme efektivna obrestna mera na dan sklenitve pogodbe znašati največ 200 odstotkov zadnje objavljene povprečne efektivne obrestne mere, ki jo uporabljajo banke in hranilnice (26. člen ZPotK-2). Po mojem védenju to omejitev dosledno upoštevajo tudi banke in hranilnice. Končno, z uveljavitvijo nove direktive o potrošniških kreditih naj bi države članice uvedle količinske omejitve obrestne mere oziroma skupnih stroškov kredita za vse kreditodajalce.⁸¹ Glede kreditov v tuji valuti veljavni ZVPot-2 za zaščito potrošnikov prav tako vsebuje več posebnih pravil o informiranju in o pravici do konverzije v domačo valuto (šesti odstavek 7. člena, 22. točka drugega odstavka 12. člena, 4. točka prvega odstavka 38. člena, 7. točka prvega odstavka 39. člena in 52. člen ZPotK-2).

Zato presoja poštenosti glavnega predmeta oziroma razmerja med ceno in storitvijo na splošno ne bo smiselna tam, kjer v dobro potrošnikov že obstajajo specialna pravila. Utemeljena

⁸⁰ Člen 6 Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o potrošniških kreditih (ZPotK-A), Uradni list RS, št. 41/04.

⁸¹ Evropska komisija, Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o potrošniških kreditih, 30. junij 2021, COM(2021) 347, člen 31.

bo kvečjemu tam, do koder varstvo teh pravil ne seže. To bo predvsem pri nekaterih vidikih produktov v zgodnji razvojni fazi, ko specialna pravila še niso razvita.

6. Sklep

V novi ureditvi presoje poštenosti glavnega predmeta potrošniških pogodb, sklenjenih z uporabo vnaprej pripravljenih splošnih pogojev, je dobrega pol leta po uveljavitvi ZVPot-1 malo gotovega. Kriteriji za kategorizacijo glavnega predmeta in s tem za ločevanje med obligatorno ter fakultativno presojo poštenosti za zdaj niso dokončno razdelani. Pripomočki za vsebinsko presojo poštenosti so že na voljo, vendar so uporabni predvsem za presojo pomožnih cenovnih pogojev in ne tudi razmerja med plačilom ter prejeto storitvijo. Končno in morda ključno, merila za sprejem glavnega pogodbenega pogoja v presojo poštenosti so popolna neznanka. Preden bomo imeli takó razdelano sodno prakso, da bo pravni položaj podjetij in potrošnikov dovolj predvidljiv, bo minila vrsta let.

Kljub temu lahko podjetja vsaj pri pomožnih cenovnih pogojih zmanjšajo pravna tveganja. Podjetja, vključno z bankami, v skrbi za svoj ugled vse bolj poudarjajo svojo družbeno odgovornost. Družbeno odgovorno podjetje si pri vsakodnevnih poslovnih dejavnostih pristočno prizadeva upoštevati družbene in okoljske potrebe.⁸² Zato ni pretirano pričakovati, da kreditodajalci pri razvoju produktov analizirajo interese potrošnikov. S tem, ko bodo to storili, bodo obenem izpolnili zahteve panožne regulative.⁸³ In s tem, ko bodo to dokumentirali, si bodo olajšali ne le dokazovanje panožnemu nadzornemu organu, temveč tudi argumentacijo v morebitnih prihodnjih sporih. Simulacija poštenih individualnih pogajanj, na katero smo se v drugem delu tega prispevka pogosto sklicevali, naj bo v samem središču te analize.

Literatura

- ATAMER, Yeşim. Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer – Insights from Behavioural Law and Economics. *The Modern Law Review*, 2017, letn. 80, 4, str. 624–660.
- ATAMER, Yeşim, PICHONNAZ, Pascal (ur). *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts*. Cham: Springer, 2020.
- BAR-GILL, Oren. Price Caps in Multiprice Markets. *The Journal of Legal Studies*, 2015, letn. 44, št. 2, str. 453–476.

⁸² Glej <<https://spot.gov.si/sl teme/kaj-je-druzbeno-odgovornost-podjetij/>> (26. 9. 2023).

⁸³ Odstavek 39.b Smernic Evropskega bančnega organa o odobravanju in spremljanju kreditov (EBA/GL/2020/06).

- BRANDNER, Hans Erich, ULMER, Peter. The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission. *Common Market Law Review*, 1991, letn. 28, št. 3, str. 647–662.
- COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Ekonomska analiza prava*. Ljubljana: Finance, 2005.
- GAŠPERIN, Urška. *Presoja splošnih pogojev poslovanja*, magistrsko delo. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2011.
- GSELL, Beate. Deutsche Erfahrungen mit der begrenzten Erstreckung der Klauselkontrolle auf den unternehmerischen Verkehr. V: Kindl, J., Perales Viscasillas, M., in Arroyo Vendrell, T. (ur.), *Standardisierte Verträge – zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*. Baden Baden: Nomos, 2017, str. 237–257.
- KÖTZ, Hein. *Europäisches Vertragsrecht*. 2. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- LEHMANN, Mathias, UNGERER Johannes. Save the ‚Mittelstand‘: How German Courts Protect SMEs from Unfair Terms. *European Review of Private Law*, 2017, letn. 25, št. 2, str. 313–336.
- MCCOLGAN, Peter. *Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.
- PLAVŠAK, Nina, JUHART, Miha (ur.). *Obligacijski zakonik s komentarjem*, I. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- PROBST, Thomas. Bankgebühren und der Schutz des Kunden vor missbräuchlichen AGB. *Jusletter*, 24. 4. 2017.
- SCHÄFER, Hans-Bernd, OTT, Klaus. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. 2. Auflage. Berlin: Springer, 1995.
- STEMPEL, Christian. *Treu und Glauben im Unionsprivatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- WOLF, Manfred, LINDACHER, Walter, PFEIFFER, Thomas (ur.). *AGB-Recht*. 7. Auflage. München: C. H. Beck, 2020.
- ZGAGA, Matevž. *Meje avtonomije strank v kreditni pogodbi*. Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 2021.

Izvorni znanstveni članek
UDK 366.542+366.546

Vrste in značilnosti garancij v ZVPot-1

LUCIJA STROJAN
*magistrica prava, raziskovalka
na Inštitutu za Primerjalno pravo
pri Pravni fakulteti v Ljubljani*

1. Uvod

Prispevek se osredotoča na ureditev instituta garancije v slovenskem pravnem redu, kakršnega vzpostavlja Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot-1).¹ Glede na Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot)² novi zakon ohranja obvezno garancijo (sicer zgolj) proizvajalca in k prostovoljni garanciji dodaja t. i. tržno garancijo trajnosti. V slovenskem prostoru imamo torej še vedno opraviti z dvema vrstama garancij. Prva je obvezna garancija, ki pomeni zakonskemu jamčevanju vzporedno kogentno ureditev varstva kupčevega interesa.³ Druga je prostovoljna (tržna) garancija, ki ji je v skladu z aktualnimi vizijami dodana nova podkategorija.

Ureditev obvezne garancije je posledica vztrajanja pri rešitvah, kot jih je poznal ZVPot, in implementacije Direktive (EU) 2019/771 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2019 o nekaterih vidikih pogodb za prodajo blaga, spremembi Uredbe (EU) 2017/2394 in Direktive 2009/22/ES ter razveljavitvi Direktive 1999/44/ES (Direktiva 2019/771).⁴ Zakonodajno ureditev je treba analizirati z vidika njene skladnosti z zahtevami direktive, posebej glede na njen pristop popolne harmonizacije. Ne glede na to pa si je treba zastaviti tudi vprašanje smiselnosti ohranitve obvezne garancije. Glede tega instituta je (strokovna) javnost razdvo-

¹ Uradni list RS, št. 130/22.

² Uradni list RS, št. 98/04 – UPB, 114/06 – ZUE, 126/07, 86/09, 78/11, 38/14, 19/15, 55/17 – ZKotI, 31/18 in 130/22 – ZVPot-1.

³ Instituta odgovornosti za stvarne napake oziroma neskladnost blaga (jamčevanje) in odgovornosti za brezhibno delovanje tehničnega blaga (garancija) sta si sicer podobna, vendar pravno povsem različna (Brus 2020b, str. 27), oba pa v svojem bistvu ščitita isti kupčev interes (Možina 2011a, str. 39). Razlika med njima je predvsem v vsebini odgovornosti v smislu pravno-formalnega temelja, krogu odgovornih oseb, notifikaciji, hierarhiji zahtevkov ter v časovnih dejavnih obeh institutih. Glej tudi Brus 2020a, str. 10–11; Možina 2009, str. 155 in nasl.

⁴ UL L 136, 22. 5. 2019.

jena, pri čemer iz zakonodajnega gradiva ZVPot-1 veje prepričanje, da je obvezna garancija potrebna za ohranitev visoke ravni varstva, ki so jo do zdaj uživali slovenski potrošniki. Hkrati je ob obravnavi obvezne garancije smiselni pregled njenih rešitev glede na veljaven sistem jamčevanja. Čeprav jamčevanje in garancija nikakor nista isti institut, lahko kupec v večini primerov, kadar stvar ne deluje, prosto izbira pot uveljavljanja svojega ekvivalenčnega interesa.⁵ Zato sledi razčlenitev, v čem o(b)stajajo prednosti obvezne garancije glede na kogentno jamčevanje, posebej glede na sprejete spremembe obeh institutov.

Poleg obvezne garancije, ki je v našem prostoru že popolnoma zasidrana, od prenosa Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij (Direktiva 1999/44/ES)⁶ poznamo tudi tržno in s tem prostovoljno garancijo. V nasprotju z institutom obvezne garancije deluje slednja na temeljih prostega trga in konkurence. Kot novost Direktiva 2019/771 – posledično pa tudi ZVPot-1 – vpeljuje prostovoljno garancijo trajnosti kot posebno podkategorijo prostovoljne garancije. Slednja spodbuja k popravilu in zamenjavi blaga ter s tem subjekte na trgu opominja na njihovo (so)odgovornost v procesu krožnega gospodarstva. Vendar se kljub temu zdi, da – razen imena, katerega poudarek sicer ni zanemarljiv – v primerjavi z »navadno« tržno garancijo vsebinsko ne prinaša posebnih novosti.

2. Kolaž garancij po ZVPot-1

Vrste in značilnosti garancij po ZVPot-1 so posledica sestavljanja različnih (pravnih) pristopov k varstvu interesa kupca, ki za svoj denar pričakuje stvar, ki v razumnem časovnem intervalu po nakupu služi svojemu namenu. Izvorno gre za jugoslovanski sistem, ki mu je bil v skladu z Direktivo 1999/44/ES pripet evropski.⁷ Ob implementaciji Direktive 2019/771 in sprejetju ZVPot-1 ni prišlo do konceptualnega preoblikovanja ureditve, ampak le do zožitve kroga obveznih garantov.

Institut obvezne garancije, ki ga je Vrhovno sodišče RS označilo za »relikt iz preteklosti«, se je drugače zasnovanemu sistemu jamčevanja za pravilno izpolnitev potrošniške prodajne pogodbe na ravni EU navkljub v slovenskem pravnem redu ohranil vse do danes.⁸ Obvezna

⁵ Možina 2009, str. 155–156. Sklep VS RS II Ips 358/2005 z dne 18. 4. 2007: »Odgovornost za stvarne napake in garancija za brezhibno delovanje prodane stvari se do izpolnitve zahtevkov iz ene ali druge oblike odgovornosti [...] ne izključujeta.«

⁶ UL L 171, 7. 7. 1999.

⁷ Možina 2009, str. 145.

⁸ Sodba VS RS II Ips 1001/2008 z dne 17. 5. 2012, točka 9. Sodba se sicer nanaša na ureditev ZVPot, vendar obvezno garancijo ohranja tudi ZVPot-1.

garancija, ki je druge države članice EU načeloma ne poznajo,⁹ izvira iz prejšnjega sistema.¹⁰ Varstvo kupca je bilo v jugoslovanski ureditvi zagotovljeno prek kogentne garancije za brezhibno delovanje tehničnega blaga in dispozitivne odgovornosti prodajalca za stvarne napake.¹¹ Ideja varstva evropskega kupca pa je obratna: sistem kogentne odgovornosti prodajalca, nadgrajen z možnostjo prostovoljne garancije.¹² »Evropska« garancija je oblikovana kot konkurenčno orodje in zato že po naravi prostovoljna ter s tem tržna.¹³ ZVPot je ob prenosu Direktive 1999/44/ES navedena sistema spojil v ureditev kogentne garancije za tehnično blago in kogentnega jamčevanja z možnostjo dodajanja prostovoljne garancije.¹⁴

V okviru Direktive 2019/771 institut garancije – enako kot v sistemu njene predhodnice – pomeni dodatne, prostovoljne zaveze garanta, ki dopolnjujejo obvezno odgovornost prodajalca.¹⁵ Direktiva obravnava garancije kot konkurenčno sredstvo, ki proizvajalcem in prodajalcem omogoča, da tekmujejo na podlagi garancij, ki jih ponujajo.¹⁶ Ker je garancija tržni mehanizem, z direktivo ni obsežno regulirana. Direktiva 2019/771 jo ureja v samo enem členu,¹⁷ in sicer zgolj glede njenih ključnih vidikov, strnjenih v dveh načelih – v načelu veza-nosti in načelu transparentnosti.¹⁸ Kot novost Direktiva 2019/771 uvaja tržno garancijo traj-

⁹ Nacionalne ureditve drugih držav članic obvezne garancije ob kogentni odgovornosti prodajalca za neskladnost blaga načeloma ne poznajo. Viri starejšega datuma kot edino izjemo poleg Slovenije navajajo Madžarsko (Možina 2011a, str. 44 (glej op. št. 19 nav. dela); Twigg-Flesner 2008, str. 436; Evropska komisija 2007, str. 9), ki poleg zakonskega jamčevanja predvideva tržno garancijo, ki je bodisi obvezna bodisi pogodbeno (Szilágyi, str. 269–270). Tudi po implementaciji Direktive 2019/771 Madžarska ohranja obvezno garancijo. Več: Szilágyi, str. 270 in nasl. Nekoliko novejša študija iz leta 2017 kot izjemo navaja Grčijo, ki pozna obvezno tržno garancijo dobavitelja (angl. *mandatory commercial guarantee of the supplier*). Vendar ob navedbi, da nobena od drugih držav članic ne pozna predpisa, ki bi določal obvezno poslovno prakso proizvajalca, spregleda slovensko ureditev (Tonner, Malcolm, str. 30). Navkljub možnosti, da se je ureditev drugod spremenila, velja zaključiti, da je slovenska ureditev precej svojevrsten fenomen znotraj EU.

¹⁰ Weingerl 2020, str. 132.

¹¹ Možina 2011a, str. 39. Več: Možina 2009, str. 146–149.

¹² Institut prostovoljnih garancij je bil izvorno imenovan tržne garancije (angl. *commercial guarantees*) že pred sprejetjem Direktive 1999/44/ES, s čimer se je zasledovala ločitev od »zakonskih garancij« (angl. *legal guarantees*) oziroma zakonskih pravic iz naslova odgovornosti prodajalca (glej Evropska komisija 1993, str. 13), vendar končno besedilo Direktive 1999/44/ES ni vsebovalo takšnega poimenovanja. Malinvaud, str. 220. Glej tudi Bradgate, Twigg-Flesner, str. 171–172. Direktiva 2019/771 za institut uporablja pojem tržne garancije. Primerjaj točko e drugega odstavka 1. člena Direktive 1999/44/ES (»garancija«) in 12. točko 2. člena Direktive 2019/771 (»tržna garancija«).

¹³ Bradgate, Twigg-Flesner, str. 170; Malinvaud, str. 220–221. Glej tudi 21. uvodno izjavo Direktive 1999/44/ES.

¹⁴ Možina 2009, str. 145.

¹⁵ Glej 62. uvodno izjavo Direktive 2019/771 in definicijo pojma v 12. točki 2. člena Direktive 2019/771.

¹⁶ Tako Bradgate in Twigg-Flesner glede garancije po Direktivi 1999/44/ES. Glej Bradgate, Twigg-Flesner, str. 170.

¹⁷ Glej 17. člen Direktive 2019/771.

¹⁸ Tako Možina, sicer glede garancije po Direktivi 1999/44/ES. Glej Možina 2011a, str. 43–44.

nosti (angl. *commercial guarantee of durability*). Čeprav pojma kot takega ne definira, pojasnjuje njena elementa – pojma tržne garancije in trajnosti. Tržna garancija pomeni zavezo garanta (prodajalca ali proizvajalca) potrošniku poleg zakonskih obveznosti prodajalca iz naslova jamčevanja, da bo na katerikoli način povrnil plačano kupnino ali zamenjal, popravil ali servisiral blago, če le-to ne izpolnjuje specifikacij ali drugih zahtev, ki niso povezane s skladnostjo, iz garancijske izjave ali ustreznega oglasa, ki je potrošniku na voljo ob sklenitvi pogodbe ali pred tem.¹⁹ Hkrati trajnost označuje zmožnost blaga, da ob običajni uporabi ohranja svoje potrebne funkcije in zmogljivosti.²⁰ V skladu s tem ZVPot-1 vnaša tržno garancijo trajnosti in ohranja obvezno garancijo v delu, ki je po mnenju zakonodajalca še dovoljena glede na okvir aktualne direktive.

Institutu garancije je v ZVPot-1 namenjen 4. odsek, ki je razdeljen na splošne določbe (od 89. do 93. člena), ki veljajo tako za prostovoljno kot za obvezno garancijo, ter določbe, ki se nanašajo zgolj na obvezno garancijo (od 94. do 98. člena). Najprej je na vrsti njegova opredelitev (prvi odstavek 89. člena ZVPot-1).²¹ Takoj na začetku je – nekoliko pedagoško – pojasnjena slovenska posebnost: garancija je prostovoljna (tržna) ali obvezna (drugi odstavek 89. člena ZVPot-1).

Pri prostovoljni garanciji ZVPot-1 glede na vsebino Direktive ne prinaša posebnih vsebinskih odmikov.²² Prenos določbe 17. člena Direktive 2019/771 je v ZVPot-1 uvrščen med splošne določbe. Poudarjena je vezanost garanta na vsebino garancijskega lista in povezana oglaševalska sporočila (glej 90. člen ZVPot-1). Zakon nato postavlja zahteve glede vsebine garancijske izjave²³ in zahtevi, da mora biti garancijski list sestavljen v jasnem in razumljivem jeziku ter izdan na trajnem nosilcu podatkov (tretji odstavek 91. člena ZVPot-1). V zvezi z vsebino garancijskega lista je zakonodajalec izkoristil možnost določitve pravil o drugih vidikih tržnih garancij in dodal, da mora biti v primeru, da je blago namenjeno prodaji na ozemlju Republike Slovenije, garancijski list v celoti v slovenskem jeziku (tretji odstavek

¹⁹ Glej opredelitev pojma v 12. točki 2. člena Direktive 2019/771.

²⁰ Glej opredelitev pojma v 13. točki 2. člena Direktive 2019/771.

²¹ Primerjaj prvi odstavek 89. člena ZVPot-1 z 12. točko 2. člena Direktive 2019/771.

²² Razlike so terminološke. Direktiva 2019/771 izključno uporablja izraz tržne garancije, ZVPot-1 govori o prostovoljni (tržni) garanciji, s čimer se poudarja njena prostovoljna narava (kar je v okviru direktive samoumevno) kot nasprotje obvezne garancije. Nato 17. člen Direktive 2019/771 na primer uporablja izraz oglas, 90. člen ZVPot-1 pa uporablja izraz oglaševalsko sporočilo itd.

²³ Podatki, ki jih mora vsebovati garancijski list, so naštet v drugem odstavku 91. člena ZVPot-1. Med zahtevanimi podatki garancijskega lista je – glede na Direktivo 2019/771 – v primeru blaga, za katero je izdaja garancije obvezna, dodan čas po preteku garancijskega roka, v katerem garant zagotavlja potrošniku vzdrževanje, nadomestne dele in priklonpe aparate (11. točka drugega odstavka 91. člena ZVPot-1). Glede drugih odstopanj primerjaj drugi odstavek 17. člena Direktive 2019/771 in drugi odstavek 91. člena ZVPot-1.

91. člena ZVPot-1).²⁴ Neizpolnjevanje zahtev glede garancijskega lista seveda ne vpliva na zavezujočo naravo garancije (četrti odstavek 91. člena ZVPot-1). Nato med splošnimi določbami sledi poseben člen, ki je namenjen tržni garanciji trajnosti. To je prepis besedila Direktive.²⁵ Splošne določbe glede garancije ZVPot-1 zaključijo z določbo glede »izgube pravic«. Pravice iz naslova garancijskega lista prenehajo po poteku dveh let od dneva, ko jih je potrošnik uveljavljal (93. člen ZVPot-1).²⁶

Zanimivejše pa so določbe, ki urejajo obvezno garancijo. Takoj je treba poudariti, da obvezna garancija velja le za t. i. tehnično blago.²⁷ Prav tako je pomembno, da obvezna garancija ne velja le v razmerjih med podjetji in potrošniki (B2C), ampak velja tudi v razmerjih med podjetji (B2B).²⁸ Pretežno gre za prepis členov iz ZVPot z določenimi novostmi. Najpomembnejša je nedvomno ta, proti komu lahko potrošnik uveljavlja pravice za brezhibno delovanje blaga; na podlagi ZVPot je potrošnik lahko obvezno garancijo uveljavljal tako proti proizvajalcu kot tudi prodajalcu, po ZVPot-1 pa jo lahko uveljavlja zgolj v razmerju do proizvajalca.²⁹ Nadalje je iz ZVPot-1 črtana obvezna enomesečna garancija za rabljeno blago.³⁰

ZVPot-1 ohranja hierarhijo zahtevkov, ki jo je vzpostavil že Zakon o obligacijskih razmerjih (ZOR).³¹ Kupec lahko v primeru obvezne garancije najprej zahteva odpravo napak, šele po preteku določenega roka pa je proizvajalec dolžan opraviti zamenjavo za enako, novo in brezhibno blago (prvi odstavek 97. člena ZVPot-1). Bolj tehnična razlika med ZVPot in ZVPot-1 je v (primarnem) roku za odpravo napak oziroma popravilo – ZVPot je določal rok 45 dni od prejete zahteve potrošnika (prvi odstavek 21.b člena ZVPot), ZVPot-1 pa ta rok skrajšuje na skupno 30 dni od dneva prejetja zahteve za odpravo napak, pri čemer je določena možnost podaljšanja navedenega roka za največ 15 dni (prvi in drugi odstavek 97. člena ZVPot-1). Pri določitvi podaljšanega roka se upoštevajo narava in kompleksnost blaga, narava in resnost neskladnosti ter napor, ki je potreben za dokončanje popravila ali zamenjave (drugi odstavek 97. člena ZVPot-1). Tako določen rok pomeni prilagoditev maksimalni dolžini t. i. razumnega

²⁴ Glej tudi četrti odstavek 17. člena Direktive 2019/771.

²⁵ Primerjaj 92. člen ZVPot-1 in prvi odstavek 17. člena Direktive 2019/771.

²⁶ Dikcija zakona kaže na prekluzivni rok, saj z iztekom dveletnega roka od uveljavljanja garancije prenehajo (ugasnejo) pravice kupca. Plavšakova pojasnjuje, da je prenehanje same pravice, če ta ni bila (sodno) uveljavljana v določenem roku, značilnost prekluzivnih rokov (glej Plavšak 2004a, str. 194).

²⁷ Blago, za katero je izdaja garancije obvezna, določa Pravilnik o blagu, za katero se izda garancija za brezhibno delovanje, Uradni list RS, št. 142/22.

²⁸ Primerjaj 21.č člen ZVPot in 98. člen ZVPot-1.

²⁹ Primerjaj 15.b člen in drugi odstavek 17. člena ZVPot ter 94. člen ZVPot-1.

³⁰ Primerjaj 19. člen ZVPot in 94. člen ZVPot-1.

³¹ Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85, 45/89 – odl. US, 57/89, Uradni list RS, št. 88/99 – ZRTVS-B, 83/01 – OZ, 30/02 – ZPlaP in 87/02 – SPZ.

roka za popravilo oziroma zamenjavo v primeru uveljavljanja jamčevalnih zahtevkov. Ker gre tako pri jamčevalnih zahtevkih kot pri zahtevkih iz naslova obvezne garancije za smiselno enake zahtevke potrošnika, je zakonodajalec predvidel ureditev, po kateri velja enak skrajni rok za prehod na drugo stopnjo hierarhično določenih zahtevkov.³² Če proizvajalec po poteku navedenih rokov ne popravi ali ne zamenja blaga z novim, lahko potrošnik zahteva vračilo celotne kupnine ali njeno sorazmerno znižanje (tretji odstavek 97. člena ZVPot-1). Ne glede na to pa ZVPot-1 določa, da lahko potrošnik takoj zahteva vračilo³³ plačanega zneska od proizvajalca, če se neskladnost pojavi v manj kot 30 dneh od dobave (peti odstavek 97. člena ZVPot-1). V primeru zamenjave blaga ali zamenjave njegovega bistvenega dela z novim mora proizvajalec izdati nov garancijski list (šesti odstavek 97. člena ZVPot-1). Proizvajalec oziroma pooblaščen servis lahko potrošniku za čas popravila blaga, za katero je bila izdana obvezna garancija, zagotovi brezplačno uporabo podobnega blaga (sedmi odstavek 97. člena ZVPot-1). V primeru, da nadomestno blago ni zagotovljeno, ima potrošnik pravico uveljavljati škodo, ki jo je utrpel, ker blaga ni mogel uporabljati (osmi odstavek 97. člena ZVPot-1). Stroški v zvezi z uveljavljanjem garancije bremenijo proizvajalca (deveti odstavek 97. člena ZVPot-1).

Dokler sta bila kot obvezna garanta določena tako proizvajalec kot tudi prodajalec, je bila njuna odgovornost solidarna.³⁴ Kupec je lahko v razmerju do proizvajalca in do prodajalca zahteval najprej odpravo okvare, nato zamenjavo stvari. V razmerju do prodajalca pa je lahko kupec uveljavljal tudi znižanje kupnine in razdor (oziroma odstop)³⁵ od pogodbe, saj proizvajalec (načeloma) ni stranka pogodbe.³⁶ ZVPot-1 je zožil krog garantov in nanje preprosto razširil obstoječe možnosti. Čeprav proizvajalec (načeloma) ni stranka pogodbe, lahko zdaj kupec proti garantu uveljavlja upravičenje, ki se primarno nanaša na pogodbeno razmerje kupca s prodajalcem – od proizvajalca lahko namreč kupec zahteva vračilo celotne kupnine ali njeno sorazmerno znižanje.

Poleg navedenih pravic potrošnika ZVPot-1 ohranja obsežne dodatne obveznosti proizvajalca v primeru blaga, za katero je izdaja garancije obvezna. Za navedeno blago mora proizvajalec zagotavljati potrošniku poleg garancijskega lista tudi navodila za sestavo in uporabo blaga ter seznam pooblaščenih servisov. Proizvajalec mora potrošniku zagotavljati pooblaščen servis za izvajanje servisnih del in dobavo nadomestnih delov. Vsaj še tri leta po poteku garancijskega roka pa mora proti plačilu zagotavljati popravilo, vzdrževanje blaga, nadomestne dele

³² Vlada Republike Slovenije, str. 150. Glej obrazložitev 97. člena (pravice potrošnika).

³³ »Vračilo« je posledica, posebno upravičenje za razdor (oziroma odstop) pa (oblikovalna) pravica kupca. Za terminološko pojasnilo glede razdora oziroma odstopa glej Možina 2011c, str. 58 in nasl.

³⁴ Možina 2009, str. 157 in nav. lit.; Plavšak 2004b, str. 212–213.

³⁵ Za terminološko pojasnilo glej Možina 2011c, str. 58 in nasl.

³⁶ Možina 2009, str. 157; Plavšak 2004b, str. 222.

in priklopne aparate (95. člen ZVPot-1). Ob tem cena navedenih poprodajnih storitev ni regulirana.³⁷

3. Obvezna garancija proizvajalca za tehnično blago

3.1. Vprašanje skladnosti obvezne garancije z evropskim pravom

Direktiva 1999/44/ES kot ukrep minimalne harmonizacije ni zahtevala odprave obvezne garancije, ampak je državam članicam dopuščala možnost zagotavljanja višje ravni varstva, kot jo je predvidevala sama.³⁸ Evropska komisija je že leta 2007 opozorila, da ostaja nejasno, ali so slovenske rešitve glede garancije v skladu z ureditvijo (zdaj prejšnje) direktive.³⁹ Ob prenosu Direktive 2019/771 je navedena dilema še bolj poudarjena. Vzpostavlja namreč sistem popolne harmonizacije.⁴⁰ Države članice z njenim prenosom v nacionalno zakonodajo ne smejo odstopati od določb direktive, kar pomeni, da ne smejo določati višje ravni varstva potrošnikov, kot je določena v sami direktivi (razen kjer direktiva to izrecno dopušča).⁴¹ Zato se postavlja vprašanje, ali ureditev obvezne garancije po ZVPot-1 pomeni odstopanje od zahtev po popolni harmonizaciji Direktive 2019/771. Ob tem prispevek pušča ob strani zahteve morebitnih drugih direktiv, ki urejajo tu relevantno razmerje proizvajalca in potrošnika, kot na primer Direktiva Sveta z dne 25. julija 1985 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic v zvezi z odgovornostjo za proizvode z napako,⁴² ki je prav tako sredstvo popolne harmonizacije.⁴³ Končni odgovor je seveda pridržen Sodišču Evropske unije, v nadaljevanju pa je predstavljenih nekaj teoretičnih izhodišč.

Direktiva 2019/771 se načeloma uporablja le za prodajne pogodbe med potrošnikom in prodajalcem, vendar hkrati ureja institut garancije, s čimer do določene mere ureja tudi razmerje med potrošnikom in proizvajalcem.⁴⁴ Instituta obvezne garancije Direktiva 2019/771 ne prepoveduje oziroma ga ne omenja. Direktiva 2019/771 ureja zgolj tržne, torej prostovoljne

³⁷ Možina opozarja, da lahko proizvajalec svojo obveznost izpolni tudi tako, da nudi poprodajne storitve proti izjemno visoki ceni. Glej Možina 2011a, str. 47–48.

³⁸ Glej 5. uvodno izjavo Direktive 1999/44/ES in 6. uvodno izjavo Direktive 2019/771. Glede minimalne harmonizacije glej Craig, De Búrca, str. 661–662; Snell, str. 361–362, ipd.

³⁹ Evropska komisija 2007, str. 9.

⁴⁰ Glej 4. člen Direktive 2019/771. Glej tudi 10., 25. in 62. uvodno izjavo Direktive 2019/771.

⁴¹ Prav tam. Glede maksimalne oziroma popolne harmonizacije glej Craig, De Búrca, str. 661–662; Snell, str. 361–362, ipd.

⁴² UL L 210, 7. 8. 1985.

⁴³ Možina 2007, str. 71.

⁴⁴ Glej 3. in 17. člen v zvezi z 12. točko 2. člena Direktive 2019/771.

garancije. Določbe, ki urejajo tržne garancije, so popolnoma harmonizirane.⁴⁵ Ob tem direktiva državam članicam omogoča določanje pravil o drugih vidikih tržnih garancij, ki niso urejena v relevantnem členu, vendar to verjetno ne more biti podlaga za uveljavitev oziroma ohranitev obvezne garancije. Kot primer so navedena pravila o jeziku, v katerem se izjava o tržni garanciji da na voljo potrošniku.⁴⁶ Navkljub svojemu področju veljavnosti, ki torej pokriva vprašanje garancij – in s tem razmerje proizvajalec potrošnik v garancijski sferi, nikjer ne omenja takšnega dodatnega, v veliki meri vzporednega sistema varstva potrošnika, kot ga prek obvezne garancije predvideva ZVPot-1.

Iz zakonodajnega gradiva je razvidno, da je predlagatelj potegnil ločnico med prodajalcem in proizvajalcem. Glede prodajalca kot pogodbene stranke se zdi zadeva jasna. Direktiva nedvomno ne dopušča, da bi v slovenskem pravnem sistemu ohranili pravice potrošnika iz naslova obvezne garancije proti prodajalcu, saj določa maksimalno harmonizacijo ravni varstva potrošnikov v razmerju do prodajalca kot pogodbene stranke, razen kjer direktiva sama omogoča izjemo.⁴⁷ Ohranitev obvezne garancije za brezhibno delovanje blaga proti proizvajalcu pa predlagatelj utemeljuje s sklicevanjem na uvodne izjave Direktive 2019/771, češ da »[t]a direktiva [...] ne bi smela vplivati na nacionalne zakonodaje v zvezi z nepogodbenimi zahtevki potrošnika v primeru neskladnosti blaga zoper osebe v predhodnih členih pogodbene verige, na primer proizvajalce ali druge osebe, ki izpolnjujejo obveznosti takih oseb«.^{48, 49}

Obvezna garancija za brezhibno delovanje blaga proti proizvajalcu je torej utemeljena na razlogovanju, da predstavlja neposreden nepogodbeni zahtevek potrošnika, kljub temu da garancija po svoji logiki ni institut nepogodbenega prava.⁵⁰

⁴⁵ Glej 62. uvodno izjavo Direktive 2019/771. Med drugim je določeno, da bi morale države članice zagotoviti, da je »[...] vsaka zaveza prodajalca ali proizvajalca, ki spada v opredelitev pojma tržnih garancij iz te direktive, skladna s harmoniziranimi pravili te direktive«.

⁴⁶ Glej četrti odstavek 17. člena Direktive 2019/771.

⁴⁷ V tem smislu glej Vlada Republike Slovenije, str. 149. V obrazložitvi 94. člena (obvezna garancija) je sicer – zaradi enačenja garancije in jamčevanja – netočno navedeno: »Direktiva 2019/771/EU pa ob tem ne dopušča, da bi v slovenskem pravnem sistemu ohranili tudi pravice potrošnika iz naslova garancije za brezhibno delovanje blaga proti prodajalcu, saj 4. člen Direktive 2019/771/EU določa maksimalno harmonizacijo jamčevalnih zahtevkov potrošnika proti prodajalcu v primeru neskladnosti blaga.«

⁴⁸ Glej 18. uvodno izjavo Direktive 2019/771.

⁴⁹ Vlada Republike Slovenije, str. 149. Glej obrazložitev 94. člena (obvezna garancija).

⁵⁰ Plavšakova odgovornost na podlagi garancije za brezhibno delovanje stvari opredeli kot posebno vrsto poslovne odškodninske odgovornosti (Plavšak 2004b, str. 209–210). Glej tudi Malinvaud, str. 222–223, in Bradgate, Twigg-Flesner, str. 174.

Čeprav vezanost garanta na garancijsko izjavo temelji na vezanosti na pogodbo za blago,⁵¹ za katero garancija mora biti dana, pogodbe med proizvajalcem in končnim kupcem načeloma ni. Odgovornost proizvajalca do kupca na podlagi obvezne garancije nastane na podlagi zakona in to ne glede na to, ali je bila garancijska izjava dana oziroma garancijski list kupcu izročen (prvi odstavek 96. člena ZVPot-1).⁵² Na tej podlagi bi bilo torej mogoče zagovarjati tezo, da Direktiva 2019/771 omogoča pravno podlago za vzpostavitev oziroma ohranitev sistema obvezne garancije proizvajalca kot predhodnega člena pogodbene verige. Vendar formalno-tehničen protiargument, da »izjema« velja za nepogodbene zahteve potrošnika v primeru neskladnosti blaga, ni zanemarljiv. Neskladnost blaga pa je fenomen zakonskega jamčevanja. Torej gre za jamčevanje v smislu neskladnosti, ne pa za nepogodbene zahteve potrošnika v primeru nedelovanja blaga kot podlage za ohranitev garancije. Čeprav se pojma v praksi večinoma prekrivata, citirani del uvodne izjave ne pomeni ustrezne podlage za vzpostavitev oziroma ohranitev sistema obvezne garancije v delu, kot ga ohranja ZVPot-1.

Zdi se, da bi obvezno garancijo proizvajalca lahko dopuščale nekatere druge uvodne izjave Direktive 2019/771. Čeprav pokriva razmerje proizvajalec – potrošnik v garancijski sferi, Direktiva ne vpliva na neposredne zahteve potrošnika do proizvajalca, kadar ne gre za prostovoljno garancijo. V 63. uvodni izjavi je namreč navedeno, da direktiva »ne bi smela urejati vprašanja, ali lahko potrošnik vloži tudi neposreden zahtevek zoper osebo v predhodnih členih pogodbene verige, razen v primerih, ko proizvajalec potrošniku nudi tržno garancijo za blago«. Direktiva zajema razmerja proizvajalec – potrošnik zgolj takrat, kadar proizvajalec potrošniku nudi tržno garancijo. Jasno je zapisano, da drugih zahtevkov potrošnika zoper proizvajalca nima namena urejati. Sem spada določbe ZVPot-1 glede obvezne garancije proizvajalca.

Pogledati pa je treba širše in upoštevati tudi evropski cilj prostega pretoka blaga kot ene temeljnih svoboščin evropskega trga. Obvezna garancija namreč pomeni dodatno obremenitev proizvajalcev za vstop na slovenski trg, ki je v drugih državah članicah (načeloma) ni.⁵³ Poleg dejstva, da je izdaja garancije obvezna za tehnično blago, ima proizvajalec tudi nekatere druge obveznosti. Proizvajalec mora za navedeno blago zagotavljati pooblaščen servis in izvajanje servisnih storitev, poleg tega pa mora še vsaj tri leta po poteku garancijskega roka (sicer proti plačilu) zagotavljati popravilo, vzdrževanje blaga, nadomestne dele in priklopne aparate. Ukrepi držav članic, ki imajo enak učinek kot količinske omejitve uvoza, so načeloma prepovedani.⁵⁴ Vendar obstaja razlika med predpisovanjem tovrstnih ukrepov v potrošniških

⁵¹ Pravno dejstvo, ki povzroči nastanek zaveze proizvajalca kot garanta v razmerju do kupca, je izročitev stvari kupcu na podlagi prodajne pogodbe, sklenjene med kupcem in prodajalcem. Plavšak 2004b, str. 204.

⁵² Možina 2009, str. 157 (glej op. št. 51 nav. dela).

⁵³ Tako Možina 2011a, str. 46.

⁵⁴ Glej 34. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije (Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije, UL C 202, 7. 6. 2016). Več: Chalmers, Davies, Monti, str. 695 in nasl.

pogodbah in razmerjih med podjetji. Ob sprejemanju nove direktive je bilo ugotovljeno, da poleg Slovenije še pet nacionalnih zakonodaj zavezuje proizvajalce,⁵⁵ da vzdržujejo ustrezne zaloge ali zagotavljajo pravočasno dobavo rezervnih delov prodajalcem za pričakovano življenjsko dobo izdelka.⁵⁶ Tako 33. uvodna izjava določa, da direktiva ne bi smela vplivati na določbe nacionalnega prava, ki prodajalcem, proizvajalcem ali drugim členom v pogodbeni verigi nalagajo, da zagotovijo razpoložljivost rezervnih delov ali o njej obveščajo potrošnike. Institut obvezne garancije in vse obveznosti, ki jih le-ta prinese s seboj, lahko pojmuje kot oviro prostemu pretoku blaga v razmerju med podjetji (B2B), čeprav lahko poseg v razmerje B2C – glede na stališče direktive glede te dodatne obveznosti – opravičimo prek varstva potrošnikov.⁵⁷

Aktualna direktiva torej dovoljuje podvojen kogenten sistem varstva potrošnikov. Vendar je njegova dopustitev – povsem teoretično gledano – kontradiktorna glede na sistem maksimalne harmonizacije, ki ga želi vzpostaviti Direktiva 2019/771. Primer je lahko proizvajalec malih gospodinjskih aparatov, ki za svoje izdelke nudi tržno garancijo v trajanju dveh let. Proizvajalec svoje izdelke distribuira v različne države članice. Italijanski potrošnik, ki kupi proizvajalčev izdelek v Italiji, ima dvoletno prostovoljno garancijo. Vsebina garancije je takšna, kot jo je obljubil proizvajalec. V primeru, da slovenski potrošnik kupi enak mali gospodinjski aparat istega proizvajalca v Sloveniji, ima ta dvoletna garancija v prvem letu naravo obvezne garancije. Vsebina garancijske izjave bi morala biti nadomeščena z ZVPot-1. Obvezna garancija med svojim trajanjem izpodrinja prostovoljno naravo garancije, ki se jo lahko v nekem konkretnem primeru odloči nuditi proizvajalec blaga v skladu z določbo 17. člena Direktive 2019/771 in s tem (sicer zgolj v prvem letu) spreminja pravno naravo dane garancije. Čeprav je to skrajno teoretičen zadržek, ki v stvarnosti ne spreminja prav dosti, ZVPot-1 v tem pogledu posredno odvzema učinek Direktivi 2019/771. To z vidika pravnega reda EU ne more biti zaželeno.

3.2. Vprašanje smiselnosti ohranitve obvezne garancije (proizvajalca)

Ne glede na ugotovitve poudarjenih pravnih dilem si je treba zastaviti tudi vprašanje smiselnosti veljavne ureditve. Kadar stvar ne deluje, kot bi morala, lahko kupec v večini primerov

⁵⁵ Francija, Malta, Grčija, Romunija in Portugalska.

⁵⁶ Mnenje Evropskega ekonomsko-socialnega odbora o predlogu direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalnih vsebin (COM(2015) 634 final – 2015/0287 (COD)) in predlogu direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih pogodb o spletni in drugi prodaji blaga na daljavo (COM(2015) 635 final – 2015/0288 (COD)), UL C 264, 20. 7. 2016. Glej 5. točko naslova 4.2.5.7. (9. člen – Zahtevki potrošnika v primeru neskladnosti s pogodbo).

⁵⁷ Tako Možina 2011a, str. 47–48. Glej tudi Metelko, str. 14.

uveljavlja tako odgovornost (jamčevanje) za stvarne napake oziroma neskladnost blaga⁵⁸ kot odgovornost (garancijo) za brezhibno delovanje stvari.⁵⁹ Ker kvalitativna skladnost s pogodbo vključuje tudi določeno trajnost stvari oziroma njeno delovanje, neskladnost blaga v praksi praviloma pomeni tudi garancijski primer.⁶⁰ Zato velja preveriti, v čem naj bi bil potrošnik dejansko na boljšem zaradi obstoja enoletne obvezne garancije, posebej glede na sprejete spremembe. Čeprav je bil ob predlogu zakona govor o »ohranitvi visokega varstva, ki so ga do zdaj uživali slovenski potrošniki«, ⁶¹ je (p)ostala⁶² obvezna garancija – zaradi razširitve varstva kupcev prek vzporednega sistema jamčevanja in hkratne zožitve kroga garantov – precej redundantna.

Tako pri jamčevalnih zahtevkih kot pri zahtevkih iz naslova obvezne garancije gre po vsebini za smiselno enake zahtevke potrošnika.⁶³ V primeru zakonskega jamčevanja lahko potrošnik načeloma izbira med popravilom in zamenjavo ter nato zahteva znižanje kupnine ali uveljavlja razdor (oziroma odstop)⁶⁴ od pogodbe. V primeru obvezne garancije lahko kupec najprej zahteva popravilo in šele v primeru, da popravilo ni izvedeno v predvidenem roku, zamenjavo blaga. Ob nadaljnjem nespoštovanju roka lahko sledi vračilo kupnine oziroma njeno znižanje (primerjaj 81. in 97. člen ZVPot-1). Hierarhija zahtevkov po zakonskem jamčevanju je torej za kupca celo ugodnejša od hierarhije zahtevkov po obvezni garanciji: v primeru jamčevanja lahko potrošnik načeloma prosto⁶⁵ izbira med popravilom in zamenjavo, v primeru obvezne garancije pa ima kupec najprej na voljo zahtevek za popravilo blaga, šele nato, če zahtevanega

⁵⁸ ZVPot je uporabljal izraz stvarne napake (glej na primer 37. člen ZVPot), ki ga Direktiva 1999/44/ES ni uporabljala. Glede prekrivanja pojmov neskladnosti blaga in stvarne napake glej Možina 2011a, str. 42 (posebej glej op. št. 10 nav. dela).

⁵⁹ Glej sklep VS RS II Ips 358/2005 z dne 18. 4. 2007.

⁶⁰ Možina 2009, str. 156. Glede razmerja med jamčevanjem in garancijskim primerom glej tudi Malinvaud, str. 232.

⁶¹ Vlada Republike Slovenije, str. 149. Glej obrazložitev 94. člena (obvezna garancija).

⁶² Vprašanje, ali je (že) obvezna garancija za brezhibno delovanje stvari po ZVPot pomenila zgolj formalno izboljššan položaj potrošnikov, razdvaja avtorje: za obvezno garancijo glej na primer Kamnik in Pintar, za ukinitve obvezne garancije glej na primer Možina in Kovač.

⁶³ Možina 2009, str. 157. Tako tudi Vlada Republike Slovenije, str. 150. Glej obrazložitev 97. člena (pravice potrošnika).

⁶⁴ Direktiva uporablja izraz »razdor«, ki ga slovenski zakonodajalec ne sprejme. Glej Popravek Direktive (EU) 2019/771 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2019 o nekaterih vidikih pogodb za prodajo blaga, spremembi Uredbe (EU) 2017/2394 in Direktive 2009/22/ES ter razveljavitvi Direktive 1999/44/ES (UL L 136, 22. 5. 2019), UL L 305, 26. 11. 2019.

⁶⁵ Omejitev proste izbire potrošnika med popravilom in zamenjavo je določena v primeru, če je izpolnitev izbranega jamčevalnega zahtevka nemogoča ali nesorazmerna. Prodajalec lahko zavrne potrošnikov zahtevke za vzpostavitev skladnosti blaga, če popravilo in zamenjava nista mogoča ali če bi mu povzročila nesorazmerne stroške ob upoštevanju vseh okoliščin. Glej četrti, peti in šesti odstavek 82. člena ZVPot-1. Primerjaj z drugim in tretjim odstavkom 13. člena Direktive 2019/771.

popravila ne prejme v roku 30 oziroma 45 dni, lahko zahteva zamenjavo z enakim, novim in brezhibnim blagom. Povprečnemu potrošniku se zdi verjetno ugodneje, da lahko načeloma takoj zahteva zamenjavo blaga z brezhibnim novim, kot pa da zahteva popravilo kupljenega blaga, ki mu je zatajilo v manj kot 12 mesecih.⁶⁶ Z vidika zahtevkov obvezna garancija prispevka glede na zakonski sistem jamčevanja torej ne prinaša.

Prva sprememba, ki zmanjšuje dodano vrednost institutu obvezne garancije, je razširitev zakonskega sistema jamčevanja prek domneve glede obstoja neskladnosti blaga. Obvezna garancija traja eno leto, odgovornost prodajalca iz naslova neskladnosti blaga pa je daljša, saj traja dve leti (primerjaj 78. in 94. člen ZVPot-1). Drži, da je za obstoj garancijskega primera dovolj odsotnost brezhibnega delovanja v garancijskem roku, za jamčevanje pa je potreben obstoj neskladnosti blaga v trenutku prehoda nevarnosti. Vendar to prepreko potrošniku olajšuje določba o obrnjenem dokaznem bremenu. Tako Direktiva 2019/771 uvaja obrnjeno dokazno breme v trajanju minimalno enega leta, pri čemer omogoča ohranitev ali uvedbo obdobja dveh let.⁶⁷ S tem je problem potrošnika, ki mora dokazati, da je neskladnost obstajala že ob dobavi blaga, znatno zmanjšan. Čeprav se slovenski zakonodajalec ob prenosu v ZVPot-1 ni odločil za daljše obdobje, zdaj obrnjeno dokazno breme pokriva celotno obdobje trajanja obvezne garancije. Domneva se namreč, da je neskladnost blaga obstajala že ob dobavi, če se pokaže v enem letu, razen če prodajalec dokaže drugače ali če ta domneva ni združljiva z naravo blaga ali naravo neskladnosti (prvi odstavek 80. člena ZVPot-1). Čeprav obstajata navedeni izjemi, sta ti dve izjemi razumni – ni razloga, zakaj bi bil prodajalec odgovoren za neskladnost, ki jo je povzročil potrošnik po tem, ko mu je prodajalec izročil skladno blago. Če je bila za slovenskega potrošnika v času uporabe ZVPot po preteku pol leta od nakupa blaga lažja pot obvezne garancije,⁶⁸ to zdaj ni več tako.

Druga sprememba ZVPot-1 se nanaša na krog garantov. Kot očitna prednost uveljavljanja garancije po ZVPot se je kazala tudi možnost uveljavljanja napak proti več subjektom.⁶⁹ Navedeno zaradi odstranitve pogodbene stranke kupca (tj. prodajalca) iz vloge obveznega garanta ne drži več. Večina potrošnikov se je zaradi praktičnih razlogov najbrž obrnila na svojo pogodbeno stranko.⁷⁰ Vendar prodajalec ni več obvezni garant. Potrošnik se lahko obrne zgolj na proizvajalca. Na tem mestu velja poudariti, da zakon pojem proizvajalca razume široko.⁷¹

⁶⁶ Tako tudi Weingerl 2018, str. 28.

⁶⁷ Glej 11. člen Direktive 2019/771.

⁶⁸ Tretji odstavek 37.b člena ZVPot je namreč vseboval domnevo, da je napaka obstajala že v času izročitve, če se je pojavila v roku šest mesecev po njej.

⁶⁹ Tako Možina 2011a, str. 45.

⁷⁰ Možina 2011b, str. 10.

⁷¹ »Proizvajalec« je podjetje, ki izdeluje končno blago ali sestavne dele ali pridobiva osnovne surovine, oziroma druga oseba, ki se s svojo firmo, blagovnim znakom ali drugim znakom razlikovanja na blagu predstavlja kot njegov

Poleg tega je navedena rešitev z vidika načela relativnosti pogodbenih razmerij kot temeljnega načela obligacijskega prava tudi nekoliko nenavadna. Če napake niso odpravljene in če nato blago ni zamenjano z enakim, novim in brezhibnim blagom, ima potrošnik namreč pravico, da od proizvajalca zahteva vračilo celotne kupnine ali njeno sorazmerno znižanje, čeprav je kupnino izročil prodajalcu.

Analizirati je torej treba obstoječe attribute pozitivnopravne ureditve navedenega instituta. Kot glavna prednost obvezne garancije sta pogosto poudarjeni odsotnost kratkih notifikacijskih rokov in s tem povezana dolžnost notifikacije.⁷² Notifikacija pomeni dodatno predpostavko odgovornosti za neskladnost blaga s pogodbo; če je kupec ne izpolni, izgubi pravice. Ob tem je treba poudariti, da je notifikacija po Direktivi 2019/771 neobvezna.⁷³ Kljub temu se jo je slovenski zakonodajalec odločil ohraniti. Kupec praviloma notifikacijo opravi skupaj s tem, ko zahteva vzpostavitev skladnosti s pogodbo.⁷⁴ Zakon izrecno predvideva, da lahko obvestilo o neskladnosti potrošnik prodajalcu sporoči osebno (o čemer mu prodajalec izda potrdilo) ali ga pošlje v prodajalno, v kateri je bilo blago kupljeno, oziroma ga sporoči zastopniku prodajalca, s katerim je sklenil prodajno pogodbo (tretji odstavek 84. člena ZVPot-1). Poleg tega dolžine notifikacijskega roka dveh mesecev ni mogoče prepričljivo označiti za nerazumno; zahteva, naj se kupec odzove v vsaj dveh mesecih od ugotovitve neskladnosti, ni neupravičena, če se že ohranja obveznost notifikacije.

Bistven prispevek obvezne garancije k varstvu potrošnikov njeni zagovorniki vidijo tudi v obveznosti servisiranja in zagotavljanja rezervnih delov po preteku garancijskega roka.⁷⁵ Vendar je z vidika dejanskega varstva potrošnika takšna ureditev glede na nereguliranost cen teh dodatnih obveznosti vprašljiva.⁷⁶ V primeru nesorazmerno dragih rezervnih delov ali servisa ni mogoče pričakovati, da bi se povprečni potrošnik odločil za to možnost.

proizvajalec. Za proizvajalca se štejejo tudi uvoznik in distributer blaga, ki ni proizvedeno v Republiki Sloveniji, predstavništvo proizvajalca v Republiki Sloveniji ali katera koli druga oseba, ki daje videz, da je proizvajalec, s tem, da blago označi s svojim imenom, blagovno znamko ali drugim znakom razlikovanja. Glej definicijo pojma v 20. točki 4. člena ZVPot-1.

⁷² Tako Brus 2020a, str. 10, sklicujoč se na sodbo VS RS II Ips 422/2002 z dne 22. 5. 2003. Glej tudi Pintar 2011a, str. 16.

⁷³ Glej 46. uvodno izjavo in 12. člen Direktive 2019/771. Glej tudi Morais Carvalho, str. 195.

⁷⁴ Tako Možina 2011a, str. 45.

⁷⁵ Pintar navaja, da obvezna garancija ni zgolj rok, v katerem mora garant zagotavljati brezhibno delovanje in brezplačno odpravo napake, ampak celovit institut. Vsi njegovi elementi so soodvisni, njihovo bistveno spreminjanje pa določa raven varstva potrošnika. Glej Pintar 2011b, str. VII.

⁷⁶ Tako Možina 2011a, str. 47–48.

Hkrati ni mogoče zanikati, da te dodatne obveznosti garanta skupaj s hierarhično določitvijo popravila kot primarnega garancijska zahtevka⁷⁷ pomenijo pristop v duhu trajnosti.⁷⁸ Ureditev Direktive 2019/771 je ravno s tega vidika deležna kritik, saj na področju trajnostne potrošnje večinoma ohranja obstoječe stanje in ne izraža politike EU glede trajnostnega razvoja ter njenih zelenih ambicij.⁷⁹ Obveznost zagotavljanja rezervnih delov ni onemogočena, vendar tudi ni predpisana,⁸⁰ saj je upoštevano, da bi bila tovrstna obveznost posebej z vidika manjših subjektov nesorazmerna.⁸¹ Kot problematično je (med drugim) poudarjeno dejstvo, da lahko v primeru jamčevanja potrošnik načeloma⁸² prosto izbira med popravilom in zamenjavo kot primarnima jamčevalnima zahtevkoma, pri čemer pa je z vidika trajnosti in spodbujanja daljše življenjske dobe blaga popravilo navadno bolj trajnostna izbira.⁸³ Problematična je zlasti zamenjava z novim izdelkom.⁸⁴ V zasledovanju t. i. krožne kulture sta zato poudarjeni potreba po vzpostavitvi hierarhičnega odnosa med zahtevkoma za popravilo in zamenjavo⁸⁵ ter potreba po snovanju izdelkov, ki so bolj trajni in lažje popravljivi, s čimer pa je povezana tudi razpoložljivost rezervnih delov.⁸⁶ Paradoksalno se zdi, da je v tem pogledu (sicer zastarel) institut obvezne garancije hkrati aktualno, trajnostno naravnano.⁸⁷

Trajnostni cilji niso vedno usklajeni z najvišjo ravno varstva potrošnikov.⁸⁸ Izbira med popravilom in zamenjavo verjetno nudi višje varstvo povprečnemu potrošniku kot določitev popravila za primarno možnost. Vendar se lahko »zeleni potrošnik« tudi v odsotnosti obvezne garancije odloči, da bo uveljavljal zahtevek za popravilo, in ne zahtevka za zamenjavo izdelka. Obveznosti servisiranja in zagotavljanja rezervnih delov sta nedvomno zaželeni ukrepa z

⁷⁷ V primeru uveljavljanja garancije lahko potrošnik najprej zahteva odpravo napak. Šele če napake niso odpravljene v zakonskem roku, pride v poštev zamenjava blaga z enakim, novim in brezhibnim blagom (glej prvi odstavek 97. člena ZVPot-1). V primeru jamčevanja pa lahko potrošnik načeloma izbira med popravilom blaga in zamenjavo blaga z novim brezhibnim blagom kot enakovrednima primarnima jamčevalnima zahtevkoma (glej prvi in četrti odstavek 82. člena ZVPot-1).

⁷⁸ Glej Weingerl 2020, str. 132. Glej tudi Van Gool, Michel, str. 144. Več: Bourgoignie, str. 44 in nasl.

⁷⁹ Van Gool, Michel, str. 136. Glej tudi García Golder; Keirbilck in dr.; Maitre-Ekern, Dalhammar; Zoll, Południak-Gierz, Bańczyk ipd.

⁸⁰ Glej 33. uvodno izjavo Direktive 2019/771.

⁸¹ Zoll, Południak-Gierz, Bańczyk, str. 536.

⁸² Omejitev proste izbire potrošnika med navedenima zahtevkoma je določena v drugem odstavku 13. člena Direktive 2019/771.

⁸³ Maitre-Ekern, Dalhammar, str. 419; Keirbilck in dr., str. 18.

⁸⁴ Maitre-Ekern, Dalhammar, str. 419. Glej tudi Mak, Lujinović, str. 8.

⁸⁵ Glej Maitre-Ekern, Dalhammar, str. 419–420; Van Gool, Michel, str. 145; Weingerl 2018, str. 28, ipd.

⁸⁶ Evropska komisija 2015, str. 7.

⁸⁷ Weingerl 2020, str. 132. Glej tudi Ocepek, str. 154.

⁸⁸ Glej Mak, Terryn, str. 243.

vidika trajnosti. Vendar zagotavljata ustrezno raven varstva posameznega potrošnika zgolj v primeru, če se izvajata po razumni ceni. Tega pa obvezna garancija ne zagotavlja. Zagotovi ju kvečjemu proizvajalčeva konkurenca. Če pa tovrstne storitve in tudi njihovo razumno ceno narekuje proizvajalčeva tržna konkurenca, obvezna garancija ni potrebna.

Močan argument proti ohranitvi obvezne garancije je mogoče najti v okviru ekonomske analize prava. V zvezi z jamstvi v širšem smislu⁸⁹ se omenja troje funkcij: (a) zavarovalno funkcijo, (b) funkcijo sporočanja kakovosti in (c) funkcijo zagotavljanja optimalnih spodbud.⁹⁰ Pri tem ni nujno, da lahko z izbiro enega instrumenta dosežemo uresničevanje vseh navedenih funkcij.⁹¹ Funkcijo zavarovanja opravljajo tako zakonsko jamčevanje kot obe vrsti garancij. Drugih dveh funkcij pa obvezna garancija zaradi svoje obligatorne narave ne more opravljati. Obvezno dana garancija potrošniku ne sporoči ničesar o kakovosti izdelka.⁹² Nasprotno pa se v zvezi s prostovoljno garancijo pojasnjuje, da slednja presega problem informacij, ki so na voljo potrošniku. Garancija ponudi jamstvo za rezultate in zato postane razkritje informacij nepotrebno.⁹³ Obvezna narava garancije tudi onemogoča konkurenco, ki bi neposredno spodbujala kakovost izdelkov v korist potrošnikov.⁹⁴ Prostovoljna garancija, nasprotno, spodbuja proizvajalca k skrbi za kakovost blaga. Čeprav lahko znižanje kakovosti prihrani proizvodne stroške, to hkrati poveča izdatke, povezane z garancijskimi obveznostmi, ki bremenijo prodajalca, kar služi kot pozitivna spodbuda k skrbi za kakovost in zmanjševanje okvar izdelkov.⁹⁵ Ekonomska analiza tako ugotavlja, da obvezna garancija pomeni vir neučinkovitosti in dodatnih transakcijskih stroškov.⁹⁶ Obvezna garancija hkrati prinaša dodatno obremenitev proizvajalcev na slovenskem trgu, ki je v drugih državah članicah načeloma ni.⁹⁷ Ta obremenitev pa se lahko izraža v višjih končnih cenah na trgu oziroma v t. i. trgu limon⁹⁸ in negativni selekciji.⁹⁹

Če se proizvajalci tehničnega blaga preprosto odločijo ignorirati določbe ZVPot-1 glede obvezne garancije, se postavijo dejanska vprašanja izvrševanja prekrškovnih določb ZVPot-1.

⁸⁹ Ekonomska analiza prava obravnava pojem »*warranty*« široko. Zajema namreč vse pravno iztožljive zahtevke – ki temeljijo neposredno na zakonskih določbah ali na prostovoljni osnovi, naperjenih s strani kupca proti prodajalcu (oziroma proizvajalcu), če se izkaže, da gre za neskladno blago ali garancijski primer. Glej Gomez, str. 54.

⁹⁰ Glej Parisi, str. 407 in nasl.; Schäfer, Ott, str. 338–341. Primerjaj z Gomez, str. 55 in nasl.

⁹¹ Parisi, str. 407.

⁹² Kovač, str. 113.

⁹³ Posner, str. 125.

⁹⁴ Kovač, str. 113.

⁹⁵ Gomez, str. 58.

⁹⁶ Glej Kovač, str. 112–114.

⁹⁷ Možina 2011a, str. 48.

⁹⁸ Angl. »*lemons*« *problem*. Glej Grossman, str. 470; Schäfer, Ott, str. 347.

⁹⁹ Glej Kovač, str. 114; Možina 2011a, str. 48.

Zakon za kršitve relevantnih členov predpisuje globo od 1500 do 5000 evrov za pravno osebo, samostojnega podjetnika posameznika oziroma posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost, ter dodatnih od 400 do 1500 evrov za odgovorno osebo navedenih subjektov (glej 31. do 39. točko prvega odstavka 240. člena in drugi odstavek 240. člena ZVPot-1).

Glede tovrstnih zakonodajnih rešitev je zgovoren tudi primerjalnopравни argument.¹⁰⁰ Med državami EU je slovenski ureditvi obvezne garancije verjetno najbližje Madžarska. Madžarska pozna zakonsko jamčevanje prodajalca in »tržno garancijo«, ki je lahko bodisi obvezna bodisi pogodbeno.^{101, 102} V nasprotju s slovenskim obveznim garantom je kot garant po sistemu obvezne garancije zavezan prodajalec.¹⁰³ Ne glede na to pa Madžarska pozna tudi neposredno odgovornost proizvajalca v primeru neskladnosti, vendar le-ta ni primerljiva s slovenskim sistemom, saj se omenjeni institut uvršča pod sistem zakonskega jamčevanja.¹⁰⁴ Garancijski rok traja od enega do treh let, pri čemer je trajanje garancijskega roka odvisno od prodajne cene izdelkov.¹⁰⁵ Zanimivo je, da so kategorije produktov mnogo širše zastavljene glede na slovensko tehnično blago, saj so režimu obvezne tržne garancije podrejeni zelo različni izdelki.¹⁰⁶

Obvezna garancija, pri kateri vztraja ZVPot-1, je na prvi pogled preživet institut. Zgodovinsko gledano je bila vzpostavljena zaradi jugoslovanskih tržnih razmer, v Sloveniji pa je obstala zaradi navajenosti nanjo in prepričanja, da ohranja visoko stopnjo varstva potrošnikov. Čeprav drži, da je pri kupcih in (tudi) prodajalcih garancija še vedno (bolj) ozaveščena smer varstva, to ne more biti zadosten argument za njeno ohranitev.¹⁰⁷ Upoštevajoč uveljavljene spremembe obvezna garancija dodatnega varstva potrošnikom – glede na uveljavljen sistem obveznega

¹⁰⁰ Nacionalne ureditve drugih držav članic obvezne garancije ob kogentni odgovornosti prodajalca za neskladnost blaga načeloma ne poznajo. Glej Možina 2011a, str. 44 (glej op. št. 19 nav. dela); Twigg-Flesner 2008, str. 436; Evropska komisija 2007, str. 9. Glej tudi Tonner, Malcolm, str. 30. Dopustiti sicer velja, da se je ta ureditev spremenila, vendar ni zelo verjetno, da se je spremenila na način, da bi države tako močno modificirale pristop evropskega zakonodajalca.

¹⁰¹ Szilágy, str. 269: »[...] the provision on legal guarantee and on commercial guarantee (which is either mandatory or contractual) [...]«. Glede sprememb po implementaciji Direktive 2019/771 glej Szilágy, str. 270 in nasl.

¹⁰² Glej Zakon V iz leta 2013 k Civilnemu zakoniku (madž. 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről), s spremembami (HunCC); Vladni odlok št. 151/2003 (IX. 22.) o obveznih tržnih garancijah v zvezi z nekaterimi dobrinami potrošnikov (madž. 151/2003. (IX. 22.) Korm. Rendelet az egyes tartós fogyasztási cikkekre vonatkozó kötelező jótállásról), s spremembami.

¹⁰³ Glej par. 1(2) Vladnega odloka št. 151/2033 (IX. 22.).

¹⁰⁴ Glej par. 6:168 HunCC in nasl.

¹⁰⁵ Glej par. 2(1) Vladnega odloka št. 151/2033 (IX. 22.).

¹⁰⁶ Glej Aneks k Vladnemu odloku št. 151/2033 (IX. 22.).

¹⁰⁷ Tako Možina 2011a, str. 46.

jamčevanja – pravzaprav ne prinaša. Dva vzporedna sistema sta kvečjemu konfuzna,¹⁰⁸ predvsem za potrošnike, ki naj bi jim bil naveden pravni okvir varstva primarno namenjen.

4. Tržna garancija

4.1. »Navadna« tržna garancija

V skladu s prevladujočo koncepcijo držav tržnega gospodarstva¹⁰⁹ je EU institut garancije izoblikovala v smislu prostovoljne, tržne garancije.¹¹⁰ V nasprotju z njeno obvezno različico deluje prostovoljna garancija na temeljih prostega trga in konkurence. Na nekaterih trgih je že tržni standard. V primeru prostovoljne garancije se lahko dolžina garancijskega roka prilagodi posameznemu blagu, njegovi naravi in celo cenovnemu razredu. V samem bistvu gre za drugačno konceptualno zasnovo od jugoslovanskega modela.

Tržna garancija je predvsem konkurenčno orodje, ki proizvajalcem in prodajalcem omogoča, da tekmujejo na podlagi garancij, ki jih ponujajo.¹¹¹ S tem se spodbudi konkurenca v korist potrošnika.¹¹² Z vidika garanta lahko tržna garancija pomeni pomembno prodajno taktiko.¹¹³ Dejstvo, da je za določeno blago dana tržna garancija, pri potrošniku navadno sproži domnevo, da blago ustreza primerni ravni kakovosti.¹¹⁴ V skladu z navedenim ekonomska analiza prava tržno garancijo razlaga s t. i. signalno teorijo.¹¹⁵ Novejša teorija pa se ne osredotoča na fazo pred sklenitvijo pogodbe, ampak garancijo razlaga kot neformalno sredstvo za uresničevanje interesa kupca po sklenitvi pogodbe (angl. *informal redress mechanism*).¹¹⁶ Poudarja, da lahko v določenih primerih potrošnik zahtevke na podlagi prostovoljne garancije uveljavlja celo lažje kot pravice na podlagi zakona. Garant, ki je garancijo pripravil sam, je iz nje izha-

¹⁰⁸ Prav tam, str. 47.

¹⁰⁹ Glej Možina 2011a, str. 40 in 42–44.

¹¹⁰ Garancija po Direktivi 1999/44/ES pomeni vsako obveznost, ki jo prodajalec ali proizvajalec prevzame do potrošnika brez dodatnega plačila in s katero se zaveže, da bo vrnil kupnino, zamenjal ali popravil potrošniško blago ali zagotovil drugo sredstvo, kadar potrošniško blago nima lastnosti, navedenih v garancijski izjavi ali ustreznem oglasu (glej definicijo pojma v točki e drugega odstavka 1. člena Direktive 1999/44/ES). Glej tudi 21. uvodno izjavo Direktive 1999/44/ES.

¹¹¹ Malinvaud, str. 222. Glej tudi 21. uvodno izjavo Direktive 1999/44/ES.

¹¹² Prav tam, str. 221.

¹¹³ Bradgate, Twigg-Flesner, str. 169.

¹¹⁴ Prav tam.

¹¹⁵ Twigg-Flesner 2003, str. 54 in nasl. Za krajši pregled glej Twigg-Flesner 2009.

¹¹⁶ Twigg-Flesner 2003, str. 71 in nasl. Za krajši pregled glej Twigg-Flesner 2009.

jajoče obveznosti morda pripravljen prej izpolniti, kot pa sprejeti svojo odgovornost, ki mu jo nalaga zakon.¹¹⁷

Tržna garancija ni obsežno regulirana – Direktiva 2019/771 ji namenja zgolj en člen, ZVPot-1 pa nekoliko več določb. V skladu z navedenim tržna garancija pomeni dodatne prostovoljne obveznosti garanta, prevzete poleg obveznega jamčevanja. Ob primerjavi definicij garancije po relevantnih direktivah je mogoče ugotoviti, da je Direktiva 1999/44/ES izrecno zahtevala, da mora biti garancijska izjava dana brezplačno.¹¹⁸ Direktiva 2019/771 to odločitev prepušča državam članicam.¹¹⁹ ZVPot-1 definira garancijo kot izključno brezplačno obveznost (prvi odstavek 89. člena ZVPot-1).¹²⁰ Glede same vsebine garancije sta ključni načeli vezanosti in transparentnosti.¹²¹ V skladu s prvim je predvidena vezanost garanta na garancijsko izjavo in na izjavo o lastnostih blaga v oglaševanju. Če so pogoji v izjavi o tržni garanciji za potrošnika manj ugodni od tistih, ki so določeni v povezanih oglaševalskih sporočilih, je tržna garancija zavezujoča pod ugodnejšimi pogoji, razen če so bili povezani oglasi pred sklenitvijo pogodbe popravljeni na enak ali primerljiv način, kot so bili izdelani (90. člen ZVPot-1). V skladu z načelom transparentnosti je predvidena zahteva po opominu na zakonske pravice potrošniku (10. točka drugega odstavka 91. člena ZVPot-1). Za delovanje tržne garancije je navedeno bistveno. Potrošniki so namreč prehitro zavedeni, da je garancija edina oblika pravnega varstva.¹²² V tem delu Direktiva 2019/771 ne odstopa od svoje predhodnice, prav tako ne ZVPot-1 od ZVPot.

Zanimivo je, da je bila na ravni EU raziskana možnost, da bi šla regulacija nekoliko dlje, in sicer v smeri odgovornosti proizvajalca za življenjsko dobo delovanja tehničnih izdelkov.¹²³ Tovrstni predlogi nekoliko spominjajo na slovensko obvezno garancijo. Vendar je bilo poudarjeno, da se tehnično blago med seboj toliko razlikuje, da enotna ureditev minimalne življenjske dobe izdelkov ne bi bila smiselna.¹²⁴ Zato je bila predlagana uvedba modela garancije življenjske dobe prek dolžnosti obveščanja. V skladu z njim bi proizvajalcu naložili obveznost, da potrošnike obvesti o pričakovani življenjski dobi izdelkov, ter obveznost, da garant izda garancijsko izjavo za čas navedene pričakovane življenjske dobe. Alternativa pa je, da izjave ne

¹¹⁷ Bradgate, Twigg-Flesner, str. 169.

¹¹⁸ Primerjaj točko e drugega odstavka 1. člena Direktive 1999/44/ES in 12. točko 2. člena Direktive 2019/771.

¹¹⁹ Glej četrti odstavek 17. člena in 62. uvodno izjavo Direktive 2019/771. Glej tudi Moraes Carvalho, str. 195.

¹²⁰ Morebitna plačljiva jamstva se ne smejo ponujati kot garancija, kar pa seveda ne pomeni, da tudi sicer niso dovoljena. Vlada Republike Slovenije, str. 148. Glej obrazložitev 89. člena (opredelitev).

¹²¹ Možina 2011a, 43–44.

¹²² Bradgate, Twigg-Flesner, str. 170.

¹²³ Angl. *commercial guarantee for the lifespan of technical products*. Glej Tonner, Malcolm, str. 28–34. Primerjaj z Van Camp, Bouyon, str. 49–52.

¹²⁴ Tonner, Malcolm, str. 32, 54–55.

poda (angl. *zero statement*). Takšna dolžnost obveščanja potrošnikov o tem, da proizvajalci ne zagotavljajo tržne garancije, naj bi slednje spodbudila, da tržno garancijo ponudijo.¹²⁵ Evropski zakonodajalec navedenega predloga ni vključil v Direktivo.¹²⁶

Obveznosti, ki jih ima garant po sami Direktivi, so tako relativno skope. Vendar teorija utemeljeno svari, da je treba uvedbo strožjih pogojev za prostovoljna jamstva vedno temeljito tehtati, saj imajo lahko nasproten učinek želenemu višanju varstva in lahko subjekte odvrnejo od tega, da bi jih sploh ponudili.¹²⁷

4.2. Tržna garancija trajnosti

V skladu s težnjami trajnostne potrošnje¹²⁸ je bil prepoznan potencial prostovoljne garancije za spodbujanje obstojnosti in trajnosti izdelkov.¹²⁹ Kot novost Direktiva 2019/771 in posledično ZVPot-1 uvajata tržno garancijo trajnosti. Definicije, kaj naj bi to bilo, direktiva ne ponudi. Pojasnjuje njena elementa, pri čemer je poudarek na trajnosti. Trajnost pomeni zmožnost blaga, da ohranja svoje potrebne funkcije in zmogljivosti z običajno uporabo.¹³⁰

Proizvajalec neposredno odgovarja potrošniku v celotnem obdobju tržne garancije trajnosti za popravilo ali zamenjavo blaga, kadar da potrošniku tržno garancijo trajnosti določenega blaga za določeno obdobje. Pri tem se direktiva in zakon sklicujeta na člen glede vzpostavitve skladnosti, torej na popravilo oziroma zamenjavo v primeru odgovornosti prodajalca (14. člen Direktive 2019/771 oziroma prvi, drugi in sedmi do deveti odstavek 82. člena ZVPot-1). Proizvajalec lahko potrošniku v garancijskem listu pri tržni garanciji trajnosti nudi ugodnejše pogoje.¹³¹ Glede na navedeno tržna garancija trajnosti pomeni zavezo garanta, da bo potrošniku brezplačno, brez znatnih nevšečnosti in v razumnem roku od uveljavljanja garancije popra-

¹²⁵ Tonner, Malcolm, str. 32–34; Keirsbilck in dr., str. 19.

¹²⁶ Glej García Goldar, str. 24; Van Gool, Michel, str. 147.

¹²⁷ Van Gool, Michel, str. 147.

¹²⁸ Cilja zasledovanja trajnostne potrošnje in zagotovitve krožnega gospodarstva sta v Direktivi 2019/771 omenjena dvakrat, in sicer v 32. in 48. uvodni izjavi (Zoll, Południak-Gierz, Bańczyk, str. 530). Ureditev Direktive 2019/771 je ravno s tega vidika deležna kritik, saj na področju trajnostne potrošnje večinoma ohranja obstoječe stanje in ne izraža politike EU glede trajnostnega razvoja ter njenih zelenih ambicij (Van Gool, Michel, str. 136; glej tudi García Goldar; Keirsbilck in dr.; Maitre-Ekern, Dalhammar; Zoll, Południak-Gierz, Bańczyk ipd.). Glej Akcijska načrta za krožno gospodarstvo 2015 in 2020 (Evropska komisija 2020; Evropska komisija 2015).

¹²⁹ Van Gool, Michel, 146–147. Glede vloge potrošnikov pri spodbujanju (bolj) trajnostne proizvodnje na strani ponudnikov in trajnostne potrošnje na strani povpraševanja glej Mak, Terry, str. 229 in nasl.

¹³⁰ Glej 13. točko 2. člena Direktive 2019/771.

¹³¹ Glej prvi odstavek 17. člena Direktive 2019/771 in 92. člen ZVPot-1.

vil ali zamenjal blago.¹³² To je torej prostovoljna zaveza za izpolnitev primarnih jamčevalnih zahtevkov, ki ji je zgolj nadeto novo ime: prostovoljna garancija trajnosti.

Prostovoljna garancija trajnosti nedvomno spodbuja popravilo in zamenjavo blaga ter s tem subjekte na trgu opominja na njihovo (so)odgovornost v procesu krožnega gospodarstva. Vendar pa ne vsebuje posebnih »bolj trajnostno« naravnanih pogojev garancije, zato tržna garancija trajnosti niti ni nujno tako trajnostna. Navedeno ilustrira primer garancije, v skladu s katero lahko potrošnik zahteva zamenjavo za novo blago.¹³³ V okviru prostovoljne garancije trajnosti namreč ni zahtevana planetu prijaznejša zamenjava za rabljeno blago. Težko si je namreč predstavljati, da bi se povprečni potrošnik namesto za nov izdelek raje odločil za popravilo svojega že nekoliko uporabljenega izdelka ali za izdelek iz druge roke, če ima v okviru garancije na voljo druge alternative.¹³⁴ Navkljub prepoznanemu trajnostnemu potencialu tržnih garancij,¹³⁵ je tudi na tem mestu pristop evropskega zakonodajalca k temi načrtovane zastarelosti precej plah.¹³⁶ Čeprav potrošniške in okoljske politike ni več mogoče obravnavati kot povsem ločenih kategorij,¹³⁷ se na takšnih mestih jasno izrazi kolizija med njima.¹³⁸ Očitno je, da je pri oblikovanju politike potrošniškega prava potreben ponoven razmislek glede ravnovesja med okoljskimi cilji in varstvom potrošnikov.¹³⁹

5. Sklep

ZVPot-1 vnaša tržno garancijo trajnosti in ohranja obvezno garancijo proizvajalca. Prva ni pretresljiva, saj glede na »navadno« tržno garancijo vsebinsko ne prinaša posebnih novosti. Njen prispevek je ponovno opominjanje na hitro in čezmerno potrošnjo, pri čemer pa protislovno niti ni – vsaj ne nujno – tako trajnostna. Gre torej zgolj za novo poimenovanje obstoječih možnosti. Vsebinsko mnogo zanimivejša pa je ohranitev obvezne garancije, ki je postala, upoštevaje novo ureditev kogentnega jamčevanja, povsem obsoletna. Jamčevanje prinaša za potrošnike ugodnejšo hierarhijo zahtevkov, kot jo pozna obvezna garancija. Obrnjeno dokazno breme glede obstoja neskladnosti blaga ob dobavi velja celotno obdobje trajanja obvezne garancije. Kot obvezni garant je zavezan zgolj proizvajalec. Največje dodane vrednosti, ki jo je

¹³² Tako 14. člen Direktive 2019/771. Primerjaj z relevantnimi odstavki 82. člena ZVPot-1 (prvi odstavek 92. člena ZVPot-1 se namreč sklicuje na prvi, drugi in sedmi do deveti odstavek 82. člena ZVPot-1).

¹³³ Za kritiko glede zamenjave z novim blagom glej Van Gool, Michel, str. 147.

¹³⁴ Weingerl 2018, str. 28. Glej tudi Mak, Lujinović, str. 8.

¹³⁵ Van Gool, Michel, str. 147.

¹³⁶ Glej Morais Carvalho, str. 198.

¹³⁷ Glej Tonner, str. 76.

¹³⁸ Glede konflikta med varstvom potrošnikov in cilji trajnostnega razvoja glej Mak, Lujinović, str. 9–10.

¹³⁹ Mak, Terryn, str. 229.

obvezna garancija imela z vidika posameznega potrošnika, tako ni več. Ostajajo poprodajne storitve, katerih prispevek ni enoznačen. Ne glede na to nova direktiva nima namena vplivati na določbe nacionalnega prava, ki nalagajo zagotovitev razpoložljivosti rezervnih delov. Tako ostaja zgolj odsotnost notifikacije, ki bi lahko veljala tudi v primeru jamčevanja, saj obveznost obvestitve prodajalca o neskladnosti po direktivi ni obvezna. Raven varstva slovenskega potrošnika se tako ne bi spremenila, če bi v tem delu postala povsem »evropska«. Ob tem pa ni mogoče zanikati, da je slovenska obvezna garancija lahko celo bolj trajnostno naravnana od evropske tržne garancije trajnosti.

Literatura

- BOURGOIGNIE, Thierry. Sustainable Consumption and Obsolescence of Consumer Products. V: Do Amaral Junior, A., De Almeida, L., in Klein Vieira, L. (ur.), *Sustainable Consumption: The Right to a Healthy Environment*. Cham: Springer, 2020, str. 27–47, <<https://doi.org/10.1007/978-3-030-16985-5>> (26. 3. 2023).
- BRADGATE, Robert, TWIGG-FLESNER, Christian. *Blackstone's guide to consumer sales and associated guarantees*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2011.
- BRUS, Marko. Odgovornost za stvarne napake pri prodajni pogodbi. *Pravosodni bilten*, 2020a, letn. 41, št. 1, str. 9–25.
- BRUS, Marko. Zahtevek za odpravo stvarne napake pri potrošniški prodajni pogodbi. *Pravosodni bilten*, 2020b, letn. 41, št. 1, str. 27–37.
- CHALMERS, Damian, DAVIES, Gareth, MONTI, Giorgio. The Free Movement of Goods. V: Chalmers, D., Davies, G., in Monti, G. (ur.), *European Union Law: text and materials* (4. izd.). Cambridge: Cambridge University Press, 2019, str. 695–733.
- CRAIG, Paul P., DE BÚRCA, Gráinne. The Single Market. V: Craig, P., in De Búrca, G. (ur.), *EU Law: text, cases, and materials* (7. izd.). Oxford: Oxford University Press, 2020, str. 641–672.
- EVROPSKA KOMISIJA. *Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij: Novi akcijski načrt za krožno gospodarstvo; Za čistejšo in konkurenčnejšo Evropo*. COM(2020) 98 final, Bruselj, 2020, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0098>> (2. 4. 2023).
- EVROPSKA KOMISIJA. *Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij: Zaprtje zanke – akcijski načrt EU za krožno gospodarstvo*. COM(2015) 614 final, Bruselj, 2015, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0614>> (2. 4. 2023).
- EVROPSKA KOMISIJA. *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the implementation of 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 including analysis of the case for introducing direct producers' liability*.

- COM(2007) 210 final, Bruselj, 2007, <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0210:FIN:en:PDF>> (7. 3. 2023).
- EVROPSKA KOMISIJA. *Green Paper on Guarantees for Consumer Goods and After-sales Services*. COM(93) 509 final, Bruselj, 1993, <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1993:0509:FIN:EN:PDF>> (7. 3. 2023).
- GARCÍA GOLDAR, Mónica. The inadequate approach of Directive (EU) 2019/771 towards the circular economy. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, letn. 29, št. 1, str. 9–24.
- GOMEZ, Fernando. Introduction (Economic analysis of the Directive). V: Bianca, C. M., in Grundmann, S. (ur.), *EU Sales Directive Commentary*. Antwerpen; Oxford; New York: Intersentia, 2002, str. 53–78.
- GROSSMAN, Sanford J. The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality. *The Journal of Law and Economics*, 1981, letn. 24, št. 3, str. 461–483.
- KAMNIK, Tadej. Dileme pravnega urejanja garancije po evropskem vzoru. *Pravna praksa*, 2011, letn. 30, št. 37, str. 17–19.
- KEIRSBILCK, Bert, TERRY, Evelyne, MICHEL, Anaïs, ALOGNA, Ivano. *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation*, In-Depth Analysis for the Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2020, <https://www.researchgate.net/publication/340488154_Sustainable_Consumption_and_Consumer_Protection_Legislation_How_can_sustainable_consumption_and_longer_lifetime_of_products_be_promoted_through_consumer_protection_legislation#read> (28. 3. 2023).
- KOVAČ, Mitja. Garancija za brezhibno delovanje: obvezna in/ali prostovoljna. *Pravni letopis*, 2012, str. 105–118, 236–237.
- MAITRE-EKERN, Eléonore, DALHAMMAR, Carl. Towards a hierarchy of consumption behaviour in the circular economy. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, letn. 26, št. 3, str. 394–420.
- MAK, Vanessa, LUJINOVIĆ, Enna. Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets – Legal Possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example. *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, letn. 8, št. 1, str. 4–13.
- MAK, Vanessa, TERRY, Evelyne. Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*, 2020, letn. 43, št. 1, str. 227–248.
- MALINVAUD, Philippe. Article 6: Guarantees. V: Bianca, C. M., in Grundmann, S. (ur.), *EU Sales Directive Commentary*. Antwerpen; Oxford; New York: Intersentia, 2002, str. 219–233.
- METELKO, Tina. Minimalna harmonizacija in nekonkurenčnost garancije. *Pravna praksa*, 2008, letn. 27, št. 45, str. 12–14.

- MORAIS CARVALHO, Jorge. Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771. *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, letn. 8, št. 5, str. 194–201.
- MOŽINA, Damjan. Obvezna garancija za brezhibno delovanje in varstvo kupca v evropskem pravu. *Podjetje in delo*, 2011a, letn. 37, št. 1, str. 38–48.
- MOŽINA, Damjan. Obvezna garancija za brezhibno delovanje: relik্ত jugoslovanskega prava, brez katerega bomo mirno živeli naprej. *Pravna praksa*, 2011b, letn. 30, št. 5, str. 9–11.
- MOŽINA, Damjan. Razdor, odpoved in odstop od pogodbe. *Pravni letopis*, 2011c, str. 57–73, 382–383.
- MOŽINA, Damjan. Garancija za brezhibno delovanje in odgovornost za stvarne napake. *Zbornik znanstvenih razprav*, 2009, letn. 69, str. 143–169.
- 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.
- OCEPEK, Maša. Stvarne napake v luči ciljev krožnega gospodarstva. V: Weingerl, P. (ur.), *Pravna ureditev varstva potrošnikov: učinkovito uveljavljanje pravic v luči ciljev krožnega gospodarstva*. Maribor: Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba, 2022, str. 137–165, <<http://www.dlib.si/?URN=URN:NBN:SI:DOC-6DF1H2UE>> (7. 3. 2023).
- PARISI, Francesco. The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic Analysis. *The American Journal of Comparative Law*, 2004, letn. 52, št. 2, str. 403–431.
- PINTAR, Boštjan. Ali institut stvarne napake omogoča ugodnejše pravno varstvo kot institut obvezne garancije?. *Pravna praksa*, 2011a, letn. 30, št. 10, str. 15–17.
- PINTAR, Boštjan. Potrošnik in garancija za brezhibno delovanje stvari: tudi po (zdaj že umaknjem) predlogu ZVPot-E. *Pravna praksa*, 2011b, letn. 30, št. 1, pril., str. II–VII.
- PLAVŠAK, Nina. Pravice kupca. V: Juhart, M., in Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem (posebni del): 3. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2004a, str. 161–200.
- PLAVŠAK, Nina. Garancija za brezhibno delovanje prodane stvari. V: Juhart, M., in Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem (posebni del): 3. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2004b, str. 201–226.
- POSNER, Richard Allen. *Economic Analysis of Law* (5. izd.). New York: Aspen Law & Business, 1998.
- SCHÄFER, Hans-Bernd, OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Cheltenham (UK), Northampton (MA; USA): Edward Elgar, 2004.
- SNELL, Jukka. The internal market and the philosophies of market integration. V: Barnard, C., in Peers, S. (ur.), *European Union Law* (3. izd.). Oxford: Oxford University Press, 2020, str. 334–364.
- SZILÁGYI, Ferenc. The Implementation of Directives 2019/770 and 2019/771 in Hungary. *Journal of European Consumer and Market Law*, 2021, letn. 10, št. 6, str. 267–272.

- TONNER, Klaus, MALCOLM, Rosalind. *How an EU Lifespan Guarantee Model Could Be Implemented Across the European Union*. European Parliament Study, Brussels, 2017, <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583121/IPOL_STU\(2017\)583121_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583121/IPOL_STU(2017)583121_EN.pdf)> (1. 4. 2023).
- TONNER, Klaus. Consumer Protection and Environmental Protection: Contradictions and Suggested Steps Towards Integration. *Journal of Consumer Policy*, 2020, letn. 23, št. 1, str. 63–78.
- TWIGG-FLESNER, Christian. *Consumer Goods Guarantees in the DCFR – »Best Solution« or Grasping the Wrong Nettle?*. *European Review of Private Law*, 2009, letn. 17, št. 4, str. 641–657.
- TWIGG-FLESNER, Christian. Consumer Sales Directive (99/44). V: Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, H., in Ebers, M. (ur.), *EC Consumer Law Compendium: The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*. Munich: Sellier. European law publishers, 2008, str. 407–451.
- TWIGG-FLESNER, Christian. *Consumer Product Guarantees*. Aldershot: Ashgate Publishing, 2003.
- VAN CAMP, Stefan, BOUYON, Sylvain. *Impact assessment of proposed substantial amendments introducing a commercial lifespan guarantee in the proposed online sales and digital content directives*. Final Study by Centre for European Policy Studies (CEPS) and Time.lex, 2017, <<https://www.ceps.eu/download/publication/?id=10284&pdf=LifetimeGuarantee.pdf>> (5. 11. 2023).
- VAN GOOL, Elias, MICHEL, Anaïs. The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis. *Journal of European Consumer and Market Law*, 2021, letn. 10, št. 4, str. 136–148.
- VLADA REPUBLIKE SLOVENIJE. Predlog Zakona o varstvu potrošnikov, EVA: 2015-2130-0005, EPA: 180-IX, 12. 7. 2022.
- WEINGERL, Petra. Sustainability, the Circular Economy and Consumer Law in Slovenia. *Journal of European Consumer and Market Law*, 2020, letn. 9, št. 3, str. 129–132.
- WEINGERL, Petra. Krožno gospodarstvo: premik od individualnih interesov h kolektivnim. *Pravna praksa*, 2018, letn. 37, št. 20/21, str. 28.
- ZOLL, Fryderyk, POŁUDNIAK-GIERZ, Katarzyna M., BAŃCZYK, Wojciech K. Sustainable consumption and circular economy in the Directive 2019/771. *Prawo i ekonomia*, 2020, letn. 64, št. 4, str. 526–550.

Nomotehnika

II.

ALBIN IGLIČAR

Pogojenost zakonodajne politike z naravo prava

GORDANA LALIĆ

*Tankočutnost zaznavanja prelomnih dražljajev pri rabi
ustaljenih pravil glede izbire vrste predpisa na nacionalni
ravni in ravni Evropske unije*

KATJA BOŽIČ

*Po kos prava v regulativni peskovnik ali srečevanja
nepredvidljive kreativne neodvisnosti in predvidljive pravne
realnosti*

BEČIR KEČANOVIĆ, MIRCHA POLDRUGOVAC

*Javna varnost in zakonodajna politika v ekstremnih
situacijah*

MARCOS AUGUSTO MALISKA

State and law in today's world. A brief approach

Pregledni znanstveni članek
UDK 340.134

Pogojenost zakonodajne politike z naravo prava

ALBIN IGLIČAR
doktor pravnih znanosti,
zaslužni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Zakonodajna politika¹ kot del pravne politike označuje postavljanje ciljev zakonodajne dejavnosti in določanje načinov ter sredstev za doseganje teh ciljev pri pravnem urejanju družbenih odnosov. Cilji zakonodajne politike izhajajo iz splošno sprejetih in priznanih družbenih vrednot kot pomembnih materialnih pravnih virov. Pri tem je določanje ciljev seveda pogojeno z objektivnimi materialnimi, socialnimi, političnimi in kulturnimi okoliščinami globalne družbe. Sredstva zakonodajne politike so načini oblikovanja zakonov (nomotehnika) oziroma njihovi metodični, strukturni in jezikovni vidiki ter postopki sprejemanja zakonov.

Ob determinantah, ki jih zakonodajni politiki postavljajo ustavni okvir in strateškopolični dokumenti, je za njeno uspešnost treba izhajati iz (1) integralnega pogleda na pravo ter (2) upoštevati njegovo sistemsko družbeno funkcijo in (3) povezovanje pravnih norm v neprotislovno celoto z osebnim dojemanjem pravnih norm pri vsakem posamezniku.

2. Dialektično in integralno razumevanje prava

Integralno razumevanje prava poudarja, da je ta družbeni pojav sestavljen iz vrednot, norm in odnosov. Na prvi pogled se pravo kaže kot norma. Kadar pa iz zunanje pojavnosti prehajamo do notranjega bistva prava, ugotovimo, da pravnim normam predhodijo družbene vrednote in

¹ Več v Igličar.

da se pravo udejanja v dejanskem vedenju in ravnanju ljudi, torej v družbenih odnosih. Če so vrednote in norme idealna sestavina prava, potem so odnosi njegova realna sestavina.

Navedeni pristop sledi dialektičnemu načinu razmišljanja, ki poudarja v vsakem pojavu njegovo notranjo enotnost ob hkratnem boju nasprotij ter prehod količinskih dogajanj (kvantitete) v kakovostno nove pojave (kvaliteta) in nastajanje novega na podlagi zanikanja preživelih prvih v starem pojavu (negacija negacije).

Pri pravnih pojavih in procesih se nam notranja protislovja ter istočasno njihova enotnost kažejo na primer kot napetosti med idealnim (vrednote, norme) in realnim (odnosi) v pravu. Enotnost in hkrati nasprotje lahko ugotovljamo pri sestavi pravne norme (dispozicija in sankcija) ali pri sestavi pravnega sistema iz materialnega in formalnega prava. Nakazano polarnost vidimo v razmerju med heteronomnim in avtonomnim pravom ali med normativnim (*law in books*) in faktičnim (*law in action*), med obćimi in posamićnimi interesi itd.

Prehod kolićine (kvantitete) v kakovost (kvaliteto) je na pravnem podroćju mogoće opazovati na primerih prehajanja enega pravnega sistema v drugega, na primer iz fevdalnega v kapitalistićni pravni sistem ali na primerih nastajanja novih pravnih panog. Ko se je nakopićilo število pravnih norm, ki urejajo odnose v proizvodnji, so se te norme iz civilnega prava osamosvojile v novo pravno panogo delovnega prava. Podobno se dogaja pri potrebi po pravnem urejanju doloćenih podroćij življenja, ki pred tem niso bila pravno urejena. Dognanja znanosti in tehnike zahtevajo nove pravne predpise za dejavnost presajanja ćloveških organov, varstva osebnih podatkov itd. V zadnjem obdobju so zaradi pojava umetne inteligence v ospredju zahteve po pravni ureditvi njene uporabe, pri kateri mora pravna ureditev preprećiti posege v avtorske pravice, manipulacije z vsebinami ter s ćlovekovo integriteto in dostojanstvom.²

Dialektićni zakon negacije v pravu spremljamo ob nastajanju novih pravnih sistemov in ob uporabi zgodovinske ter primerjalne metode v pravu. Ko se na primer po drućbeno-politićnih spremembah vzpostavi nov pravni sistem, tega ni mogoće postaviti naenkrat, zato nov sistem vedno dopuščja še uporabo tistih delov starega pravnega sistema, ki ustrezajo novim razmeram. S to rešitvijo stari sistem ni odpravljen naenkrat, temveć njegove sestavine živijo naprej v novem pravnem sistemu.³ Triada teza – antiteza – sinteza se prav tako kaće v življenju prava v kazenskem procesu. Na tem podroćju kaznivo dejanje negira temeljno pravno zapoved (teza),

² Primerjaj Predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o doloćitvi harmoniziranih pravil o umetni inteligenci (Akt o umetni inteligenci) in spremembi nekaterih zakonodajnih aktov Unije, 21. 4. 2021. Evropski parlament je 14. 6. 2023 sprejel pogajalska izhodišća, v katerih se je zavzel za stroćji nadzor nad umetno inteligenco. Med drugim bi morali sistemi umetne inteligence varovati zdravje, varnost, temeljne pravice in demokracijo. Sistemi, kot je Chat-GPT, pa bi morali opozoriti, da je vsebina nastala z umetno inteligenco.

³ Primerjaj 1. ćlen Ustavnega zakona za izvedbo Ustave Republike Slovenije (UZIU, Uradni list RS, št. 33/91 z dne 28. 12. 1991 in št. 21/94 z dne 22. 4. 1994): »Predpisi in drugi splošni akti, ki so veljali na dan razglasitve te ustave, ostanejo v veljavi. Doloćbe predpisov, ki niso v skladu s to ustavo, je treba z njo uskladiti najkasneje do 31. 12. 1993.«

izvedena sankcija zanika oziroma izniči storilčevo dejanje (antiteza) ter ponovno vzpostavi veljavnost pravnega reda (sinteza).

V zakonodajni politiki mora biti pri prenašanju ciljev in usmeritev iz različnih strateških dokumentov v zakone in druge splošne pravne akte prisoten tudi integralni oziroma sintetični pristop⁴ k pojmu prava. Zakonodajalec mora upoštevati, da vrednote, norme in dejstva (odnosi) kot »dialektična in gibljiva celota tvorijo pravo«.⁵ Resolucije, strategije, programi, akcijski načrti ipd. so usmeritve in spodbude za družbeno delovanje, šele zakonske norme pa v to delovanje vnašajo pravice in dolžnosti s sankcijskim mehanizmom v primeru neizpolnjevanja pravnih norm v vedenju in ravnanju pravnih subjektov. Kadar torej kakšen politični dokument predvideva, da je za njegovo uresničevanje potreben zakonodajni poseg, ni dopustno prezreti omenjene tridimenzionalne sestave prava. S prenosom določene vrednote iz strateškega dokumenta v zakon se bo namreč ta vrednota iz družbene pretvorila v pravno vrednoto, iz programskega cilja bo nastal pravni cilj ter iz okvirno zamišljenih stanj točno opredeljene iztožljive pravice in obveznosti.⁶

3. Sistemske družbene funkcije prava

Ob navedenem pristopu lahko pravo izpolni tudi svoje družbene funkcije. Te je teoretik Raz razčlenil v štiri točke: zaščita zaželenega ravnanja in preprečevanje neželenega ravnanja, zagotavljanje okvirov za zasebne dogovore, zagotavljanje javnih storitev in redistribucija dobrin ter sodno reševanje sporov.⁷ S tem pravni sistem pripomore k socialni integraciji, tako da določa oblike povezovanja ljudi v različne oblike združevanja.

Družbeno vlogo prava pojasnjuje tudi teorija družbenih sistemov.⁸ S sistemom sodobna sociološka teorija razume celoto, sestavljeno iz svojih delov. Ta celota je ločena od drugih celot, znotraj pa so sestavine celote – oziroma sistema – relativno trajno povezane v določena pravilna in obstojna razmerja. Zato je takšna celota več kot zgolj aritmetična in mehanična vsota sestavnih delov, ampak je nova kvaliteta v objektivni stvarnosti.

⁴ Pavčnik, str. 601.

⁵ Perenič, str. 82.

⁶ Tako je na primer iz Resolucije o strategiji nacionalne varnosti (Uradni list RS, št. 59/19), ki govori o ogrožanju javne varnosti (točka 4.12), treba za zakonsko vsebino jasno opredeliti vrednoto varnosti kot pravico vsakega pravnega subjekta do varnosti (34. člen Ustave RS) ter jasno določiti in razmejiti vsebino pojmov javna varnost, nacionalna varnost, javni red in mir v obliki legalnih definicij. Še pred tem se je treba zavedati, da varnost kot izhodiščno vrednoto oziroma t. i. naravno pravico, ki jo navaja že Deklaracija o pravicah človeka in državljana (1789), prenašamo v pravno-dogmatsko normativno opredelitev z namenom njene realizacije v dejanskih družbenih odnosih.

⁷ Raz, 2009.

⁸ Luhmann, 1999.

Sistem mora povezovati vse elemente v samostojno entiteto. Diferenciacija nastopi, ko število elementov doseže takšno količino, da se ne more vsak element sistema v vsakem trenutku nahajati v razmerju do vsakega drugega elementa. Posledično se potem oblikujejo novi sistemi oziroma podsistemi v okviru celotnega družbenega sistema. S tem pa sta v siceršnjo homeostatičnost družbenih razmerij vneseni dinamika in diferenciacija.

Za sistemsko teorijo je nadalje značilno, da ne daje prednosti ali posebne teže nobenemu izmed družbenih podsistemov, kot na primer ekonomskemu, političnemu, pravnemu, kulturnemu podsistemu. Vse šteje za enako pomembne, tako da noben nima determinirajoče pozicije do drugih. Enako ne obstaja noben podsistem, ki bi predstavljal družbo kot celoto, ki zato razpade v vrsto delnih, vase zaprtih sistemov. Ti sistemi so drug od drugega neodvisni in so med seboj povsem enakovredni.

V tem smislu je načeloma tudi politični sistem le eden izmed delnih družbenih podsistemov. Vendar se politični sistem bolj od drugih odziva na spremembe v okolju sistema, obenem pa je ravno politični sistem zelo relevantno okolje za druge sisteme. Sistemsko razlaga družbe torej še vedno trdi, da politike ni mogoče šteti za hierarhično višji sistem v moderni družbi, temveč le za enega izmed funkcionalnih podsistemov, čeprav je mogoče politiki priznati neko posebno težo pri ustvarjanju pogojev za delovanje drugih podsistemov ter posebno vlogo pri njihovem medsebojnem usklajevanju.

Sistemsko teorija pojasnjuje, da pravni sistem kot eden od družbenih podsistemov omogoča stabilizacijo pričakovanj normativno pogojenega obnašanja ljudi. Niklas Luhmann z vidika systemske teorije poudarja, da pravne norme stabilizirajo družbeni sistem, s tem ko generalizirajo pričakovana ravnanja udeležencev v družbenih procesih. Tako zmanjšujejo raznolikost dejanskega življenja in zagotavljajo varnost družbenih odnosov.⁹

Pravni sistem za svojo veljavnost in učinkovitost oziroma za svojo obvezno moč potrebuje politični sistem. Ta način pozitivizacije prava prek političnega sistema je sicer spremljan z nevarnostjo politične samovolje in zlorabe oblasti, vendar takšno nevarnost zmanjšuje pravna država. V njej so določena ne le pravila za sprejemanje pravnih pravil, temveč tudi načela, kakšna pravna pravila je sploh dopustno sprejemati. S tem je omejen prostor za zakonodajalca,¹⁰ težišče pravnega delovanja pa se prenaša na zakonodajne, sodne in upravne postopke.

Pri tem je politični sistem pomemben del okolja za pravni sistem. Razlikovanje med političnim in pravnim sistemom se je v splošni družbeni zavesti pojavilo šele v drugi polovici

⁹ Luhmann, 1972.

¹⁰ Luhmann, 1972, str. 202, posebej poudarja, da je z vzpostavitvijo zakonodajnega postopka (*»Mit der Etablierung gesetzgebender Verfahren«*) odpadel strah pred morebitnim novim Leviatanom, saj zakonodajalca omejujejo imanentna pravila postopka.

16. stoletja in nato posebej z idejo o pravni državi ter ustavi. Pred tem obdobjem so politika, pravo in družba tvorili enoten pojem, ki ni razlikoval med navedenimi tremi sistemi.¹¹ Razlikovanje med civilno družbo in politično državo se pojavi šele vzporedno z nastajanjem moderne družbe ob koncu srednjeveških monarhij. Današnji družboslovci pa pri navajanju razlik posebej ugotavljajo, da kot medij političnega sistema nastopa moč, za pravni sistem pa ima to vlogo judikatura.¹²

Seveda ni okolje pravnega sistema podano zgolj s političnim sistemom. Okolje pravnega sistema tvorijo tudi na primer gospodarski, kulturni, religiozni sistem. Vendar ima politični sistem vseeno posebej poudarjeno težo, ker zagotavlja pravnim normam obvezujočo moč. Ob tem sistemska teorija sicer razvija misel o med seboj ločenih in samozadostnih (avtopoetičnih) sistemih,¹³ toda družbena stvarnost bolj govori v prid predstavi o medsebojno prekrivajočih se družbenih sistemih, ki vplivajo drug na drugega.

Nakazana prepletenost družbenih (pod)sistemov se kaže tudi v upravljanju družbe prek države. V delovanju državnih izvršilnih in predstavniških organov se pogosto povezujejo številne področne vsebinske odločitve s pravnimi oblikami oziroma akti. Tako je na primer Državni zbor Republike Slovenije v mandatnem obdobju 2018–2022 sprejel 10 področnih nacionalnih programov, 14 resolucij in 11 priporočil,¹⁴ kar vse je usmerjalo zakonodajno politiko in zahtevalo ustrezno »prevedbo« političnih odločitev v splošne pravne akte. Soodvisnost med različnimi deli globalne družbe je torej izpričana pri vsakokratnem pretvarjanju družbenih odločitev v splošne pravne akte. Idejam in zamislim iz strateških načrtov,¹⁵ ki usmerjajo prehod na novo družbeno paradigmo, sledi operacionalizacija v pravnih predpisih.

Področja, na katera posledično posegajo zakoni in podzakonski splošni pravni akti, so izredno široka in zajemajo vse štiri glavne ravni predvidenega razvoja: zeleni prehod, digitalno preobrazbo, vključujočo rast ter zdravstvo in socialno varnost. Vsebino Načrta za okrevanje in odpornost je treba »prevesti« na primer v pravne predpise o okolju,¹⁶ učinkoviti rabi energije, trajnostni mobilnosti, trajnostni prenovi stavb in krožnem gospodarstvu. Prav tako so potrebne

¹¹ Luhmann, 2007, str. 358.

¹² Schulte, str. 136.

¹³ Luhmann, 1999, str. 60.

¹⁴ Poročilo o delu Državnega zbora RS za mandat 2018–2022.

¹⁵ Vlada RS je 28. 4. 2021 sprejela Načrt za okrevanje in odpornost. V njem navaja razvojna področja s pripadajočimi reformami in naložbami, ki bodo prispevale k blaženju negativnih gospodarskih in socialnih učinkov epidemije covida-19 ter pripravile državo na izzive, ki jih pomenita zeleni in digitalni prehod. Vsaka komponenta znotraj posameznega razvojnega področja vključuje vsebinsko povezane reforme in naložbe. Pri vsakem ukrepu so opredeljeni tudi relevantni mejniki in cilji. Tako je mogoče spremljati njihovo izvajanje.

¹⁶ Na primer prenova Zakona o varstvu okolja, sprejetje novega Zakona o gospodarskih javnih službah.

normativne spremembe zaradi digitalne preobrazbe javnega sektorja in gospodarstva¹⁷ ter uporabe orodij oziroma algoritmov umetne inteligence.¹⁸ Pravna ureditev posega zlasti v pa-noge gospodarskega,¹⁹ delovnega²⁰ in upravnega prava²¹ ter področji zdravstva in socialne varnosti. Skratka, pred zakonodajno in izvršilno oblastjo je z vidika njune normativne dejavnosti ogromno nalog in izzivov, kako pretvarjati politično-ekonomske odločitve v sistemsko usklajene, jasne in dorečene splošne pravne akte.

4. Normativna integracija in legitimnost

Pomemben pogoj za uspešno zakonodajno politiko je še v zadovoljivi normativni integraciji. Njen subjektivni vidik se kaže v ponotranjenosti (internalizaciji) pravnih norm, njihovi nav-zočnosti v zavesti vsakega posameznika. Pravni teoretik Kantorowicz pojasnjuje, da je to pra-vo »ki ga živimo in čutimo v sebi kot živo«.²² Ponotranjeno dojetje pravnih norm je seveda mogoče, kadar izhaja iz splošno sprejetih običajnih vrednot in iz osnovne skladnosti interesov posameznika z objektivnimi splošnimi družbenimi interesi. Tedaj se pravne norme v znatnem delu prekrivajo z osebnimi nazori in vodijo za ravnanje posameznikov.²³

Na to osebno dojetje pravnih norm navezuje še pojem legitimnosti. Z njim pojasnjujemo prepričanje ljudi o veljavnosti prava, vključujoč načela in vrednote, iz katerih izvirajo družbene odločitve.²⁴ Na tej osnovi se oblikujejo pričakovanja o pravičnih normativnih oblastnih odlo-čitvah. Obenem pa te (legalne) odločitve dobijo tudi svojo legitimnost. Zato se legitimnost kaže kot pripravljenost državljanov, da bodo znotraj določenih tolerančnih meja sprejemali

¹⁷ Na primer sprejetje Zakona o elektronskih komunikacijah, sprejetje pravnih podlag za izdajo nacionalne e-iden-titete, sprejetje pravnih podlag za uvedbo obveznega elektronskega poslovanja poslovnih subjektov z državo.

¹⁸ Birkinshaw, str. 24.

¹⁹ Na primer: integracija relevantne zakonodaje v slovenski pravni red s področja prava gospodarskih družb in regis-trov, s področja varstva potrošnikov, s področja avtorskih pravic, s področja digitalnih trgov in storitev ter digitalnih financ ter sprememba Zakona o gospodarskih družbah.

²⁰ Na primer: sprejetje Zakona o vzpostavitvi »krizne« sheme skrajšanega delovnega časa (2022), sprejetje celo-vitih sprememb Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju, katerega namen je zagotavljanje javnofinančne vzdržnosti sistema in primernih pokojnin, novelacija Zakona o urejanju trga dela na področju zavarovanja za primer brezposelnosti z namenom povečevanja delovne aktivnosti starejših in preprečevanja predčasnih odhodov s trga dela.

²¹ Na primer: spremembe in dopolnitve Zakona o splošnem upravnem postopku in Uredbe o upravnem poslovanju, sprejetje novele Zakona o javnih uslužbencih ipd.

²² Kantorowicz, str. 91.

²³ Podobno Pitamic v inavguralnem predavanju študentom Pravne fakultete v Ljubljani 15. aprila leta 1920: »Ne bomo ustvarjali, ne bomo delili in ne bomo našli pravice, če ni pravičnosti v nas.« Pitamic, str. 46.

²⁴ Luhman, 1972, str. 259.

in upoštevali oblastne odločitve ter jih šteli za upravičene, racionalne, primerne, utemeljene, prepričljive, pravične ali edino možne.

V tem smislu je legitimnost tesno povezana z demokratično naravo političnih procesov. Zato sta – kot ugotavlja Luhmann – demokracija in legitimnost medsebojno tesno povezana pojava, ki učinkujeta drug na drugega.²⁵ Navedeni družboslovec temu še dodaja, da imata soglašanje z družbenimi odločitvami in njihovo osebno sprejemanje svojo psihično in procesno komponento. Psihični procesi zajemajo individualno zavest, ki je v procesu socializacije oziroma vključevanja posameznika v družbo posledica objektivne družbene zavesti kot t. i. kulture,²⁶ ki se prenaša iz ene generacije v drugo. Pomembna manifestacija družbene zavesti z vidika legitimnosti je javno mnenje in izražanje zaupanja v institucije političnega in pravnega sistema. Procesna komponenta legitimnosti pa zajema možnosti sodelovanja v postopkih sprejemanja družbenih odločitev. Ta aktivnost zahteva najprej redukcijo družbenih vlog, ki jih imamo v vsakdanjem življenju, na vloge, ki jih igramo v procesih odločanja (volivec, poslanec, stranka ipd.), in potem ponotranjeno dožemanje teh vlog in z njimi povezanih norm (internalizacija). S tem se dosega legitimnost s sodelovanjem v pravno predvidenih postopkih.

Pri Luhmannovi razlagi vloge zakonodajnega postopka kot legitimizacijskega mehanizma ne gre prezreti, da mora biti legitimen tudi zakonodajni postopek sam. Legitimnost samega zakonodajnega postopka pa je – poleg udeležbe ljudi v volilnih postopkih, ki konstituirajo zakonodajni organ – dosežena z zaupanjem ljudi v določene osebe, politične stranke in programe ter v celotni sistem. Zato neko zakonsko odločitev državljani pripisujejo tako tistim, ki so zanj glasovali, kot celotnemu sistemu.²⁷

Omenjeni pogled na legitimnost državnih odločitev je dopolnil Habermas s poudarjanjem vsebinskih vidikov legitimnosti.²⁸ S tega zornega kota je poleg vnaprej predvidenih postopkov pomembna tudi njihova racionalna in vrednotna upravičenost. V optimalnem stanju, ki bi izhajal iz družbenega konsenza, nastalega na podlagi participacije državljanov in civilne družbe pri zakonodajnih odločitvah, bi se legalnost in legitimnost celo prekrivali. V takšnih razmerah državna oblast omogoča pozitivizacijo prava, pravo pa legitimizacijo državne oblasti. Kadar temu sledi še ponotranjenje (internalizacija) institucionaliziranih družbenih vrednot, ki jih državljani vzamejo za svoje, je takšna idealizirana podoba legitimnosti zaokrožena. Njen re-

²⁵ Luhmann, 1972, str. 261.

²⁶ Kultura v najširšem – antropološkem – pomenu besede kot vse, kar je človek ustvaril na materialnem in duhovnem področju ter ni dano že od narave.

²⁷ Luhmann, 1992, str. 166.

²⁸ Habermas, str. 67.

zultat bi bila potem zakonodaja, ki nastaja v »diskurzivno strukturiranem oblikovanju mnenja in volje«, zakonodaja, ki bi jo lahko označili kot »*discursive lawmaking*«.²⁹

Objektivni vidik normativne integracije kaže na usklajenost celotnega normativnega sistema globalne družbe. To pomeni najprej, da normativni sistem temelji na večinsko sprejetih družbenih vrednotah, ki pogojujejo različne vrste družbenih norm, kot so morala, običaji, navade, pravila lepega vedenja in tudi pravna pravila. Potem je potrebno, da so navedene vrste družbenih norm med seboj vsebinsko usklajene oziroma da med njimi ni nasprotij. Nadalje sledi zahteva, da je sam pravni sistem notranje skladen, da v njem ni protislovij, da sta spoštovani hierarhija pravnega sistema in njegova globalna koherentnost.³⁰ Za doseganje normativne integracije je zelo škodljivo, če na primer zakoni niso skladni z ustavo ali če obstaja vsebinsko protislovje (antinomija) med samimi zakoni enake formalne veljave. Seveda je za normativno integracijo potem nujna konsistentnost samega zakona oziroma njegova notranja usklajenost. Na koncu k normativni integraciji prispevajo še skladnost posamičnih in konkretnih pravnih aktov s splošnimi in abstraktnimi pravnimi akti ter s tem povezani ustaljeni sodna in upravska praksa.

Normativno integracijo v slovenskem političnem in pravnem okolju utrjujejo tudi številne usmeritve racionalne zakonodajne politike iz Resolucije o normativni dejavnosti.

Ta programski dokument za vodenje zakonodajne politike v Sloveniji je sprejel Državni zbor RS leta 2009.³¹ V njem je še zelo veliko neuresničenih ciljev in načel, ki bi ob doslednejšem spoštovanju vodili do boljše zakonodaje (*better regulation*), krepitve pravne države in zagotavljanja pravne varnosti. Po sprejetju Resolucije so njene nosilne ideje vse premalo prisotne v dejanski zakonodajni dejavnosti Državnega zbora. V delovanju slovenskega predstavniškega telesa so bili doslej prevladujoči politični interesi, premalo pa so poslanci upoštevali stališča pravne teorije in izkušnje pravne prakse.

Vsebina Resolucije opozarja na uveljavljanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin, izvajanje načela delitve oblasti in spoštovanje hierarhije pravnih aktov. Za pravno politiko konkretnega zakonodajalca izstopajo opozorila o potrebni jasnosti, preglednosti, določnosti in kakovosti predpisov ter zahteva po spoštovanju rednega zakonodajnega postopka. V tem smislu Resolucija v VII. poglavju Uresničevanje Resolucije opozarja, »da se sprejemanje predlogov zakonov po nujnem postopku omeji le na restriktivno uporabljene poslovniške razloge za tak postopek«. Praktična zakonodajna dejavnost Državnega zbora pa kaže, da je na primer v mandatnem obdobju 2018–2022 bilo po nujnem postopku sprejetih 85 zakonov, po rednem

²⁹ Habermas, str. 170.

³⁰ Štajnpihler, str. 86.

³¹ Uradni list RS, št. 95/09.

pa 127. Če k temu dodamo, da je bil v 104 primerih uporabljen skrajšani postopek ter da je Državni zbor v tem obdobju izvedel 58 ratifikacij mednarodnih pogodb, ki tečejo po modelu nujnega postopka, lahko ugotovimo, da je bila manj kot polovica vseh zakonov sprejeta po rednem zakonodajnem postopku.³² To pa je daleč od resolucijskih idej in zelo slabo vpliva na subjektivni ter objektivni vidik normativne integracije.

Cilji Resolucije so naravnani še na dosledno izvajanje presoje posledic predpisov, spremljanje njihovega izvrševanja ter na sodelovanje strokovne in drugih javnosti že v procesu pripravljanja predpisov. Prav tako ostajajo popolnoma aktualni resolucijski napotki o vključevanju slovenskih nacionalnih organov v pripravljane in sprejemanje zakonodajnih aktov Evropske unije.

Literatura

- BIRKINSHAW, Julian. What is the value of firms in an AI word. V: Canals, J., in Neukampf, F. (ur.), *The future of management in an AI word*. Barcelona: University of Navarra, Palgrave Macmillan, 2020, str. 23–36.
- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge: Polity Press, 1996.
- IGLIČAR, Albin. *Zakonodajna politika*. Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 2021.
- KANTOROWICZ, Hermann. *Boj za pravno znanost*. Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 2020.
- LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1972.
- LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimacija kroz proceduru*. Zagreb: Naprijed, 1992.
- PAVČNIK, Marijan. *Teorija prava*, 6. izdaja. Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 2020.
- PERENIČ, Anton. *Uvod v razumevanje države in prava*. Ljubljana: Univerza v Mariboru, Fakulteta za policijsko-varnostne vede, 2005.
- PITAMIC, Leonid. *Pravo in revolucija*, ponatis. Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 2019.
- RAZ, Joseph. *Authority of law*. Oxford: University Press, 2009.
- ŠTAJNPIHLER, Tilen. Vloga koherentnosti v zakonodajni dejavnosti. V: Štajnpihler, T., Igličar, A., in Pavčnik, M. (ur.), *Odporna vprašanja zakonodajne dejavnosti*. Ljubljana: SAZU, 2016, str. 81–95.
- SCHULTE, Martin. *Eine soziologische Theorie des Rechts*. Berlin: Dunkler&Humblot, 2011.

³² Poročilo o delu Državnega zbora v obdobju 2018–2022.

Strokovni članek
UDK 340.134

Tankočutnost zaznavanja prelomnih dražljajev pri rabi ustaljenih pravil glede izbire vrste predpisa na nacionalni ravni in ravni Evropske unije

GORDANA LALIĆ
doktorica pravnih znanosti,
sekretarka v Službi Vlade Republike
Slovenije za zakonodajo

1. Zaupanje v pravo

V pravo si želimo sider, nečesa, kar trdno drži, v kar zaupamo, na kar se lahko zanesemo. Temu rečemo pravna varnost, zaupanje v pravo. Predpogoj vsakršnemu zaupanju je popolna jasnost – v našem primeru nabor pravnih aktov, po katerih posežemo, kadar želimo nekaj urediti.

V nacionalni notranji zakonodaji je nabor vrst pravnih aktov urejen v treh aktih: Poslovniku državnega zbora,¹ Zakonu o državni upravi² in Zakonu o Vladi Republike Slovenije³.

Pogodba o delovanju Evropske unije⁴ kot pravne akte Unije določa uredbe, direktive, sklepe, priporočila in mnenja, že nekaj časa pa tudi delegirane (nezakonodajni akti, ki se splošno uporabljajo in dopolnjujejo ali spreminjajo nekatere nebstvene elemente zakonodajnega akta) in izvedbene (če so potrebni enotni pogoji za izvajanje pravno zavezujočih aktov Unije) akte.

Kombinatorika med pravnimi akti Evropske unije (v nadaljevanju: EU) in nacionalnimi predpisi je bogata, najpomembnejše merilo pri tem pa je, da vsebino ureja za to pristojen organ v (hierarhično) ustreznem pravnem aktu (načelo zakonitosti).

¹ Uradni list RS, št. 92/07 – uradno prečiščeno besedilo, 105/10, 80/13, 38/17, 46/20, 105/21 – odl. US, 111/21 in 58/23.

² Uradni list RS, št. 113/05 – uradno prečiščeno besedilo, 89/07 – odl. US, 126/07 – ZUP-E, 48/09, 8/10 – ZUP-G, 8/12 – ZVRS-F, 21/12, 47/13, 12/14, 90/14, 51/16, 36/21, 82/21, 189/21, 153/22 in 18/23.

³ Uradni list RS, št. 24/05 – uradno prečiščeno besedilo, 109/08, 38/10 – ZUKN, 8/12, 21/13, 47/13 – ZDU-1G, 65/14, 55/17 in 163/22.

⁴ Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije, UL L 326, 26. 10. 2012, str. 47.

2. Napake v besedilih

Ne glede na trud se v objavljenih predpisih pojavijo napake. Na nacionalni ravni velja, da je napaka v objavljenem besedilu predpisa razlika med besedilom izvirnika predpisa, v katerem je bil predpis sprejet (izdan), in objavljenim besedilom.

2.1. Vrste napak

V nacionalnem pravnem redu je napaka v objavljenem besedilu predpisa lahko tipkarska ali semantična⁵ in te so predmet popravka. Vse druge napake zahtevajo sprejetje novele ali novega akta.

Glede objavljenih pravnih aktov EU velja, da se načeloma popravljajo samo utemeljene stvarne in nikakor ne slogovne napake. Popravki so utemeljeni, kadar je besedilo:

- popolnoma napačno,
- dvoumno in bi lahko privedlo do drugačne razlage, kakor je bilo mišljeno,
- nerazumljivo zaradi pravopisnih ali slovničnih napak.⁶

Naslednja merila morajo biti izpolnjena kumulativno:

- napaka je posledica prevoda,
- napaka je očitna in lahko opazna v primerjavi z izvirnim jezikom (jezikom, v katerem je bilo besedilo pripravljeno),
- napaka ne vpliva na vsebino besedila kot celote.⁷

Kot očitne napake je razumeti lahko prepoznavne napake v besedilu (na primer črkovalne, tipkarske ali tiskarske napake, matematične napake ali izpustitev ali več besed ali dela besedila).

2.2. Odprava napak

Glavna značilnost popravka na ravni EU je ta, da se v večini primerov nanaša le na določene jezikovne različice.

⁵ Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, Nomotehnične smernice, Ljubljana: Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, 2018, dostopno na: <https://www.gov.si/assets/vladne-sluzbe/SVZ/f50d0f6d15/Nomotehnicne_smernice-2018.pdf> (26. 9. 2023), robne št. 322–330.

⁶ Slovenščina v institucijah Evropske unije, dostopno na: <https://www.gov.si/assets/ministrstva/MZEZ/Dokumenti/evropske-zadeve/Prirocnik_Slovenscina_v_EU.pdf> (19. 10. 2023), str. 12.

⁷ Empowerment to correct errors, including minor errors, in translations of acts adopted by the Commission in 2008 (SEC(2008) 2397).

Najpomembnejše je razlikovanje med »lahko opaznimi« ali »resnimi« napakami na eni strani in napačnimi prevodi ali opustitvami, ki »vplivajo na vsebino besedila«, na drugi strani. Če se ugotovi, da je napaka bistvena, je treba pripraviti in sprejeti popravljalni akt (*rectifying act*) po enakem postopku, v skladu s katerim je bilo sprejeto besedilo z napakami, ne glede na to, ali te vplivajo na izvirnik oziroma druge jezikovne različice.

V primeru vsebinskega popravka (nečitnih napak) se po posvetovanju z ustreznimi organi EU in nacionalnimi organi zahteva sprejetje novega akta, in ne popravka. V zvezi s tem postopkom »Postopek za sprejemanje popravkov« določa, da se popravek »naredi za tiste dele besedila, ki so tako pomanjkljivi v obliki, da so nerazumljivi, pa tudi glede tistih napak, ki bi lahko povzročile neželene pravne učinke«.

Obstajata dve vrsti popravkov:

- povsem formalni popravki in
- popravki, ki spreminjajo pomen.

Prvi veljajo za »prave popravke«, saj popravljajo napake, nastale med postopkom objave, na primer izpuščene črke, male namesto velikih črk na začetku stavka, nepravilni notranji sklici zaradi tipkarske napake, napačno vtipkani stavki ali odstavki. Popravki, ki spreminjajo pomen, so tisti, ki »bistveno spreminjajo vsebino pravne norme« in so običajno posledica prevajalskih napak v zgodnejši fazi, ne pa tipkarskih napak. Takšni popravki vključujejo na primer zoženje ali razširitev pojmov v pravnem besedilu, spreminjanje pogojev, ki jih je treba izpolniti (iz naštevalnega v izčrpnega), spreminjanje trdilnih stavkov v nikalne.

Na nacionalni ravni je prisoten razmislek o tem, ali zahtevati popravek⁸ pravnega akta EU ali ne, glede na to, ali gre za napako v direktivi ali uredbi. Pri prenosu direktiv ima nacionalni zakonodajalec namreč možnost preoblikovati ne le pravno vsebino, temveč tudi besedilo direktive v pravne in tehnične izraze, ki so bolj prilagojeni nacionalni zakonodaji, da se le sledi cilju, ki ga direktiva želi doseči. Če direktive uporabljajo tehnične izraze, ki morajo biti enotni na ravni EU in na nacionalni ravni, je manevrskega prostora mnogo manj oziroma ga skoraj ni, pri drugih pa je prednost ta, da lahko uporabljamo široke koncepte in tako lažje odpravimo morebitne napake v besedilu (na primer tudi z uporabo terminološkega mosta⁹).

Na nacionalni ravni in tudi na ravni EU pa velja, da ima popravek retroaktivni učinek, kar pomeni, da je popravljenno pravno besedilo uradno veljavno od datuma akta, ki ga popravlja. Slednje je z vidika pravne varnosti zelo pomembno.

⁸ Predloge oziroma zahteve za popravke lahko predložijo države članice in pravne osebe ali institucije EU instituciji EU, ki je pristojna za posamezni akt.

⁹ Nomotehnične smernice, robna št. 461.

3. Pravna varnost

Popravek je sprememba, sprememba pa ni nujno popravek. Popravek namreč, kot zapisano, drugače kot novela učinkuje od uveljavitve predpisa, na katerega se nanaša, zato je prav in smiselno, da se ugotovljena napaka odpravi čim prej.

Na ravni EU velja, da je očitno nasprotovanje med posameznimi jezikovnimi različicami oziroma usklajevanje neskladnosti treba reševati ob upoštevanju popolne enakovrednosti in načelne verodostojnosti vseh jezikovnih različic. Za odpravo očitno napačnega poimenovanja v besedilu pravnega akta EU je nujen popravek, če je to v interesu pravne varnosti, sicer pa je za sprejetje končne odločitve o pravilni razlagi pristojno Sodišče EU.

V času do morebitne spremembe besedila pravnega akta EU velja različica, kakršna je bila objavljena v Uradnem listu EU, pri čemer je treba sporno določbo razlagati glede na namen in splošno sistematiko ureditve, katere del je.

Ugotovljena napaka v določeni jezikovni različici ne vpliva na veljavnost pravnega akta EU, če je na podlagi primerjalne analize (več) jezikovnih različic mogoče ugotoviti, da gre za napako. Zaradi enotne uporabe in enotne razlage prava EU se namreč posamezna jezikovna različica ne sme presojati ločeno, temveč ob upoštevanju njenega namena, ciljev, ki jih želi doseči, in zlasti vseh drugih jezikovnih različic.¹⁰

Sodba Sodišča (peti senat) z dne 17. oktobra 1996. Konservenfabrik Lubella Friedrich Büker GmbH & Co. KG proti Hauptzollamt Cottbus. Predlog za sprejetje predhodne odločbe: Finanzgericht des Landes Brandenburg – Nemčija. Zaščitni ukrep (zadeva C-64/95)¹¹ se nanaša na Uredbo Komisije (EGS) št. 1932/93 z dne 16. julija 1993 o zaščitnih ukrepih glede uvoza višenj (UL L 174, 17. 7. 1993, str. 35). Ta je v nemškem besedilu uporabila izraz »češnje«, v vseh drugih besedilih pa »višnje«. Tri dni po objavi uredbe v uradnem listu je bil objavljen njen popravek, pri čemer je bil v naslovu, uvodnih izjavah in v 1. členu uredbe izraz »češnje« nadomeščen z izrazom »višnje«.

Komisija EU je trdila, da je iz izpodbijane uredbe razvidno, da se nanaša le na višnje. Vse jezikovne različice izpodbijane uredbe, razen nemške, izrecno omenjajo te izdelke z ustreznimi oznakami kombinirane nomenklature (v nadaljevanju: KN). Nemška različica je prvotno

¹⁰ Tako v sodbi Srl CILFIT in Lanificio di Gavardo SpA proti Ministero della Sanita (zadeva 283/81) (dostopno na: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A61981CJ0283&qid=1697610147640>> (18. 10. 2023), 18. točka obrazložitve: »18. Najprej je treba upoštevati, da je zakonodaja Skupnosti pripravljena v več jezikih in da so različne jezikovne različice enako verodostojne. Razlaga določbe prava Skupnosti tako vključuje primerjavo različnih jezikovnih različic.«

¹¹ Dostopno na: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0064>> (26. 9. 2023).

vsebovala redakcijsko napako, ki je vplivala le na poimenovanje izdelkov, ne pa tudi na njihove oznake KN, kar je bilo 20. julija 1993 predmet popravka.¹² Ker pa so v tej različici omenjene oznake KN, ki se uporabljajo za višnje, bi lahko to dvoumnost povsem odpravili s sklicevanjem na druge jezikovne različice uredbe. Poleg tega ni sporno, da so bili pristojni nemški organi obveščeni o tej napaki in so tako lahko že od začetka pravilno uporabili uredbo. V teh okoliščinah vsebine izpodbijane uredbe ni mogoče šteti za dvoumno (18. točka obrazložitve).

Glede morebitnega vprašanja retroaktivnosti je Sodišče ocenilo, da »[i]z vseh zgornjih ugotovitev izhaja, da se področje uporabe izpodbijane uredbe ni spremenilo s spremembo, objavljeno v nemški različici uradnega lista 20. julija 1993. V teh okoliščinah je bilo mogoče uredbo uporabljati od njenega datuma začetka veljavnosti« (20. točka obrazložitve).

4. Kleč

Prav na tem primeru je mogoče opozoriti na večplastnost težav, ki se nanašajo na popravek, kot je v rabi na ravni EU. Najprej, prav gotovo se nemalokrat zgodi, da presega tisto, čemur je popravek namenjen in je pravno zaznan, tj. odpravi očitnih napak, ki ne vplivajo na vsebino predpisa, katerega del so. Nadalje, vsi popravki imajo retroaktivni učinek, ki bi moral biti pridržan le za primere, ki bi lahko imeli pomembne pravne posledice. Tako niso upoštevani primeri, ko so od objave in uveljavitve pravnega akta EU do objave popravka istega akta že nastopile posledice (za pravne in fizične osebe, na primer izdaja dovoljenj). Z vidika naslovnikov pravnega akta je treba opozoriti tudi na težave pri izsleditvi popravka v registru zakonodaje EU (EUR-Lex¹³). »Pravi« popravek je vedno zlahka najti, medtem ko se »vsebinski« popravek skriva v zavihku »Povezava med dokumenti«. Sprejetje in objava popravka (»pravega« in tudi tistega, ki je pravzaprav sprememba oziroma dopolnitev osnovnega besedila) postopkovno trajata vse predolgo.¹⁴ Glede slednjega bi bilo zato še toliko bolj smiselno sprejeti nov akt, saj bi bil sprejet prej, ne bi pa imel retroaktivnega učinka, zaradi česar bi moral obravnavati tudi vsa vprašanja že nastalih posledic akta z vsebovano napako. Razloge za ta edinstveni umotvor EU gre morda iskati ne v vsem, s čimer ga upravičujejo (tj. enotna razlaga prava EU ter popolna enakovrednost in načelna verodostojnost vseh jezikovnih različic), ampak prav v

¹² Prav tam, 16. točka obrazložitve.

¹³ Glej <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>.

¹⁴ Glej na primer Popravek Direktive 2012/29/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2012 o določitvi minimalnih standardov na področju pravic, podpore in zaščite žrtev kaznivih dejanj ter o nadomestitvi Okvirnega sklepa Sveta 2001/220/PNZ, UL L 287, 31. 10. 2015, str. 87. Direktiva 2012/29/EU je bila objavljena 14. 11. 2012 in velja od 15. 11. 2012, njen popravek pa je bil objavljen skoraj tri leta pozneje, in sicer 31. 10. 2015. Napaka v slovenskem besedilu je bila očitna in posledica prevoda (namesto »vrsti obtožbe zoper« je pisalo »podrobnosti o stroških zoper« (v angleščini »the charges against«, v francoščini »des accusations portées contre«)).

veljavnosti za nazaj. Časovna komponenta je zagotovo v prid odpravi napak s sprejetjem novega pravnega akta (noveliranja kot takega na ravni EU ne poznajo). Vsakršen izpad vsebine, ki ni redakcija, v enem ali vseh jezikih EU zahteva vsebinski in ne redakcijski pristop, to pa je poseg v besedilo na (postopkovno) enak način, kot je bilo besedilo sprejeto.

Ne nazadnje, EU si prizadeva predvsem za učinkovit vzorec rabe jezika v institucijah in ne za jezikovno raznolikost kot tako. Ustava Republike Slovenije¹⁵ je jasna – predpisi morajo biti objavljeni (v uradnem listu), preden začnejo veljati. Prav tako določa, da je uradni jezik v Sloveniji slovenščina. Tako vsaka napaka v slovenskih besedilih pravnih aktov EU obstane, dokler ni popravljena, nesprejemljivo z vidika pravne varnosti pa je, da bi si vsakdo razlagal vsebino predpisa tako, kot bi razumel vse druge jezike EU, v katerih je zakonodaja EU objavljena, da bi dojel bistvo norme. Prav v tem je kleč – predpis naj bo jasen, razumljiv in brez (vsebinskih) napak, če pa te vendarle v predpisu so, jih je treba glede na njihovo naravo čim prej ustrezno odpraviti.

¹⁵ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90, 97, 99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a.

Strokovni članek
UDK 340.134:001.895:061.1EU

Po kos prava v regulativni peskovnik ali srečevanja nepredvidljive kreativne neodvisnosti in predvidljive pravne realnosti

KATJA BOŽIČ
*magistrca pravnih znanosti,
sekretarka v Službi Vlade Republike
Slovenije za zakonodajo*

1. Uvod

V letu 2022 smo se pri delu Službe vlade RS za zakonodajo (v nadaljnjem besedilu: SVZ) začeli ukvarjati z razmeroma novim institutom, ki ga na nacionalni ravni iz teorije še nismo uspeli pretvoriti v veljavno pravo, vsaj ne v taki obliki, kot jo uokvirja njegov koncept. Ker pa smo bili aktivno vključeni v postopek priprave nekaterih predpisov, ki so se z njim začeli spogledovati, smo ga poskusili bolje spoznati in ga umestiti v nacionalni pravni okvir ter pri tem nizali številne zagate, vprašanja in pomisleke, ki so izpostavljeni v nadaljevanju tega prispevka.

2. Izraz

Pravniki, se zdi, nad njegovim poimenovanjem vsaj ob prvih srečanjih vihamo nos. Pravu naj namreč lahkotnost, igrivost in še kaj, na kar nakazuje beseda »peskovnik«, ne bi bile ravno imanentne lastnosti. Zato se na prvi pogled zdi izbira morda kot rahlo sarkastična šala. In vendar je regulativni peskovnik razmeroma resno zamišljen pravni institut.

Na ravni Evropske unije (v nadaljnjem besedilu: EU) in v državah članicah EU obstajajo različni pristopi k opredelitvi regulativnih peskovnikov.¹ Pristop k normativni ureditvi bi vseka-

¹ Nemški priročnik, ki se nanaša na regulativne peskovnike: Making space for innovation, The handbook for regulatory sandboxes, Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (BMWi), July 2019, <https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Digitale-Welt/handbook-regulatory-sandboxes.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D2> (19. 10. 2023).

kor moral temeljiti na celostnem primerjalnopравnem pregledu različnih ureditev, ki ga v tem trenutku še ni na voljo, zato prispevek temelji zlasti na pregledu nekaterih konkretnih dokumentov in na dosedanjih razmislekih v okviru SVZ. Zato že na začetku opozorilo, da resnih usmeritev trenutno še ni mogoče oblikovati dovolj premišljeno, konsistentno in upoštevno.

Izraz »regulativni peskovnik« sproža asociacije, ki se v pravnem okviru zdijo tuje ali celo neprimerne. Kot mnogo izrazov, povezanih s sodobnimi tehnologijami in razvojem nekaterih sodobnih področij, ta izraz izvirno nosi s sabo željo po jasni prepoznavnosti in se njegovo poslovenjenje temu ne bi moglo ogniti brez tveganja, da bi prikrili, za kaj točno gre, kot podobno velja na primer za »startup« in »inkubator«.

Iz pregledanih dokumentov in različnih kontekstov izhaja ustaljena raba izraza *regulatory sandbox* ter njegovih prevodov »regulativni/regulatorni peskovnik«, ki so v specifičnih okoljih že pripoznani in bodo kmalu v taki ali drugačni obliki najbrž našli svoje mesto tudi v naši zavezi.² Konceptualno je tesno povezan z izrazom »določbe o eksperimentiranju« (*experimental clauses*), s katerimi se izvršuje njegova vsebina oziroma dosegajo njegovi cilji.

3. Okvir EU

Na ravni EU so izhodiščni pravni okvir, ki regulativne peskovnike določa, novembra 2020 sprejeti Sklepi Sveta o regulativnih peskovnikih in določbah o eksperimentiranju kot orodjih za regulativni okvir, ki bo inovacijam prijazen, za prihodnost primeren in odporen ter bo z njim mogoče obvladovati prelomne izzive v digitalni dobi.³

Iz teh sklepov izhaja zlasti naslednje:

- Svet EU opozarja na sklepe iz februarja 2020, v katerih je poudaril, da je boljša priprava zakonodaje eden od ključnih dejavnikov trajnostne in vključujoče rasti, ki spodbujajo konkurenčnost, inovacije, digitalizacijo in ustvarjanje delovnih mest, povečujejo preglednost ter zagotavljajo javno podporo zakonodaji EU, ter ponovno poudaril, da je treba zagotoviti, da bo zakonodaja v EU pregledna, preprosta in izvedljiva s čim nižjimi stroški, ob stalnem upoštevanju visoke stopnje varstva potrošnikov, zaposlenih, zdravja, podnebja in okolja, ter ponovno potrjuje svojo zavezo spodbujanju najučinkovitejših regulativnih instrumentov, kot sta harmonizacija in vzajemno priznavanje;⁴

² Za podobne koncepte se, odvisno od njihove vsebine, uporabljajo izrazi, kot so *living labs*, *innovation spaces*, *regulatory testbeds*, *real-life experiments*.

³ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13026-2020-INIT/sl/pdf> (19. 10. 2023).

⁴ Medinstitucionalni sporazum med Evropskim parlamentom, Svetom Evropske unije in Evropsko komisijo o boljši pripravi zakonodaje (UL L, št. 123 z dne 12. 5. 2016, str. 1), 47. točka: »Tri institucije se zavezujejo, da bodo spodbujale najučinkovitejše regulativne instrumente, kot sta harmonizacija in vzajemno priznavanje, da bi preprečile pretirano urejanje in nalaganje upravnih bremen ter izpolnile cilje Pogodb.«

- Svet EU v njih opozarja, da bi bilo treba pri obravnavi, oblikovanju ali posodabljanju politik ali regulativnih ukrepov EU uporabiti t. i. inovacijsko načelo, ki pomeni upoštevanje učinka na raziskave in inovacije pri pripravi in pregledu predpisov na vseh področjih politik;
- Komisija je v svojem poročilu iz leta 2020 o uspešnosti na področju znanosti, raziskav in inovacij navedla, da so za pospeševanje tehnološkega razvoja potrebni tudi manj tradicionalni pristopi k regulaciji in politiki, kakršni so regulativni peskovniki;
- regulativni peskovniki so konkretni okviri, ki z zagotavljanjem strukturiranega eksperimentalnega okolja omogočajo, da se v resničnem okolju omogoči preskušanje inovativnih tehnologij, proizvodov, storitev ali pristopov za omejeno časovno obdobje in v omejenem delu sektorja ali področja, in to pod posebnim nadzorom;
- določbe o eksperimentiranju, ki so pravna podlaga za regulativne peskovnike, so opredeljene kot pravne določbe, ki organom, odgovornim za izvajanje in izvrševanje zakonodaje, omogočajo, da so od primera do primera nekoliko bolj »prožni«;
- regulativni peskovniki lahko s proaktivnim regulativnim učenjem omogočijo boljše pravno urejanje, kar regulatorjem omogoča, da pridobijo boljše regulativno znanje in najdejo najboljše načine za pravno urejanje inovacij, kar je lahko še posebej pomembno zaradi prelomnih izzivov, pa tudi pri pripravi novih politik;
- Svet EU opozarja, da morajo regulativni peskovniki in določbe o eksperimentiranju vedno spoštovati in bi morali tudi spodbujati uporabo načel subsidiarnosti in sorazmernosti ter previdnostnega načela;
- posebej je poudarjeno, da je vedno treba med drugim zagotoviti visoko raven varstva državljanov, potrošnikov, zaposlenih, zdravja, podnebja in okolja, pa tudi pravno varnost, finančno stabilnost, enake konkurenčne pogoje in pošteno konkurenco ter spoštovati obstoječe ravni varstva.

4. Kaj je (in kaj ni) regulativni peskovnik

Ker se koncept regulativnega peskovnika pojavlja na zelo različnih področjih, bi bilo smiselno natančno opredeliti, kaj dejansko pomeni in obsega koncept tega instituta in že s tem omejiti, v katerih primerih pride v poštev. Tako je tudi lažje preprečiti, da bi se pod pretvezo tega koncepta odstopalo od sistemskih rešitev na področjih in v primerih, za katere ni upošteven in ustrezen.

Regulativni peskovnik omogoča preizkušanje inovativnih tehnoloških rešitev v resničnem okolju. Glavno gonilo koncepta regulativnega peskovnika je spoznanje, da tradicionalni predpisi in zakonodajni postopki težko dohajajo hitrost razvoja tehnologij.

Gre torej za začasen odstop od zahtev, omejitev ali veljavnih sistemskih rešitev pri uvajanju (testiranju) novih poslovnih modelov, storitev in produktov, ki temeljijo na novih (inovativ-

nih) tehnologijah in jih ni mogoče izvajati v okviru veljavne ureditve, spremembe pa terjajo predhodni test, da se potencialna ureditev optimizira in hkrati izogne vsaj nekaterim tveganjem, ki bi jih lahko prinašale takojšnje sistemske spremembe.

Regulativni peskovniki prvenstveno niso namenjeni zmanjšanju obsega normiranja, nikakor pa ne znižanju ravni standardov varnosti in zaščite. Nasprotno – lahko pomagajo razviti ustrezen pravni okvir in prispevajo k aktivnemu razmisleku, ali so veljavna pravila sploh še ustrezna.

Pogoji, da lahko govorimo o regulativnem peskovniku, so torej novost oziroma inovacija na različnih področjih, pri čemer bi lahko testna ureditev vodila do nove (optimalnejše) sistemske ureditve, začasnost oziroma časovna omejenost ter javni interes oziroma javna korist.

Za regulativni peskovnik so pomembni tudi pričakovanje, da se predvideni učinki novosti preverijo v resničnem okolju in realnem času, celovitost ureditve (zagotovljeno mora biti celovito testiranje novosti in njeno morebitno poznejše pravnosistemsko abstraktno normiranje) ter nadzor.

5. Kako ga (in kako ga ne) nomotehnično urediti

5.1. Hierarhična raven urejanja

Vsi odstopi od sistemov, ki jih urejajo veljavni zakoni, naj bi se uredili s hierarhično enakovrednimi – zakonskimi določbami. Posebno vprašanje je, kako za določen regulativni peskovnik urediti nabor odstopov od različnih vrst predpisov.

5.2. Poimenovanje posameznih določb, delov predpisa

»Določbe o eksperimentiranju« v nacionalnih predpisih ne terjajo uporabe tega istega izraza, ki se zdi tuj, ampak jih poimenujemo glede na njihovo vsebino: na primer določbe o začasnem urejanju, določbe o poskusnem obdobju, dovoljenje za začasni odstop od predpisov ...

5.3. Časovna omejenost

Začasna ureditev področij, ki jih ureja regulativni peskovnik, mora biti izrecno časovno omejena. Pri tem je treba predhodno temeljito razmisliti, kako dolgo naj bo obdobje začasnosti, saj bi morale to obdobje zadoščati za verodostojen rezultat preizkusa, hkrati pa ne sme biti predolgo, tako da bi posledično nadomestilo sistemsko ureditev.

5.4. Normativni načini, s katerimi bi se lahko urejali regulativni peskovniki

Določbe o eksperimentiranju so osnovno orodje za poseganje v pravni okvir, pravna podlaga za regulativne peskovnike. Uporabljene so na različnih ravneh zakonodaje in z različnimi

tehniki. Omogočajo možnost odstopa od splošnega pravnega okvira, glede na svoj namen pa so zelo različne.

Vrste določb o eksperimentiranju so:

1. priporočila za organe javne uprave – predvsem konkretne določbe upravnega prava;
2. podeljevanje nekaterih pristojnosti pristojnim organom;
3. izjeme – večina določb o eksperimentiranju se najpogosteje oblikuje kot izjeme, in sicer:
 - izjeme od prepovedi,
 - izjeme od odobritve (soglasja, dovoljenja),
 - izjeme od zahtev glede dokumentacije oziroma opreme,
 - skupne določbe, ki omogočajo odstop od predpisov.

Predvidijo se lahko bodisi kot specialna ureditev znotraj enega zakona bodisi specialna ureditev, ki terja odstop od več splošnih ureditev.

5.5. Varovalke in posebnosti

Bistvene varovalke in posebnosti, ki jih je treba upoštevati pri normiranju regulativnega peskovnika, so:

- test »inovacije«;
- odobritev;
- obrazložitve z vidika nujnosti in primernosti, kot tudi z vidika zasledovanja vseh njegovih ciljev;
- poseben nadzor;
- spremljanje in ocenjevanje;
- obveznost rednega poročanja;
- transparentnost analiz, ocen in podatkov, ki bi izhajali iz testne ureditve;
- morebitne posledice, če posamezni projekt v okviru regulativnega peskovnika ne doseže ciljev in namenov, zaradi katerih je bil omogočen;
- pregled in ocena učinkov (*ex post*).

5.6. Teža potencialnih posledic

Dobro bi bilo razmišljati o reverzibilnosti tako urejenega začasnega odstopa. Ne glede na nujno časovno omejenost takih odstopov bi že v začetni fazi morali razmišljati tudi o posledicah, ki jih takšni projekti povzročajo med trajanjem in po zaključku, ter se praviloma izogibati trajnim, ireverzibilnim posledicam.

6. Izzivi

Glede na vsa vprašanja, ki se jih prispevek dotika, je mogoče strniti, da so pri urejanju morebitnih regulativnih peskovnikov na pravnosistemski ravni pred pravniki zlasti naslednji izzivi.

6.1. Razmerje do ustavne ureditve

Načelo zakonitosti

Ob pripravah na kakršnekoli »začasne predpise« je treba izhajati iz načela zakonitosti. Začasna ureditev mora biti skladna ne le z zakonodajo EU, ampak tudi z Ustavo Republike Slovenije. Mora biti predvsem taka, da lahko pravnosistemsko postane trajna normativna ureditev.

Ker gre že po definiciji za odstop od načela enakosti, bi morali biti vsi pogoji in vsaj okvirna merila za preizkus določeni v zakonu.

Z vidika načela zakonitosti lahko odstop od predpisa na splošni ravni določi zgolj predpis iste hierarhične ravni, ki določi tudi časovno omejenost, navezavo na dele predpisa, od katerih se odstopa, pogoje ...

Načelo pravne države

Sistemska ureditev načeloma omogoča predvidljivost, koherentnost, preglednost, celovitost predpisov in s tem uresničevanje načela pravne varnosti kot bistvenega elementa načela pravne države, zato je vse morebitne odstopne treba utemeljiti in o njih razmisliti z vseh teh vidikov, vključno z vidika načela jasnosti in določnosti, tako da ni dopuščena arbitrarnost odločujočih pristojnih organov.

Načelo enakosti

Vsem subjektom zadevnega kroga morajo biti ureditev in koristi iz regulativnega peskovnika dostopni pod enakimi pogoji. Normativna začasna ureditev mora kljub izjemam skušati ohraniti načelo enakosti. Ker bi bil subjekt, ki bi opravljal preizkus, v večini primerov v boljšem položaju kot konkurenca, bi bilo dobro razmisliti, da bi moral za uravnoteženje položajev poleg predvidenega posebnega nadzora morda opraviti dodatne obveznosti, ki jih drugi subjekti nimajo (na primer dodatne meritve, poročila, natančnejši pregledi).

6.2. Področja

Nekatera občutljiva področja, kjer gre za delo z ljudmi in še posebej ranljivimi skupinami, niso primerna za normativne preizkuse, z izjemo njihove ugodnejše obravnave.

Tovrstni preizkusi za nekatera področja niso primerni, če bi lahko pomenili neprimerne in ne-sorazmerne posege v človekove pravice, pri čemer je treba posebej skrbno ravnati z ustavnimi kategorijami, ki so predmet posebnega varstva (na primer zdravo življenjsko okolje, kmetijska zemljišča, pitna voda, naravna in kulturna dediščina).

6.3. Razmerje do urejanja *lex specialis*

Skrbno bi bilo treba premisliti o razmerju ter elementih, ki bodisi zblížujejo bodisi ločujejo na eni strani urejanje *lex specialis* ter na drugi strani institut regulativnega peskovnika, določbe o eksperimentiranju, tozadavne izjeme, ki so po svoji naravi seveda posebne, torej specialne, vendar pa se od »klasičnih« specialnih določb vendarle razlikujejo po nekaterih značilnostih (na primer elementi inovacije, njihova neprimernost, da bi postale sistemske).

6.4. Razmerje do Resolucije o normativni dejavnosti in RIA

Mogoče je zaslediti tesno povezavo med regulativnimi peskovniki in oceno učinkov predpisov, ki se v Sloveniji premalo izvaja. Če je namreč narejena dobra ocena učinkov predpisov, bi se lahko že v njej ugotovilo marsikaj, zlasti pri oceni učinkov *ex ante*, kjer se učinki ugotavljajo še pred izvedbo v praksi.

Zato bi mogoče morali vidike instituta regulativnega peskovnika obravnavati skupaj z oceno učinkov predpisov, širše pa vsekakor tudi v razmerju do Resolucije o normativni dejavnosti, ki predvideva številne mehanizme, ki jih je treba upoštevati tudi glede vsebin, ki spadajo na področja, kjer je smotrno (boljšo) normativno ureditev iskati z metodami regulativnih peskovnikov.

7. Med stabilnostjo in prilagajanjem

Temeljni predpogoji za smiselnost in učinkovitost sistemske ureditve regulativnih peskovnikov so stabilno zakonodajno okolje, dolgoročne vizije in politike, sistemske rešitve, analize stanj itd. Napačna uporaba instituta regulativnih peskovnikov bi lahko pomenila tveganje, da bi se z njimi poskusili izogniti rednim zakonodajnim postopkom oziroma postopkom priprave predpisov ter tako med drugim neupravičeno pridobivali konkurenčne prednosti. Vsekakor bi bilo dobro temeljito razmisliti vsaj o nekaterih zgoraj izpostavljenih elementih, sprejeti vsaj nekatera načelna pravnosistemska izhodišča in pripraviti usmeritve za njihovo uporabo v pravnem redu Republike Slovenije.

Neizpodbitno dejstvo je, da ideja prava še kako terja trdnost, zanesljivost, stabilnost in z vsem tem pripomore k predvidljivi pravni realnosti in tako k uresničevanju načela zaupanja v pravo

in pravne varnosti. Res pa je tudi, da okorelost, zastarelost in odtujenost pravnih norm, ki povzročajo nesorazmerno zaostajanje za življenjem okrog nas, po drugi strani pravo oddaljujejo od življenja. Zato bi bilo dobro, da tudi prava ne bi vedno jemali preveč togo in statično ter bi mu vsaj na nekaterih področjih in seveda ob zagotovljenih bistvenih varovalkah aktivno dopustili, da se razvija svetu primerno in dinamično dopušča nove vzorce življenja.

Tudi regulativni peskovnik bi morda kljub zvrhani meri skeptičnosti in nerodnim asociacijam na otroška igrišča ob temeljitih pravnosistemskih premislekih lahko postal eden od kreativnih konceptov, da si pravo in življenje tu in tam prideta še malo bližje. Če smo čisto iskreni, pa je to že zdaj jasna in nedvoumna dolžnost zakonodajalca, ki namreč glede na ustaljeno ustavnosodno prakso nima samo pravice, temveč tudi dolžnost, da zakonodajo spreminja, če to narekujejo spremenjena družbena razmerja. Načelo prilagajanja prava družbenim razmerjem je namreč že danes eno izmed načel pravne države.

Izvirni znanstveni članek
UDK 340.135:351.78:342.7

Javna varnost in zakonodajna politika v ekstremnih situacijah

BEČIR KEČANOVIĆ

magister pravnih znanosti, direktor
Inštituta za razvoj vključujoče družbe

MIRCHA POLDRUGOVAC

doktor medicine, višji zdravnik specialist,
Nacionalni inštitut za javno zdravje

1. Uvod

Z negotovimi razmerami in ekstremnimi situacijami se svetovna skupnost ljudi, držav in mednarodnih ustanov spopada tako rekoč od krize do krize. Marsikateri bi se lahko z razumevanjem tega, kar z idejo naravnega prava pomeni, da človek vidi z lastnimi očmi, izognili. V Sloveniji denimo pri nedavni ujmi z uničujočimi poplavami. Na podlagi tega, kar smo videli z lastnimi očmi, lahko rečemo, da je pozitivno pravo odpovedalo, ko je iz leta v leto dopuščalo gradnjo na območjih, za katera je zdrava pamet z razumno previdnostjo zaman opozarjala, da so poplavno nevarna. Z uporabo miselnih strategij skladnosti od vrha navzdol in od spodaj navzgor ter koherentnosti ali usklajenosti pravnega reda kot delujoče celote se bo v nadaljevanju tega prispevka pokazalo, da je kritika pozitivnega prava brez upoštevanja dejanskih vzrokov in odklonov v družbenem kontekstu, pravni in varnostni kulturi, etiki in javni politiki lahko preuranjena.

Poglejmo, primeroma, še katastrofalni potres s cunamijem leta 2011 na Japonskem, ki je verizno povzročil nesrečo v jedrski elektrarni Fukušima – Daiči. Druga jedrska elektrarna na istem območju (Fukušima – Daini) je bila pred tem nadgrajena tako, da večje škode ni bilo. Razlika v posledicah med prvo in drugo jedrsko elektrarno se glede na to, kar vidimo z lastnimi očmi, kaže kot primanjkljaj razumne previdnosti. Če bi bila nadgradnja opravljena na obeh, posledic na elektrarni Fukušima – Daiči v tolikšnem obsegu najverjetneje ne bi bilo.

Z istim argumentom naravnega prava (kar človek vidi z lastnimi očmi) izkustvo s krizo zaradi pandemije covid-19 kaže, da imamo v Sloveniji strukturni problem z javno varnostjo in

varstvom človekovih pravic v ekstremnih situacijah. Med ključnimi argumenti te trditve so dejstva, na katera opozarja predlog zakona o ureditvi nekaterih vprašanj glede odgovornosti države za posledice prisilnih omejitev in ukrepov med krizo s pandemijo nalezljive bolezni covid-19. Kar zadeva odpravljanje vzrokov, da se temu v prihodnje izognemo, ostaja nerešeno vprašanje, ali bo država z urejanjem javne varnosti in varstva človekovih pravic v ekstremnih situacijah spet čakala na neko novo katastrofo.

Določanje, kaj je z vidika zakonodajne politike in urejanja družbenih razmerij v navadnih in nenavadnih razmerah pravilno in pravično, je zlasti stvar politične in pravne umetnosti, preudarnosti in praktične modrosti ali veščine zakonodajne dejavnosti. Z idejo naravnega prava gre za spoznanje, ki primarno izvira iz tega, kar lahko vidimo z lastnimi očmi, da je dobro ali slabo po naravi. Iskanje skupnega dobrega in varovanje javnega interesa v povezavi z naslovno temo in na splošno predpostavlja delujočo zakonodajno oblast in zakonodajno politiko za boljše predpise (*better regulation*), praviloma podprte z dokazi (*evidence-informed policy making*). V zvezi s tem se ta prispevek neposredno navezuje na ugotovitve Albina Igličarja o pogojenosti zakonodajne politike z naravo prava in normativni integraciji družbenih vrednot.¹

Avtorja posebej poudarjava, da v tem prispevku ne obravnavava instituta začasne razveljavitve in omejitev človekovih pravic v vojnem in izrednem stanju. To je posebno vprašanje, za katero opozarjava, da ga je treba ločevati tudi od besedne zveze »izredne razmere«, na primer v delu besedila o sprejemanju novega instrumenta za izredne razmere na enotnem trgu EU. Začasna razveljavitev in omejitev človekovih pravic v vojnem in izrednem stanju je namreč prvovrstno vprašanje ustavne materije, varstva ustavnega reda in notranje varnosti držav članic, za katero že v primarnem pravu EU veljajo posebni pridržki. Obravnava te teme bi zato presegla začrtani okvir tega prispevka.

2. Javna varnost

Podnebne spremembe, naravne in druge nesreče, oboroženi spopadi, terorizem, skrajno nasilje in kriminal vedno bolj potrjujejo misel nemškega sociologa Ulricha Becka v Družbi tveganja, da v strahu za preživetje ne trepetajo več le revni, ampak tudi bogati. Vsota vseh teh strahov v svetu poganja mrzlično iskanje učinkovitejših načinov preživetja ljudi in ohranjanja planeta.²

¹ Albin Igličar je s temi ugotovitvami v uvodnem delu okrogle mize na seminarju Nomotehnični dnevi 2023 začel razpravo na temo Uporabna vrednost zakonodajne politike na primeru javne varnosti, v kateri je poleg njega in avtorjev tega prispevka sodeloval Robert Ferenc, Generalna policijska uprava; glej program XXI. Nomotehnični dnevi; <<https://www.ipp-pf.si/nomotehnicni-dnevi>> (18. 10. 2023). Igličarjev prispevek Pogojenost zakonodajne politike z naravo prava pa je objavljen v tej številki Pravnega letopisa.

² Beck.

Prilagajanje prava negotovim razmeram je eden uveljavljenih načinov za preživetje v ekstremnih situacijah. Že iz izkušenj s krizo covid-19 vemo, da v ekstremnih situacijah prihaja do konfliktov med tistim, kar je dejansko nujno za preživetje in obstoj skupnosti, ter uveljavljenimi pravili pravičnosti in reda, ki jih na zakonodajnem področju določa vsakokratna avtoriteta oblasti. »Ideja naravnega prava pa predpostavlja dvom v avtoriteto.« Tako Leo Strauss, eden najvidnejših filozofov in avtorjev politične misli dvajsetega stoletja, z idejo naravnega prava ugotavlja, da v ekstremnih situacijah in le v takšnih situacijah lahko z vso pravico rečemo, da je javna varnost najvišji zakon. Če sprejmemo to trditev, moramo hkrati sprejeti, da javna varnost ni najvišji zakon v normalnih situacijah. V normalnih situacijah so najvišji zakoni načela pravičnosti ali splošna pravila javnega reda. Pravičnost ima po Straussovem naziranju dve različni načeli ali dve skupini načel: zahteve javne varnosti z vsem, kar je v ekstremnih situacijah nujno za eksistenco in ohranitev družbene skupnosti na eni strani ter pravila pravičnosti v natančnejšem pomenu besede na drugi strani. Ne obstaja splošno načelo, v katerih primerih ima prednost javna varnost in v katerih primerih pravila pravičnosti v natančnejšem pomenu. Od primera do primera je zato treba tehtati, kaj dela neko situacijo ekstremno različno od normalne situacije.³

Blaž Ivanc v spremni besedi k Straussovemu delu piše, da je vprašanje o naravnem pravu oziroma naravnem zakonu bilo in ostaja eno osrednjih vprašanj politične in pravne filozofije. »Gre za vprašanje o izvoru prava in merilu pravičnosti.« Ugotavlja, da je glede tega v slovenski politični in pravni filozofiji neke vrste mrtvilo, ki je nastalo zaradi vpliva formalizma, (pravnega) pozitivizma in totalitarnih ideoloških sistemov.⁴

S prispodobo mrtvila v odnosu do naravnega prava in javne varnosti povzetki iz ocene stanja v Predlogu Zakona o ureditvi nekaterih vprašanj v zvezi z določenimi prekrški, storjenimi v času veljavnosti ukrepov zaradi preprečevanja širjenja nalezljive bolezni COVID-19 (ZUVPNB)⁵ potrjujejo, da je navedeno Ivančevo stališče tudi v tem pogledu utemeljeno. Težišče ocene in razlogov za sprejetje ZUVPNB je na krizni zakonodaji, poudarek pa le na razmisleku o represiji z zlorabo prekrškovnega prava. Kaj je z razmislekom o javni varnosti in milejših ukrepih, se iz predloga ZUVPNB ne da razbrati. Pregled ustavnosodne prakse, na katero se predlog ZUVPNB sklicuje, kaže, da se je javni varnosti v zadevah, ki jih je obravnavalo med krizo zaradi pandemije covid-19, izognilo tudi Ustavno sodišče RS. To seveda ni vrednostna ocena dela Ustavnega sodišča, ampak je odraz nekega daljšega obdobja z odklonilnim odnosom zakonodajne in izvršilne veje do urejanja javne varnosti, konkretno na področju nalog in pooblastil policije ter ustavnega varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin, s posebnim

³ Strauss.

⁴ Ivanc, str. 330, 331.

⁵ EPA 786-IX, Državni zbor RS.

poudarkom na osebnostnih in političnih pravicah do zbiranja in združevanja (42. člen Ustave RS).

Čeprav ni le metafizični pojem, temveč z Ustavo RS določen standard ali generalna klavzula, ki je na vrednotni lestvici ustavnega reda med krovnimi merili varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin,⁶ je bila javna varnost le nekaj let po osamosvojitvi Slovenije odstranjena celo iz zakonodajnega postopka za ureditev tega kompleksnega in občutljivega področja. Vzrok seveda ni pravna stroka, saj so nekateri med najuglednejšimi slovenskimi pravniki, denimo France Bučar še kot poslanec državnega zbora, takemu odnosu do javne varnosti odločno, a žal neuspešno nasprotovali. Tudi na drugih področjih, vključno s sodno prakso, je imela ureditev javne varnosti podporo v pravni stroki.⁷

Sodeč po zgodovinski analizi delovanja ministrstva za notranje zadeve in policijske zakonodaje v poosamosvojitvenem času so glavni vzroki za odklonilen odnos do javne varnosti v popolnem nerazumevanju ustavne ureditve ter z ustavo določenega sistema generalnih klavzul »javna varnost« v pravnem redu in državni politiki nacionalne oziroma notranje varnosti. Od leta 1998, ko je bil postopek za sprejetje zakona o javni varnosti v državnem zboru blokiran, prejšnji zakon o notranjih zadevah pa razveljavljen z zakonom o policiji, javne varnosti navkljub ustavni ureditvi ni več med zakonskimi merili varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin v ureditvi nalog in pooblastil policije.⁸ Tega nevzdržnega stanja podnormiranosti in neskladja javne varnosti nista odpravila niti veljavna Zakon o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol)⁹ ter Zakon o organiziranosti in delu v policiji (ZODPol).¹⁰ Po tem, ko je bila od-

⁶ Ustava RS v 42. členu določa, da so zakonske omejitve pravice do zbiranja in združevanja dopustne, »če to zahteva varnost države ali javna varnost ter varstvo pred širjenjem nalezljivih bolezni«. Upoštevajoč 3.a, 8. in 153. člen Ustave pomeni še vse tisto, kar je o javni varnosti določeno v pravu EU, vključno s prakso Sodišča EU, prav tako v mednarodnem (konvencijskem) pravu človekovih pravic, začenši z Evropsko konvencijo o človekovih pravicah in prakso Evropskega sodišča za človekove pravice.

⁷ O javni varnosti in delovanju policije v sodni praksi sodba VS RS I Ips 48/2006 z dne 30. 11. 2006: »Pojem javne varnosti v najširšem pomenu obsega varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter javni oziroma ustavni red države; ima torej širši ustavno pravni pomen. V doktrini policijskega prava [...] je javna varnost stanje v družbi, v katerem sicer prihaja do nasilja in protipravnega vedenja, pri čemer si država in njeni organi oblasti prizadevajo, da tako ravnanje in vedenje zakonito preprečujejo in ga omejujejo na najmanjšo možno mero. V državnem pravu pa se pojem javne varnosti uporablja v obliki generalnih (policijskih) klavzul, ki služijo kot ustavna in zakonska podlaga ukrepanju državnih organov, ko je to nujno in neogibno potrebno za preprečitev ali obvladovanje pojavov, ki odstopajo od »normalnih razmer« in jih z zakonom ni moč predvideti.«

⁸ VS RS v isti sodbi (I Ips 48/2006) ugotavlja, da je nekdanji Zakon o notranjih zadevah pojmu javna varnost dal enoten pravni pomen, kaj sodi med zadeve javne varnosti. Kasnejši Zakon o policiji (Uradni list RS, št. 49/98) je takšno opredelitev opustil tako, da tudi kasnejše spremembe in veljavna zakonska ureditev govorijo le še o nalogah policije.

⁹ Uradni list RS, št. 15/13 in nasl.

¹⁰ Uradni list RS, št. 15/13 in nasl.

stranjena iz zakonodaje o nalogah in pooblastilih policije, je javna varnost z leti prišla do točke absurda, na katerega v prispodobi mrtvila, ki je nastalo zaradi vpliva formalizma, (pravnega) pozitivizma in totalitarnih ideoloških sistemov, pronicljivo opozarja Blaž Ivanc.¹¹

2.1. Izzivi trajnosti in odpornosti proti varnostnim grožnjam

O javni varnosti v povezavi s trajnostnimi izzivi in odpornostjo proti varnostnim grožnjam, še zlasti v kompleksnih krizah in ekstremnih situacijah (podnebne spremembe, naravne in druge nesreče, oboroženi spopadi, skrajno nasilje, terorizem in kriminal), potekajo žgoče razprave, in sicer kako do novih in učinkovitejših rešitev. Z vso negotovostjo in varnostnimi tveganji današnje svetovne družbe lahko le ugibamo, ali se bo ta proces nadaljeval v skladu s sprejetimi obveznostmi o uresničevanju ciljev trajnostnega razvoja in ukrepov za preživetje človeštva in planeta, opredeljenih v Agendi 2030. V 11. cilju Agende 2030 – vključujoča, varna, odporna in trajnostna mesta ter skupnosti – je poseben poudarek na sprejemanju in izvajanju usklajenih (koherentnih) politik za razvoj in javno varnost, podprtih z ukrepi za vključevanje prebivalcev, učinkovito rabo virov, blažitev podnebnih sprememb in prilagajanje nanje ter zaščito pred nesrečami s celostnim in povezljivim sistemom obvladovanja tveganj v skladu s Sendajskim okvirom 2030.¹²

Kako torej v prelomnih časih z vsemi izzivi trajnostnega razvoja in odpornosti proti varnostnim grožnjam razumeti in uporabljati pojem javna varnost? Do kod z idejo naravnega prava segajo njegove jezikovne, etične, pravne in politične razsežnosti, kako jih umestiti v skupni okvir svetovnega etosa, trajnostnega razvoja in programa ukrepov za preživetje človeštva in ekosistema Zemlje? V teoriji in primerjalni strokovni literaturi se o tem razpravlja že zaradi potrebe po medsebojni usklajenosti in razmerju javne varnosti (*public security*), zaščite (*public safety*), javnega reda (*public order*), javnega zdravja (*public health*) do etičnih, pravnih in političnih vrednot družbene skupnosti. Glede tega lahko rečemo, da gre za novo paradigmo, ki od splošnih družboslovnih in humanističnih sega do najzahtevnejših vprašanj odprte znanosti, znanstvenoraziskovalne in inovacijske dejavnosti, bliskovitega tehnološkega razvoja in uporabne etike s celostnim in povezljivim pristopom k obvladovanju tveganj in povečanju odpornosti, vključno s področjem umetne inteligence, velikih podatkovnih sistemov in novih tehnologij, kritične infrastrukture in kibernetske varnosti.¹³

Evropska unija in članice so že na podlagi tega, kar povprečen Evropejec vidi z lastnimi očmi, pred zelo zahtevnimi izzivi javne varnosti, trajnosti in odpornosti. Zaradi kompleksnih (hi-

¹¹ Ivanc.

¹² Iz razprave o odpornosti zakonodajne politike in izzivih nomotehnike na okrogli mizi Nomotehnični dnevi 2021, program: <<https://www.ipp-pf.si/nomotehnicni-dnevi>> (18. 10. 2023).

¹³ Bieder, Gould; Vedder in dr.

bridnih) groženj je upravičena bojazen tudi glede oskrbe z varno hrano in energenti. Z vsem tem je na varnostni preizkušnji celoten prostor svobode, varnosti in pravice. Kaisa Huhta, profesorica evropskega prava, specialistka za energetska prava, v svoji razpravi o svobodi gibanja z izkušnjami iz energetskega sektorja povzema prakso Sodišča EU in ugotavlja, da se javna varnost vendarle razvija v skladu s pravnim redom EU.¹⁴

Izhodišča EU o prihodnji pravni ureditvi razvoja in uporabe umetne inteligence v pomembnem delu temeljijo na izjemah oziroma pridržkih javne varnosti. Z oceno nesprejemljivih tveganj pri tehnoloških sistemih, za katere je znano, da jih državna oblast ponekod že uporablja za pretanjene posege v človekove pravice z družbenim točkovanjem in discipliniranjem ljudi na podlagi podatkov, pridobljenih z velikimi podatkovnimi modeli in novimi tehnologijami, se evolucija javne varnosti v evropskem prostoru nadaljuje ob upoštevanju naravnih in družbenih, ekonomskih in tehnoloških, pravnih in političnih vidikov trajnostnega razvoja in odpornosti.¹⁵

Kar zadeva odziv na krizo in ekstremne situacije, je Evropski parlament septembra 2023 začel obravnavo sprememb predloga uredbe o vzpostavitvi instrumenta za izredne razmere na enotnem trgu EU. Pri merilih za omejitve oziroma derogacijskih klavzulah, s katerimi se v ekstremnih situacijah že zdaj lahko izjemoma in pod določenimi pogoji omejuje prosti pretok na enotnem trgu EU, je izrecna zahteva, da morajo države članice pri sprejemanju in uporabi nacionalnih ukrepov za odzivanje na izredne razmere in krizo, iz katere izhajajo, zagotoviti, da so njihovi nacionalni ukrepi skladni s Pogodbo in pravom Unije. Omejitve, ki jih države članice uvedejo kot odziv na izredne razmere na notranjem trgu, so prepovedane, razen če so utemeljene z legitimnimi cilji, kot so javni red, javna varnost ali javno zdravje, in so skladne z načeli enakosti oziroma nediskriminacije in sorazmernosti.¹⁶

Utemeljeni razlogi in poglobljena merila za omejitve v predlogu o vzpostavitvi instrumenta za izredne razmere na enotnem trgu EU so na neki način že zajeti (implementirani) v slovenskem pravnem redu tako, da področni predpisi o storitvah na notranjem trgu govorijo o »pomembnih razlogih v javnem interesu«. To so razlogi, ki jih kot takšne priznava sodna praksa Sodišča Evropske unije, vključno z naslednjimi generalnimi klavzulami »javni red,

¹⁴ Huhta.

¹⁵ Akt EU o UI; <<https://www.europarl.europa.eu/news/sl/headlines/society/20230601STO93804/akt-eu-o-ui-prva-zakonodaja-o-umetni-inteligenci>> (18. 10. 2023).

¹⁶ Predlog uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o vzpostavitvi instrumenta za izredne razmere na enotnem trgu in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 2679/98; <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0459R\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0459R(01))> (18. 10. 2023). Spremembe Evropskega parlamenta, sprejete 13. septembra 2023, o predlogu uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o vzpostavitvi instrumenta za izredne razmere na enotnem trgu in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 2679/98; <https://www.europarl.europa.eu/docco/document/TA-9-2023-0317_SL.html> (18. 10. 2023).

javna varnost, javna zaščita, javno zdravje idr.».¹⁷ Če bi jih politična oblast in državni organi upoštevali in se med krizo zaradi pandemije covid-19 po njih ravnali, tako kot je bilo smiselno urejeno v prejšnjem 39. členu Zakonu o nalezljivih boleznih (ZNB),¹⁸ bi se lahko marsikateremu od problemov, o katerih v oceni stanja govori predlog ZUVPNB, izognili brez odvečnih posledic za ljudi in ugled pravne države. Da bi jih morali upoštevati, vključno s sodno prakso Sodišča EU, torej zahteva že nacionalna zakonodaja o storitvah in omejitvah na notranjem trgu.

Odrptih vprašanj o javni varnosti, trajnostnem razvoju in povečanju odpornosti ne manjka niti v evropskem javnem prostoru niti v pravnem redu EU. Toda nikomur, ki se resneje ukvarja s to tematiko, niti na misel ne pride, da bi pravni standard ali generalno klavzulo javna varnost, ki je vgrajena v temelje evropskega prava in delovanja Unije, kar tako črtal z dnevnega reda strokovne in širše javnosti, kaj šele iz zakonske ureditve o varstvu človekovih pravic in ravnanju javne oblasti v izrednih razmerah in ekstremnih situacijah.

3. Podnormiranost in neskladje – strukturni problem javne varnosti

Z desetletja trajajočim mrtvilom, ki je po besedah Blaža Ivanca nastal zaradi vpliva formalizma, (pravnega) pozitivizma in totalitarnih ideologij, v Sloveniji močno zaostajamo pri razumevanju in urejanju javne varnosti. Primanjkljaj oziroma podnormiranost in neskladje tega področja znotraj pravnega reda je med krizo s pandemijo covid-19 nazorno pokazal, da ne gre le za problem represije s kaznovalnim pravom.¹⁹ To je strukturni problem, zaradi katerega je tudi v prihodnje lahko pod vprašajem pravna varnost kot ena ključnih sestavin načela pravne države.²⁰

Predlog ZUVPNB z oceno stanja in ugotovljenimi dejstvi dokazuje, da strukturni problem podnormiranosti in neskladja večstransko in povezano, kaskadno ogroža človekove pravice in temeljne interese družbe, vključno s tem, kar je ob upoštevanju Ustave RS določeno s konvencijskim pravom človekovih pravic in pravnim redom EU. Ko se temu pridruži še tako ravnanje javne oblasti, države in njenih organov, ki je v očitnem nasprotju z ustavo, se prej ko slej zgodi, kar je z oceno stanja in razlogi za povrnitev škode navedeno v predlogu ZUVPNB.

¹⁷ Zakon o storitvah na notranjem trgu (ZSNT), Uradni list RS, št. 21/10 in 75/23 – ZGD-1L.

¹⁸ Uradni list RS, št. 69/95 in nasl.

¹⁹ S podnormiranostjo so mišljeni področni predpisi, denimo o javnih zbiranjih in policiji, pri katerih bi moral zakonodajalec upoštevati namen ustavodajalca glede zakonskih omejitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin iz razlogov javne varnosti, pa tega ni storil.

²⁰ O utemeljenosti te trditve glej uvodne obrazložitve ZUVPNB z vso razsežnostjo in statistiko represivnih posegov v človekove pravice in temeljne svoboščine med krizo zaradi pandemije covid-19, ne le problematike prekrškovnega prava v ožjem pomenu besede.

Glede na namen, da uredi le nekatera vprašanja v zvezi z določenimi prekrški, storjenimi v času ukrepov zaradi preprečevanja širjenja nalezljive bolezni covid-19, bi sicer predlagatelju ZUVPNB težko očitali, da je s podnormiranostjo in neskladjem javne varnosti pustil nerešena vprašanja varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Toda to je slaba tolažba za pravno državo. Z vidika neke nove epidemije in veljavne ureditve preprečevanja nalezljivih bolezni, ko je v ekstremnih situacijah neizogibna uporaba različnih zakonov in ukrepov, se v različnih vlogah države in njenih različnih organov oblasti prepletajo prav tako različne izjeme, vključno s tem, kar Ustava RS pri varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin določa z generalnimi klavzulami javna varnost, varnost države, notranja varnost, javni red in javno zdravje. In kako zdaj vso to kompleksno materijo postaviti v skupni okvir pravnega reda in politike države o organizaciji in delovanju sistema javne varnosti in javnega zdravja, upoštevajoč tiste ugotovitve Ustavnega sodišča RS, ki jih je medtem zakonodajalec potrdil s sprejetjem novele ZNB-D,²¹ da je bila prejšnja določba 39. člena ZNB v nasprotju z ustavo.²²

Zakonska ureditev posegov v človekove pravice z omejitvami in ukrepi, zajetimi v oceni stanja in razlogih za sprejetje ZUVPNB, javne varnosti ne omenja niti na tistih področjih, kjer Ustava RS izrecno določa, da so takšne omejitve dopustne le, če to zahteva varnost države ali javna varnost ter varstvo pred širjenjem nalezljivih bolezni. To so kompleksni problemi, o katerih je sicer govor v predlogu ZUVPNB, vendar ostajajo nerešeni.

3.1. Pogled od vrha navzdol

Varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin, vključno s sprejetimi obveznostmi države po mednarodnem (konvencijskem) pravu in pravu EU, je neločljiva sestavina ustavne stvarine (*materia constitutionis*).²³ Z integralno razlago ustavnega besedila pridemo tudi do posameznih izjem ali derogacijskih klavzul, med katerimi je generalna klavzula javna varnost. S temi generalnimi klavzulami ali ustavnopravnimi standardi ustava pooblašča in hkrati omejuje zakonodajalca, da lahko posamezne človekove pravice in temeljne svoboščine pod izrecno določenimi pogoji uredi v zakonu. Tako mora zakonodajalec v skladu s temeljnimi načeli in konkretnimi določbami ustave po posameznih vertikalnih sistemskih in področnih zakonov hkrati skrbeti za skladnost predpisov in usklajenost ali koherentnost pravnega reda kot celote.²⁴ Po Iglíčarjevih ugotovitvah gre za normativno integracijo ustavnih vrednot, ki z institu-

²¹ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o nalezljivih boleznih (ZNB-D), Uradni list RS, št. 125/22.

²² Odločbi US RS U-I-79/20 z dne 13. 5. 2021 in U-I-50/21 z dne 17. 6. 2022; uvodne obrazložitve v predlogu ZUVPNB.

²³ Grad, Kaučič, Zagorc, str. 99–100, 716–727, 728–738.

²⁴ Prirejeno po razlagi Ustavnega sodišča RS o 153. členu Ustave RS, odločba US RS U-I-303/08 z dne 11. 2. 2010.

cionalizacijo in socializacijo sega vse do ponotranjanja (*internalizacije*) prava na osebni ravni – pravo, »ki ga živimo in čutimo v sebi kot živo«.²⁵

Ko z miselno strategijo »od vrha navzdol«²⁶ pogledamo strukturni problem represivnih posegov v človekove pravice in temeljne svoboščine med krizo zaradi pandemije covid-19, na katerega v oceni stanja opozarja predlagatelj ZUVPNB, se prikaže zajetna normativna gmota področnih vertikal, od javne varnosti in javnega reda, javnega zdravja in preprečevanja širjenja nalezljivih bolezni do sistemskih predpisov in konkretnih odločitev o delovanju države in njenih organov oblasti v kriznih razmerah in ekstremnih situacijah, vključno z varnostjo in zaščito pred naravnimi in drugimi nesrečami.²⁷ Koherentnost te normativne gmote v paketu krizne zakonodaje je bil na kratko glavni namen prejšnjega 39. člena ZNB. Ustavno sodišče pa je ugotovilo, da je 39. člen ZNB v neskladju z 32., 42., 49., 74., 120. in 153. členom Ustave RS.²⁸

Metode pravne razlage s splošno naravo pojasnilnih in napolitnih klavzul v določbi prejšnjega 39. člena ZNB potrjujejo, da njegov glavni namen ni bil podrobno urejanje vseh možnih omejitev in posegov v človekove pravice in temeljne svoboščine, z vso nepredvidljivostjo in nevarnostjo širjenja nalezljivih bolezni. Ker je natančnejša ureditev varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin v posameznih, normalnih in ekstremnih situacijah že po sistematiki pravnega reda in resorni delitvi pristojnosti državne oziroma javne uprave stvar posameznih področnih zakonov in drugih predpisov, je zakonodajalec z ureditvijo prejšnjega 39. člena ZNB poskrbel le za harmonizacijo vertikalnih povezav v procesu normativne integracije in obenem za horizontalno skladnost s paketom krizne zakonodaje, s katero je ZNB ob nevarnosti širjenja nalezljivih bolezni neločljivo povezan v praviloma koherentno in delujočo celoto pravnega reda ter politike države o nacionalni oziroma javni varnosti in javnem zdravju.

3.2. Pogled od spodaj navzgor – neskladje javne varnosti v družbenem kontekstu

Ugotovitve v tem delu besedila izhajajo iz kratke normativne analize usklajenosti predpisov ter iz splošnih ocen, kako je sistem javne varnosti dejansko učinkovit v družbenem okviru

²⁵ Igličar.

²⁶ Miselne strategije od vrha navzdol, od spodaj navzgor in usklajenosti ali koherentnosti so z idejo naravnega prava na tem mestu izpeljane iz znanstvenih dognanj o delovanju človeških možganov in naravi kognitivnega procesiranja tako, da je razprava o tem hkrati primerljiva z ugotovitvami US RS v navedeni odločbi U-I-303/08; Kečanović, 2023.

²⁷ »Usklajeno uresničevanje varstva pred naravnimi in drugimi nesrečami« je izrecna zahteva po prvem odstavku 6. člena Zakona o varstvu pred naravnimi in drugimi nesrečami (ZVNDN), Uradni list RS, št. 51/06 in nasl. Po tej zahtevi bi se morali zgledovati vsi zakoni ter državni organi in organi lokalne samouprave v skupnem okviru nosilcev javne varnosti in kriznega upravljanja; celovit in povezljiv pristop, v: Resolucija o strategiji nacionalne varnosti (ReSNV-2), Uradni list RS, št. 59/19.

²⁸ Odločbi US RS U-I-79/20 in U-I-50/21.

(kontekstu), kjer ljudje živijo svoje vsakdanje življenje. S Straussovo idejo naravnega prava in Igličarjevo teorijo normativne integracije gre za vprašanje učinkovitosti prava, ki ga živimo in čutimo v sebi kot živo.²⁹ S tem pričakujemo, da se na koncu izriše neka nova pojavnost (emergenca) prava, podprta z občutkom, kako se koherentnost javne varnosti izraža v družbeni praksi. Glavni predmet normativne analize od vrha navzdol pa so pristojnosti državnih organov in organov lokalne skupnosti, na horizontalni ravni opredeljene s področno zakonodajo.³⁰

Metodološko je predmetna obravnava s pogledom od spodaj navzgor zasnovana na istih predpostavkah oziroma miselnih strategijah, primerljivih z razlago Ustavnega sodišča RS v odločbi U-I-303/08, v kateri analizira 153. člen Ustave RS in ugotavlja njegov pomen za vertikalno in horizontalno skladnost predpisov ter koherentnost pravnega reda kot delujoče celote. Če te miselne strategije primerjamo s smernicami zakonodajne politike v Resoluciji o normativni dejavnosti (ReNDej),³¹ lahko sproti opravimo še oceno tveganj, vključno s psihosocialnimi dejavniki pri konkretnih osebah, odgovornih nosilcih nalog in pooblastil na področju javne varnosti in zakonodajne dejavnosti.³²

Pogled po vertikali javne varnosti od državne do lokalne ravni najprej pokaže, da je zakonska ureditev tega področja od vrha navzdol izpeljana iz sistemskega Zakona o državni upravi (ZDU-1).³³ Tako je v 34. členu ZDU-1 določeno, da je za javno varnost sistemsko, na državni in lokalni ravni pristojno ministrstvo za notranje zadeve.³⁴ V tem vertikalnem razmerju državne in lokalne ravni je občinsko redarstvo operativna služba s pooblastili, da v skladu zakonom ali na podlagi zakona izdanem predpisu skrbi za javno varnost na območju občine, pri čemer mora upoštevati še občinski program varnosti (3. in 6. člen ZORed).

Program varnosti je strateški dokument občine z oceno tveganj in izpostavljenosti varnostnim grožnjam ter z akcijskimi ukrepi za uresničevanje potreb po javni varnosti. Odgovorni predlagatelj in skrbnik programa varnosti je župan. V tej vlogi mora župan skrbeti, da je program javne varnosti s posodobljeno letno oceno varnostnih razmer, tveganj in varnostnih potreb pred obravnavo na občinskem svetu usklajen s predpisi ter programskimi dokumenti ministrstva za notranje zadeve in policije na področju javne varnosti. Za usklajenost programa varnosti in redno sodelovanje občinskega redarstva in policije v lokalnem okolju sta odgovorna župan in vodja organizacijske enote policije na območju občine. Strokovno pomoč pri pripravi in izvajanju občinskega programa varnosti mora občinam zagotavljati ministrstvo

²⁹ Igličar.

³⁰ Zakon o občinskem redarstvu (ZORed), Uradni list RS, št. 139/06 in št. 97/17.

³¹ Uradni list RS, št. 95/09.

³² Kečanović, 2023.

³³ Uradni list RS, št. 52/02 in nasl.

³⁴ Uradni list RS, št. 113/05 in nasl.

za notranje zadeve (6. do 9. člen ZORed). S tem namenom je notranja organizacijska enota ministrstva – direktorat za policijo in druge varnostne naloge – leta 2015 objavil na primer prenovljene Smernice za izdelavo občinskega programa varnosti.³⁵

S primerjavo zakonske ureditve o javni varnosti na lokalni ravni z zahtevo po celovitem in povezljivem pristopu v krovni politiki države o nacionalni varnosti (ReSNV-2) se od vrha državne ravni navzdol do »mikro« ravni varnostnega okolja občine jasno izriše normativna podoba koherentnosti pravne ureditve in sistema notranje varnosti, vključno s konkretnimi dolžnostmi odgovornih nosilcev za javno varnost in program varnosti po posameznih občinah.³⁶

Z vidika zakonodajne politike in prizadevanj za boljše predpise (*better regulation*) je vertikala javne varnosti od državne do lokalne ravni v normativnem pogledu skladna tudi s smernicami resolucije državnega zbora o normativni dejavnosti, po katerih mora proces priprave, sprejemanja in uresničevanja predpisov »stremeti k večji skladnosti pravnega reda ter k medsebojni usklajenosti zakonov, ki urejajo vsebinsko medsebojno povezana področja, ki naj se praviloma obravnavajo sočasno in sprejemajo po vsebinskem zaporedju« (VII. poglavje ReNDej).

Prečna primerjava s sorodnimi modeli strateškega pristopa k zagotavljanju javne varnosti, vključno z metodologijo in podsistemom za obvladovanje tveganj, ki so v svetovnem merilu zasnovani po konceptu trajnostnih, pametnih in odpornih mest in skupnosti, ter Sendajskim okvirom 2030, je pokazala, da ima naš program javne varnosti na lokalni ravni danes celo večjo uporabno vrednost, kot si je to ob sprejetju ZORed sploh lahko predstavljal zakonodajalec.³⁷

Toda ko vse navedene ugotovitve postavimo v družbeni okvir in vsakdanje življenje prebivalcev, se vžičenje nad normativno koherentnostjo javne varnosti na državni in lokalni ravni razblini na čereh istega mrtvila, na katero pronicljivo opozarja Blaž Ivanc. Z idejo naravnega prava, torej razumnosti in razumevanja tega, kar človek vidi z lastnimi očmi, so spet na dlani isti dejavniki formalizma z ostalinami totalitarnih ideologij.

O problematiki javne varnosti in drugih dejavnikih družbene patologije na lokalni ravni se sicer iz leta v leto na široko razglablja tudi v državnem zboru. Uporabnih rešitev ni videti niti takrat, ko gre za ekstremne situacije s kriminalom in z nasiljem nad otroki in mladostniki,

³⁵ Glej <https://www.gov.si/assets/ministrstva/MNZ/Dokumenti/DPDVN/Smernice_za_izdelavo_obcinskega_programa_varnosti-3.doc> (18. 10. 2023).

³⁶ ReSNV-2, 2.2. Nacionalnovarnostni cilji: »Republika Slovenija bo svoje življenjske in strateške interese uveljavljala z uresničevanjem nacionalno-varnostnih ciljev preko celovitega in povezljivega delovanja vseh subjektov ter jasno določenih pristojnosti in procesov posameznih nosilcev in mehanizmov na področju nacionalne varnosti.«

³⁷ Primerjaj Action Plan of the Urban Agenda Partnership on Security in Public Spaces; Komisija EU; <<https://ec.europa.eu/newsroom/pps/items/696379>> (18. 10. 2023); Sancin; Moje mesto se pripravlja (My City is getting ready), UNISDR's Making Cities Resilient Campaign, <<https://mcr2030.undrr.org/>> (18. 10. 2023).

ženskami in deklicami, starostniki in drugimi šibkejšimi osebami v lokalnem javnem prostoru, bivalnem, delovnem, družinskem in učnem okolju. Največji paradoks pa je v tem, da so normativne rešitve z mednarodno primerljivimi orodji za načrtovanje in zagotavljanje javne varnosti v našem pravnem redu na razpolago že desetletja.³⁸

Program varnosti, za katerega zakon (ZORed) zahteva, da mora biti letno posodobljen na podlagi prav tako posodobljenih ocen varnostnih razmer in potreb po javni varnosti, vključno z varnostjo in zaščito pred naravnimi in drugimi nesrečami, je z redkimi izjemami med občini bolj ali manj postranska stvar. Tudi tisto, kar je zakonodajalec mislil s t. i. partnerskim sodelovanjem v 35. členu ZODPoI, pri čemer je v horizontalnem razmerju do Zakona o lokalni samoupravi (ZLS)³⁹ poudarek na lokalni demokraciji in vključevanju prebivalcev v skupna prizadevanja za javno varnost, očitno ne daje pričakovanih rezultatov. Mrtvilo, ki je z leti spodkopalo javno varnost na državni in lokalni ravni, se je zažrlo v varnostno kulturo in pripravljenost ljudi, da kot aktivni državljani in ljudje plemenitih nagibov sodelujejo (participirajo) pri odpornosti proti varnostnim grožnjam in ekstremnim situacijam. Medtem pa se razraščanje družbene patologije s strahom pred nasiljem in kriminalom le še stopnjuje, kar obenem v vseh pogledih slabo vpliva na druga področja družbenega, ekonomskega in javnega življenja.⁴⁰

4. Koherentnost in odločanje, podprto z dokazi

Zahteva po koherentnosti pravnega reda in političnega sistema države na najvišji ravni izhaja iz ustave. Uporabna vrednost te zahteve se praviloma vedno pokaže, zlasti ko krizne razmere in ekstremne situacije po naravi stvari terjajo usklajen odziv države in celotne družbe. Avtorja tega prispevka na operativnem stičišču pravnega reda in političnega sistema države ter tudi medicinske znanosti in stroke ocenjujeva, da je izkustvo z okoliščinami in ekstremnimi situacijami, ki jih je ustvarila pandemija covid-19, dragocena referenca za razpravo, kako naj se kot družba v prihodnje izognemo problemom, na katere v oceni stanja in pglavitnih razlogov opozarja predlagatelj ZUVPNB.

Z razlago Ustavnega sodišča o 153. členu Ustave RS⁴¹ se avtorja ponovno sklicujeta na uporabo miselnih strategij in končnih ugotovitev, da gre pri koherentnosti za smiselno urejeno, v vertikalnem in horizontalnem pogledu koherentno celoto, katere korenine z idejo naravnega

³⁸ Na zakonski ravni jih določa ZORed, natančneje pa metodologija v Smernicah za izdelavo občinskega programa varnosti.

³⁹ Uradni list RS, št. 94/07 in nasl.

⁴⁰ Kečanović, 2017, str. 69–89.

⁴¹ Odločba US RS U-I-303/08 z dne 11. 2. 2010.

prava segajo do najglobljih predelov človeških možganov.⁴² S tako rekoč istim pristopom, kot Ustavno sodišče v navedeni odločbi razlaga 153. člen Ustave, si Evropska komisija prizadeva za učinkovito odpravljanje nasprotij in ustvarjanje sinergij, da poveča učinkovitost pri doseganju skupnih ciljev Unije in članic. Tako EU s politiko koherentnosti za razvoj (*policy coherence for development*) zajema še vrsto smernic in integriranih orodij tudi za boljše predpise (*better regulation*), podprte z dokazi (*evidence-informed policy making*).⁴³

Potreba po koherentnosti prava in politike države se je torej v vsej svoji razsežnosti pokazala med pandemijo covid-19. V ozadju množičnega odziva na katastrofalno naravno nesrečo z uničujočimi poplavami, ki je sicer ponovno pokazal pregovorno solidarnost ljudi, je potreba po koherentnosti prava in politike države očitna z vidika razumne previdnosti, ki je leta zaman opozarjala na nevarnost gradnje na poplavno nevarnih območjih. Zdrav razum ali razumevanje tega, kar človek vidi z lastnimi očmi, z več vidikov opozarja, da je usklajevanje, denimo med strokovno-medicinskimi in drugimi deležniki v sistemu kriznega upravljanja in obvladovanja ekstremnih situacij, v praksi lahko odločilno.

4.1. Od medicinske znanosti k pravu in zakonodajni politiki

Če za medicino velja, da je naravoslovna znanost, je logično, da njena stroka uporablja klasične znanstvene pristope, ki temeljijo na empiričnem dokazovanju in potrjevanju hipotez s kvantitativnimi metodami. Klasična znanstvena metoda je vsekakor vodilno načelo raziskovanja v medicini. Vsakodnevna praksa, torej zdravljenje posameznikov, se neizogibno od tega načela nekoliko oddalji. Situacije, s katerimi se srečujejo zdravniki, niso vedno kontrolirani eksperimentalni pogoji, temveč edinstven preplet okoliščin, na katere vplivajo tako značilnosti pacienta kot narava bolezni in okolja oziroma konteksta. Razpoložljive informacije pa niso nikoli popolne.⁴⁴

V preteklosti so se zdravniki večinoma zanašali na lastne izkušnje. Šele v zadnjih nekaj desetletjih postaja pomembnejše sistematično preučevanje dokazov in oblikovanje smernic zdravljenja, ki temeljijo na dokazih. V devetdesetih letih prejšnjega stoletja se je tako uveljavil izraz na dokazih temelječa medicina (*evidence based medicine*).⁴⁵

⁴² Kečanović, 2023.

⁴³ Politika koherentnosti za razvoj (Policy coherence for development); Evropska komisija; <https://international-partnerships.ec.europa.eu/policies/european-development-policy/policy-coherence-development_en> (18. 10. 2023).

⁴⁴ Banning, str. 187–195.

⁴⁵ Claridge, Fabian, str. 29, 547–553.

Seveda na dokazih temelječa medicina ni zgolj izraz zahteve po spoštovanju najnovejših dognanj znanosti, ampak je pristop, ki upošteva in hkrati razkriva kompleksnost uporabe znanstvenih dokazov. Ena temeljnih ugotovitev je, da niso vsi dokazi enakovredni in da je pomembno na podlagi uporabljene raziskovalne metodologije oceniti verodostojnost vsake ugotovitve oziroma dokaza, ki iz nje izhaja. Poleg tega na dokazih temelječ pristop upošteva, da je pogosto treba oblikovati stališče na podlagi dokazov slabše kakovosti oziroma nizke stopnje zanesljivosti. Zelo jasen primer izhaja iz obdobja pandemije covid-19, ko so se morali medicinski strokovnjaki, ki so oblikovali predloge ukrepov, zanašati na začasne ugotovitve, izhajajoče iz raziskav nizke zanesljivosti. Nezanesljivost dokazov v kriznih razmerah in na splošno ne more biti izgovor za odsotnost potrebnih priporočil in ukrepov. V nasprotnem bi lahko bile posledice neukrepanja bistveno hujše. Z ugotovitvami Ustavnega sodišča RS v odločbah iz obdobja pandemije covid-19 lahko rečemo, da odločanje v tovrstnih situacijah vedno poteka z razumno mero previdnosti.⁴⁶

Koncept na dokazih temelječa medicina je medtem s potrebnim razlikovanjem prenesen tudi na področje oblikovanja politik. Politike in predpisi, ki jih odločevalci sprejmejo ali iz njih izhajajo, praviloma ne temeljijo zgolj na ideji ene osebe, ki predmet obravnave (diagnozo) preuči in najde ustrezno rešitev. Število možnih deležnikov pri oblikovanju političnih odločitev je od primera do primera praktično nepredvidljivo, učinki sprejetih odločitev pa so *ex-ante* sorazmerno negotovi. Dokazi, ki jih odločevalci uporabljajo, pogosto izvirajo iz različnih virov in okolij, na primer iz informacij o uporabi predlagane rešitve v drugi državi ali v drugem sektorju. Če s to ugotovitvijo ostanemo pri razmerju medicine in prava, ima slednje od nekdaj razdelan sistem spoznavnih in dokaznih pravil, saj že iz časov rimskega prava velja načelo, da pravo izhaja iz dejstev: *ius ex facto oritur*. »Pravo se zato oblikuje kot posledica dejanskega stanja v družbi.«⁴⁷ V tem kontekstu je za obe področji, medicino in pravo, v osnovi enako pomembno, kar je v svojem predgovoru k zbirki Pravne panoge in metodologija razlage prava zapisal Peter Štih, da je vprašanje razlage v družboslovju in humanistiki predvsem epistemološko vprašanje. V znanstvenem pogledu se to vprašanje dotika (z)možnosti in meja spoznavanja tudi na tistih področjih, kjer med objektivnimi danostmi in subjektivno razlago ni tako strogih ločnic, v naravoslovnih in drugih eksaktnih vedah.⁴⁸

Ne nazadnje, odločitve o politikah in predpisih v liberalnih demokracijah zahtevajo vključevanje vseh akterjev oziroma interesnih skupin, na katere se konkretni predpis oziroma politika nanaša. To ne pomeni, da je v politiki smiselno in dopustno ignorirati razpoložljive dokaze. V primerjavi z medicino, ki temelji na dokazih, so dokazi pri oblikovanju predpisov in politik le

⁴⁶ Odločba US RS U-I-83/20 z dne 27. 8. 2020.

⁴⁷ Kranjc, str. 133.

⁴⁸ Novak, Pavčnik, str. 13–16; povzeto tudi v: Kečanović, 2022.

eden izmed številnih dejavnikov, ki pomembno vplivajo na vsebino in namen predmeta odločanja. Zato je v sferi političnega odločanja o zadevah javnega pomena vedno bolj uveljavljen in pravičen izraz politika, podprta z dokazi (*evidence informed policy-making*).⁴⁹

Med pandemijo covid-19 je medicinska stroka oblikovala in političnim odločevalcem predlagala določene ukrepe. Politični odločevalci so pri oblikovanju in sprejemanju predpisov ter drugih splošnih aktov sprejemali odločitve, podprte sicer s priporočili medicinske stroke, vendar ob upoštevanju vseh drugih okoliščin, ki so jih v danih razmerah narekovale ekstremne situacije. Medicina namreč ni edina, na katero se je treba ozirati, ko sprejemamo odločitve, ki so lahko usodne za ljudi in celotno družbo. To velja tudi ob neposredni nevarnosti izbruha in širjenja nalezljivih bolezni, ko je v središču pozornosti javno zdravje in preživetje ljudi, medicinska stroka pa gotovo med najpomembnejšimi nosilci nalog in ukrepov za koherenten odziv v kriznih razmerah in ekstremnih situacijah.

Kar zadeva odločanje v kriznih razmerah in ekstremnih situacijah, velja posebej poudariti, da so možnosti upoštevanja vseh vidikov odločanja omejene z razpoložljivim časom za ukrepanje. Ne glede na vse okoliščine je treba tudi v teh razmerah in situacijah čim bolj upoštevati načelo z dokazi podprtega odločanja, po katerem je verjetnost oblikovanja, sprejemanja in izvrševanja kakovostnih predpisov in politik (*better regulation*) neprimerljivo večja, če so odločevalci predhodno seznanjeni z razpoložljivimi dokazi, na podlagi katerih lahko s toliko večjo verjetnostjo sprejemajo strokovno utemeljene ocene o razlogih in pričakovanih učinkih. To načelo je v Sloveniji že uveljavljeno in je z ReNDej sprejeto v zakonodajni politiki.⁵⁰ Poudarek na z dokazi podprtem oblikovanju politik pa je, kot rečeno, vse večji tudi na ravni Evropske unije⁵¹ ter v okviru mednarodnih organizacij, kot sta Organizacija za gospodarsko sodelovanje in razvoj⁵² ter Svetovna zdravstvena organizacija.⁵³

O tem, kako naj se pravni in politični sistem države s koherentnostjo odziva na družbene potrebe in probleme, sva avtorja tega prispevka skupaj s preostalimi udeleženci Nomotehničnih dnevov 2023 razpravljala na okrogli mizi Uporabna zakonodajna politika na primeru javne varnosti. V razpravi smo se med drugim dotaknili uradnih napovedi o načrtovani prenovi zakonodajne politike (ReNDej). Navedene ugotovitve in viri, na katere se sklicujeva, potrjujejo, da zakonodajna politika v Sloveniji že zdaj upošteva in z nomotehničnimi smernicami

⁴⁹ World Health Organization.

⁵⁰ Poldrugovac, str. 313–318.

⁵¹ Majcen, str. 7869–7871.

⁵² OECD.

⁵³ Lester in dr., str. 1–19.

zahteva, da mora biti proces priprave, sprejemanja in izvrševanja predpisov podprt z dokazi (*evidence-informed policy making*) in argumenti demokratične razprave.⁵⁴

5. Sklep

Če se za konec vrneva k ideji naravnega prava in prisposodbi mrtvila, ki že desetletja prispeva k odklonilnemu odnosu do ureditve javne varnosti, ki je vendarle eno od krovnih meril ali generalnih klavzul ustavnega varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin, se avtorja zavedava, da sva glede tega postavila več vprašanj, kot je odgovorov v tem prispevku. To je za konec obenem tudi iztočnica, na podlagi katere upava, da bo ta prispevek vendarle spodbudil širše zanimanje za to temo, ki je v današnjih razmerah vse večje negotovosti in ekstremnih situacij toliko bolj pereča.

Literatura

- BANNING, Maggi. A review of clinical decision making: models and current research. *Journal of clinical nursing*, 2008, št. 17/2, str. 187–195.
- BECK, Ulrich. *Družba tveganja: na poti v neko drugo moderno*. Ljubljana: Založba Krtina, 2009.
- BIEDER, Corinne, GOULD, Kenneth (eds.). *The Coupling of Safety and Security: Exploring Interrelations in Theory and Practice*. Cham: Springer, 2020.
- CLARIDGE, A. Jeffrey, FABIAN, C. Timothy. History and development of evidence-based medicine. *World Journal of Surgery*, 2005, št. 29, str. 547–553.
- GRAD, Franc, KAUČIČ, Igor, ZAGORC, Saša. *Ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2016.
- HUHTA, Kaisa. *The Evolution of the Public Security Defence in EU Free Movement Law: Lessons from the Energy Sector*. Published online by Cambridge University Press, 29. 8. 2023, <<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/evolution-of-the-public-security-defence-in-eu-free-movement-law-lessons-from-the-energy-sector/2ECA1F5360FBB746FDA396D3EE63197D>> (18. 10. 2023).
- IGLIČAR, Albin. Pogojenost zakonodajne politike z naravo prava. *Pravni letopis*, št. 2/2023.
- IVANC, Blaž. Naravnopravna razsežnost politične filozofije Lea Straussa (1899–1973). V: Strauss, L., *Naravno pravo in zgodovina*. Ljubljana: Študentska založba, 1999, str. 329–367.
- KEČANOVIČ, Bečir. Koherentnost prizadevanj za trajnostni razvoj. *Glasnik TFL*, 2023, št. 22, <<https://www.tax-fin-lex.si/Dokument/Podrobnosti?rootEntityId=75d17a75-7ae8-4421-b1a0-0e689bcd2984>> (18. 10. 2023).

⁵⁴ Igličar.

- KEČANOVIĆ, Bećir. Generalne klavzule v smislu prava. *Glasnik TFL*, 2022, št. 31, <<https://tax-fin-lex.si/Dokument/Podrobnosti?rootEntityId=b49955b7-aaff-412f-b0a7-1cec-27f1ab57>> (25. 10. 2023).
- KEČANOVIĆ, Bećir. *Vključujoča in varna lokalna skupnost*. Zbornik razprav 1. kongresa slovenskih občin, Podčetrtek, 2017, <<http://www.irvd.si/wp-content/uploads/2019/08/Vključujoča-in-varna-lokalna-skupnost.pdf>> (25. 10. 2023)
- KRANJC, Janez. *Latinski pravni reki*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1994.
- LESTER, Luis, HABY, M. Michelle, CHAPMAN, Evelina, KUCHENMÜLLER, Tanja. Evaluation of the performance and achievements of the WHO Evidence-informed Policy Network (EVIPNet) Europe. *Health Research Policy and Systems*, 2020, št. 18/1.
- MAJCEN, Špela. Evidence based policy making in the European Union: the role of the scientific community. *Environmental Science and Pollution Research*, 2017, št. 24, str. 7869–7871.
- NOVAK, Aleš, PAVČNIK, Marijan (ur.), in dr. *Pravne panoge in metodologija razlage prava*. Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 2022.
- OECD. *Building Capacity for Evidence-Informed Policy-Making: Lessons from Country Experiences, OECD Public Governance Reviews*. Paris: OECD Publishing, 2020, <<https://doi.org/10.1787/86331250-en>> (18. 10. 2023).
- POLDRUGOVAC, Mircha, in dr. The evidence-informed policy-making context in Slovenia: groundwork for a knowledge translation platform. *Public Health Panorama*, 2016, št. 2/03, str. 313–318.
- SANCIN, Vasilka (ur.), in dr. *Razvoj in odpornost pametnih mest in skupnosti na področju javne varnosti – enakovredna vloga žensk pri zagotavljanju miru in varnosti*. Ljubljana: Pravna fakulteta UL, 2023, <https://www.pf.uni-lj.si/media/sancin.-.razvoj.in.odpornost.pametnih.mest_tisk.e_cip.pdf> (18. 10. 2023).
- STRAUSS, Leo. *Naravno pravo in zgodovina*. Ljubljana: Študentska založba, 1999.
- VEDDER, Anton, SCHROERS, Jessica, DUCUING, Charlotte, VALCKE, Peggy (eds.). *Security and Law: Legal and Ethical Aspects of Public Security, Cyber Security and Critical Infrastructure Security*. Antwerpen: Intersentia, 2019.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Evidence, policy, impact: WHO guide for evidence-informed decision-making*, 2021, <<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/350994/9789240039872-eng.pdf?sequence=1>> (18. 10. 2023).

Izvirni znanstveni članek
UDK 342.41:321.7

State and law in today's world

A brief approach

MARCOS AUGUSTO MALISKA
*PhD, Professor of the Postgraduate
Program in Fundamental Rights and
Democracy, Master and Doctorate at the
Autonomous University Center of Brazil –
UniBrasil, in Curitiba, Brazil,
Federal Attorney*

1. Introduction

The topic of the relationship between State and law is of great importance and current. The modern era was characterized by the understanding that the State's monopoly on the use of force also implied a monopoly on the production of law. This understanding was much more of a fiction than a practical observation. It was based on the so-called monist paradigm of law, according to which there is no State without law and no law without the State, as well as the premise that everything that the State does not prohibit, it allows. With this, the source of all rights would be in state power. The understanding of the State and law in the 21st Century is no longer based on this fiction. The plural reality of law is a fact, and the State needs to provide answers. This paper provides a brief approach to this topic based on the reflections developed in the latest books published by the author.¹

2. The origin and development of the State and Law

The close link between the State and the Law is a construction of modernity. The historical analysis of the State demonstrates that in its origins the State was a military association, an

¹ In this sense, see the following books: MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno. Notas para Pensar a Racionalidade Jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022; MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich. Aportes para uma Reflexão Atual sobre Pluralismo e Constituição*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015; MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Curitiba: Juruá, 2013; MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

aristocratic warrior alliance between tribes with similar languages, led by a military leader and followed by free men with the aim of waging war.²

Alongside this purely military function, the State incorporated two others that are very directly linked to it: the tax function and the police function. The State needed to make the necessary material conditions available to the king or military leader. Initially, the forced demand for gifts arises and expands into formal extortion. However, it was the Romans who established a regulated tax system in the provinces. In addition to this tax activity, the State also developed, very early on, police activity, especially to contain cases of insubordination and revolt.³

State judicial power emerged over a long historical path, initially in small States and City-States, then in Great States, in the Roman Empire, in the Carolingian Empire and in England. State legislative power, in turn, emerged in these same States much later. State administrative power itself, partially comparable with current state powers, only emerged in France in the 17th century.⁴

Law, in turn, does not originate in the State, but in the clan, in the domestic community.⁵ The law was defined as an order of habitual behavior, while the State was characterized as a coercive order. The law existed independently of the State. There has historically been no interdependence between the State and the law.

There are four aspects that contribute to giving so much emphasis to the State as a source of law: (i) its participation in the formation of law through the act of legislating; (ii) its participation in the administration of justice through state courts and in part also through other government bodies; (iii) its power to command over state bodies, which serve as an instrument to execute its laws; (iv) the conception that the maintenance of a situation that corresponds to the law is only possible, whether in the first or last instance, through the coercive force of the State.⁶

From the formation of absolutist States, the centralization of law in the State was accompanied by the development of the concept of sovereignty, as an attribute of State Power. At this historical moment, the Judge appears as an agent of the State who enforces the state order.⁷

² EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*. 4th Edition revised and organized by Manfred Rehbinder. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 124-125.

³ EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*, p. 125.

⁴ EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*, p. 125.

⁵ EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*, p. 124-125.

⁶ EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*, p. 125-126.

⁷ EHRLICH, Eugen. *Die juristische Logik*. 2^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1925, p. 92-93.

The transition from the absolutist State to the Rule of Law did not change this centralizing characteristic of law in the State. The revolutions of the 18th century, especially the French Revolution, affirmed the sovereign power of the State to rule the law. The codification of law at the beginning of the 19th century consolidated this understanding.

In this historical trajectory, the work of Hans Kelsen deserves reference. For Kelsen, there is no law without the State and no State without law. The State here is considered as a legal phenomenon. The State is a corporation that differs from other corporations due to its normative order. The State is the community created by a national legal order. The Theory of the State as a Theory of the Rule of Law is the theory in which the State is qualified as a valid legal order. The theory of the Rule of Law is a theory of Objective Law.⁸

In the opinion of historian Eric Hobsbawm (Hobsbawm said this in the 1990s), there is currently a change in the long historical wave of construction and gradual strengthening of territorial States or national States in the political sense of the term. This trend has dominated the developed world since at least the 16th century and until around the 1960s. From the 1960s onwards, this trend appears to have reached its limit. If there is no reversal, this development will lose momentum. According to the historian, perhaps this phenomenon is temporary, but it was reinforced, in the 1970s, by the ideology of neoliberal governments, explicitly directed against the State, to weaken it, to deliberately reverse the historical trend towards strengthening its role, both in the economic area and, in general, in all its functions.⁹

The centralization of law in the State was expressed in the so-called monist paradigm of law. Legal monism identifies all law with the State.

3. From the monist paradigm of law to the pluralist paradigm. The sovereign creation of law and the autonomous creation of law.

Initially, it is important to say that the law is much broader than the State. When we talk about law, we talk about how people relate to each other. Thus, law is essentially a social phenomenon.

Understanding law as a social phenomenon, we can say that the pluralistic paradigm of law is much more suitable for describing the legal phenomenon than the monistic paradigm.

When understanding law from the pluralist paradigm of law, it is possible to say that the State's formal law is just one, quite important, aspect of the concept of law.

⁸ KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Verlag Dr. Max Gehlen, 1966, p. 47.

⁹ HOBBSBAWM, Eric. *O Novo Século*. Entrevista a Antonio Polito. Translated by Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

The theme of the State and law can currently be seen from the distinction between the concepts of sovereignty and autonomy. Within the scope of constitutional law, the concept of autonomy developed in the 20th century to express the power of the member states of a Federation. So, for example, we say that the State of California, in the United States, is an Autonomous State. Or the State of Hidalgo, Mexico. Or the State of São Paulo, in Brazil. Thus, autonomy is a concept that was developed linked to public law, as an expression of the power of self-organization of legal entities governed by internal public law. In addition to the member states, constitutional law also designates municipalities and certain administrative law entities as autonomous.

The concept of autonomy, as it was developed by German civil law in the 19th century, brings new possibilities for understanding the relationship between State and law.¹⁰ The concept of autonomy, as the creation of an objective law, differs from that of private autonomy, understood as the exercise of a subjective right.¹¹

This distinction sheds light on an approach to law produced by autonomous (non-sovereign) legal entities, so common in the reality of 21st century law. As an example of autonomy in the sense of creating objective law, there is the Collective Labor Convention (*Tarifvertrag*) and canon law (*Kirchenrecht*). Within the scope of constitutional law, in the so-called horizontal effectiveness of fundamental rights (*Drittwirkung von Grundrechten*), the concept of autonomy of civil law in the face of fundamental rights is also understood as an expression of objective law.

In the case decided by the Federal Supreme Court of Brazil, involving UBC – Brazilian Union of Composers, the object of the judicial discussion was the objective rule of the association that did not provide for the exclusion of members without due legal process.¹² The association's normative system must comply with the fundamental rights guaranteed in the Constitution. UBC violated the fundamental right of the member, who was excluded from

¹⁰ The concept of autonomy was understood as the general authority to establish itself as a right independent of state law. The competence to create autonomous law was found in legal entities, corporations, unions, associations, or communities. So, for example, RUNDE, Justus Friedrich. *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*. 5th ed., organized by Christian Ludwig Runde. Göttingen: Dieterich, 1817, § 2, p. 2; EICHHORN, Carl Friedrich. *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. Second Part. 4^a ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1835, § 258; GIERKE, Otto. *Das deutsche Genossenschaftsrecht. Erster Band. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1868, p. 3.

¹¹ According to Gierke, autonomy creates objective law, as it is the source of law and is clearly distinguished from subjective law. GIERKE, Otto von. *Deutsches Privatrecht. Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895, p. 143. The concept of private autonomy, on the other hand, appears as a creation of subjective law, according to STOBBE, Otto. *Handbuch des Deutschen Privatrechts*. Vol. 1. Berlin: Wilhelm Hertz Verlag, 1871, p. 148.

¹² RE 201.819

the association without due legal process, not due to the exercise of a subjective right by UBC, but due to the exercise of its autonomy to create objective law, which violated the member's right.

The distinction between the concepts of "autonomy" and "private autonomy" is quite important for understanding the autonomous creation of law today. The objective autonomous law of social organizations can be seen in the rules of Big Techs, which are not an expression of a sovereign power, but of an autonomous power.

Sovereign is only the State, which has the power to force someone to do or not do something. There is only one sovereign law, that of the State. However, autonomous law, in the context of the transnational plurality of today's world, exists many.

Thus, it is possible to speak today of the replacement of the monist paradigm of law by the pluralist paradigm of law. The pluralist paradigm, in the context of a democratic constitutional order, implies that the State still holds sovereign power, the monopoly on the use of force, as Max Weber says.¹³ However, the State no longer has a monopoly on the production of law. In today's world, alongside the sovereign law of the State, there are many autonomous laws, which exist within the state legal order, as well as externally to it, mainly in transnational relations.

4. Modern law as an expression of three levels of legal rationality

Modern law cannot be reduced to the formal legal rationality of the State. It also comprises other rationalities, which I describe as normative legal rationality and material legal rationality. In other words, modern law manifests itself in three different levels of rationality.¹⁴

In terms of legal rationality, formal legal rationality is the place of state legal production, understood both in its legislative activity (statute) and jurisprudence (decisions of state courts). The importance of formal legal rationality lies in the prominent role played by the State. The modern State is the only social organization that has a monopoly on the legitimate use of force. The formalization of law by state authorities implies the absorption, by the legal rationality of the State, of empirical law. This is the legal form. Without the legal form, the law remains in its material state, as it, in fact, regulates social relations. The formalization of law through legal prescriptions in the form of statutes promotes a broad, adequate, and stable social consensus. This formalization, which can also be obtained through jurisdiction

¹³ WEBER, Max. *Politik als Beruf. Gesammelte Politische Schriften*. 5ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1988, p. 506.

¹⁴ MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno. Notas para pensar a racionalidade jurídica*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 173-212.

(decision rules), gives formal contours to the law of great importance for its stabilization and recognition by the political community in a broad sense.

Within the scope of material legal rationality, there is empirical law, that law which, contained in documents, practices, decisions, and extra-state norms, regulates the concrete case independently of state legislation. This level of rationality also includes community law, international law, *lex mercatoria*, doctrine, jurisprudence of community and international courts, custom and codes of good practice. In this classification, European Union regulations would not be state norms *per se*, but extra-state norms.¹⁵ An argument in favor of this understanding is the definition of the European Union as a government and not a State, as an autonomous, non-sovereign power.

At the level of normative legal rationality, there are universally recognized human rights. Human rights are the criterion for the interlegal validity of law.¹⁶ The validity of state law (level of formal legal rationality) and legal pluralism (level of material legal rationality) is based on universal human rights. The level of normative legal rationality does not understand human rights in a unison way, but also considers cultural particularities, articulating transition bridges that will enable dialogue and learning.

The many sources of law, subject to empirical observation, insert the distinction between existence and validity. Validity is the compatibility of the law with the constitutional order, which expresses broad, adequate, and stable social consensus. In this way, within the scope of legal pluralism, the diffuse existence of law requires broad, adequate, and stable social consensus of the constitutional pact.

Kelsen's name is linked to legal monism. According to him, all law is state law. There is no law without the State and no State without law. When Kelsen advocates that the singularity of law is found in state law, he seeks the singularity that unites the plurality that forms society. In the clash with Carl Schmitt over the guardian of the constitution, Kelsen is described as a defender of pluralism.¹⁷ However, Kelsenian pluralism here is not legal, but political.¹⁸ Kelsen is an author who works in the context of the Rule of Law (*Rechtsstaat*), in which state law is at the center of the state's legal system.

¹⁵ HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. Perspectivas do Direito no Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 71-94.

¹⁶ In this sense, see GAILHOFER, Peter. *Rechtspluralismus und Rechtsgeltung*. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 302.

¹⁷ MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da Legitimidade do Controle de Constitucionalidade. *Crítica Jurídica*, Curitiba-PR, v. 1, n.18, 2001.

¹⁸ OUYEN, Robert Chr. van. *Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

In the context of the Constitutional State (*Verfassungstaat*), the center of the legal system is no longer the state-law, but the Constitution. The binary code of law validity – legal/illegal – is replaced by the binary code – constitutional/unconstitutional.¹⁹ The constitutional/unconstitutional binary code is much broader than the legal/illegal code and it is also possible to include autonomous law, an expression of legal pluralism.

Thus, it is possible to speak of the existence of legal pluralism beyond the state-law, but it is not possible to say that there is legal pluralism outside the Constitution. The singular that unites plurality is no longer found in the state-law but is found in the Constitution.

The concept of Constitution is not understood here as a state Constitution, that is, a political document that only organizes the power of the State. By Constitution we also mean a document of society, that is, here we can talk about the concept of political community, which is more comprehensive than the notion of State itself. The Constitution regulates the functioning of democracy, and, in this sense, the Constitution regulates both state power and social powers that act in society.

In this context, the State, with its legitimate monopoly on the use of force, guarantees the validity of the constitutional order. This constitutional order, however, is not a closed, self-centered order, but an open order, which recognizes the existence of a legal pluralism and interacts with it. The sources of law today are many and diverse. The State can regulate legal pluralism both by incorporating rights into state-laws and by deciding on the valid law in the specific case in judicial proceedings. In this aspect, the importance of the jurist stands out. Lawyers, judges, and law professors have a great role in defining law in today's world, as the jurist's role is no longer just to apply state law to the specific case (subsumption process). The jurist today also has the function of constructing the law, for and from a specific case, of a law that is found in other normative orders.

References

- EICHHORN, Carl Friedrich. *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. Second Part. 4^a ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1835.
- EHRlich, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*. 4th Edition revised and organized by Manfred Rehbinder. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.
- EHRlich, Eugen. *Die juristische Logik*. 2^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1925, p. 92-93.
- GAILHOFER, Peter. *Rechtspluralismus und Rechtsgeltung*. Baden-Baden: Nomos, 2016.

¹⁹ According to Neves, the Constitution is the most comprehensive reflective instance of the legal system, permeating all areas of validity - material, temporal, personal and territorial. The Constitution imports a reflective level of the "legal/illegal" code within the system, the constitutional/unconstitutional code. Constitutionality takes precedence over legality. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 59.

- GIERKE, Otto. *Das deutsche Genossenschaftsrecht. Erster Band. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1868.
- GIERKE, Otto von. *Deutsches Privatrecht. Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895.
- HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. Perspectivas do Direito no Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019.
- HOBSBAWM, Eric. *O Novo Século*. Entrevista a Antonio Polito. Translated by Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Verlag Dr. Max Gehlen, 1966.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno. Notas para Pensar a Racionalidade Jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich. Aportes para uma Reflexão Atual sobre Pluralismo e Constituição*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Acerca da Legitimidade do Controle de Constitucionalidade. Crítica Jurídica*, Curitiba-PR, v. 1, n.18, 2001.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- OOYEN, Robert Chr. van. *Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.
- RUNDE, Justus Friedrich. *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*. 5th ed., organized by Christian Ludwig Runde. Göttingen: Dieterich, 1817.
- STOBBE, Otto. *Handbuch des Deutschen Privatrechts*. Vol. 1. Berlin: Wilhelm Hertz Verlag, 1871.
- WEBER, Max. *Politik als Beruf. Gesammelte Politische Schriften*. 5º ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1988.



Pravni letopis 2023 – 2

Opremljanje stavbnega zemljišča

III.

ERMINA DELIĆ KAMENČIĆ, URŠA UŠENIČNIK
Pogodba o komunalnem opremljanju

Pregledni znanstveni članek
UDK 349.4:351.778.511

Pogodba o komunalnem opremljanju

ERMINA DELIĆ KAMENČIĆ
univerzitetna diplomirana pravnica,
vodja pravnega oddelka v družbi
*CORWIN SI, d.o.o.**

URŠA UŠENIČNIK
magistrica prava, pravnica v družbi
*CORWIN SI, d.o.o.**

1. Uvod

Preden pristojni organ izda gradbeno dovoljenje za objekt, preveri, ali iz dokumentacije za pridobitev gradbenega dovoljenja izhaja, da bo za objekt, za katerega se izdaja gradbeno dovoljenje, zagotovljena tudi minimalna komunalna oprema (54. člen Gradbenega zakona – GZ-1).¹ Minimalna komunalna oskrba objekta se določi glede na namen objekta; pri stanovanjskih stavbah na primer obsega oskrbo s pitno vodo in električno energijo, odvajanje odpadnih voda in dostop do javne ceste (3. člen GZ-1). Minimalna komunalna oskrba oziroma opremljenost stavbnega zemljišča je tako pogoj za izdajo gradbenega dovoljenja in je za investitorja bistvena. Opremljanje stavbnih zemljišč ureja Zakon o urejanju prostora (ZUreP-3).²

ZUreP-3 izjemoma dopušča možnost začetka gradnje na komunalno neopremljenem zemljišču ob pogoju, da se hkrati z gradnjo objekta izvede tudi opremljanje zemljišča; investitorju namreč daje možnost, da z občino vstopi v pogodbeno razmerje, v katerem se dogovori o opremljanju zemljišča – bodisi na način, da opremljanje zemljišča zagotovi sam na podlagi pogodbe o opremljanju, bodisi na način, da občini na podlagi pogodbe o priključitvi vnaprej plača komunalni prispevek, opremljanje pa v pogodbeno dogovorjenem roku izvede občina.

Prispevek se osredotoča na pogodbo o (komunalnem) opremljanju, s katero se investitor in občina dogovorita, da bo investitor na lastne stroške zgradil komunalno opremo za opre-

* Izražena stališča in mnenja so zgolj stališča in mnenja avtorjev ter ne izražajo stališča in mnenja družbe CORWIN SI, d.o.o.

¹ Uradni list RS, št. 199/21 in nasl.

² Uradni list RS, št. 199/21 in nasl.

mljanje zemljišč, na katerih namerava graditi, nato pa komunalno opremo neodplačno predal občini. Poleg predstavitve instituta pogodbe o opremljanju prispevek poudari še izbrana vprašanja iz prakse. V tem sklopu se osredotoči na problematiko pridobivanja pravice graditi komunalno opremo na zemljiščih, ki niso v lasti niti investitorja niti občine, ter njihovega prenosa. Prispevek na kratko obravnava tudi pridobivanje gradbenih in uporabnih dovoljenj za komunalno opremo, uskladitev terminskega načrta ter določitev roka za dokončanje opremljanja stavbnega zemljišča.

2. Splošno o opremljanju stavbnih zemljišč

2.1. Opremljanje stavbnega zemljišča

Opremljanje stavbnih zemljišč pomeni projektiranje in gradnjo komunalne opreme ter druge javne infrastrukture, ki so potrebni, da se lahko prostorske ureditve, načrtovane s prostorskimi izvedbenimi akti, izvedejo in namensko uporabijo (157. člen ZUreP-3). Opremljanje stavbnih zemljišč torej omogoča, da se izvedejo objekti, predvideni v aktih, s katerimi se načrtujejo prostorske ureditve (na primer občinski (podrobni) prostorski načrti, zazidalni načrti, odloki o urejanju podobe naselij ipd.) na način, da so za uporabnike takšni objekti dejansko funkcionalni. Opremljeno stavbno zemljišče ima namreč dostop do javnega cestnega omrežja ter možnost izvedbe priključkov na javna elektroenergetska, vodovodna in kanalizacijska omrežja (159. člen ZUreP-3) – vse navedeno pa je za funkcionalen objekt nujno potrebno. ZUreP-3 v 158. členu kot komunalno opremo našteva:

- objekte oziroma omrežja gospodarske javne infrastrukture za izvajanje obveznih lokalnih gospodarskih javnih služb varstva okolja v skladu s predpisi, ki urejajo varstvo okolja (tj. vodovod, kanalizacija);
- objekti oziroma omrežja gospodarske javne infrastrukture za izvajanje izbirnih lokalnih gospodarskih javnih služb v skladu s predpisi, ki urejajo energetiko (tj. električni priključek); in
- javne površine v lasti občine.

Opremljanje stavbnih zemljišč s komunalno opremo praviloma zagotavlja občina,³ financira pa se iz komunalnega prispevka, proračunskih sredstev občine in drugih virov. Drugi viri financiranja komunalne opreme so proračunska sredstva države, sredstva, pridobljena iz različnih skladov, in druga finančna sredstva, ki niso komunalni prispevek (166. člen ZUreP-3).

³ Opremljanje z elektroenergetskim omrežjem zagotavlja izvajalec obvezne državne javne službe distribucije električne energije (157. člen ZUreP-3).

2.2. Gradnja objektov na (ne)opremljenih zemljiščih

Skladno z GZ-1 in ZUreP-3 je gradnja objektov dopustna samo na opremljenih zemljiščih oziroma na zemljiščih, opremljenih s tisto vrsto gospodarske javne infrastrukture, ki jo objekt potrebuje za svoje delovanje (glej 54. člen GZ-1 in tretji odstavek 157. člena ZUreP-3). Gradnja pa se izjemoma lahko dopusti tudi na neopremljenih oziroma delno opremljenih zemljiščih, če:

- se pred ali hkrati z gradnjo objekta zagotavlja tudi opremljanje stavbnih zemljišč z manjkajočo komunalno opremo na podlagi pogodbe o (komunalnem) opremljanju (167. člen ZUreP-3);
- pred ali hkrati z gradnjo objektov občina zagotavlja tudi opremljanje stavbnih zemljišč z manjkajočo komunalno opremo po programu opremljanja stavbnih zemljišč in je sklenjena pogodba o priključitvi (239. člen ZUreP-3) ali
- investitor zagotovi samooskrbo objekta, kadar je ta dopustna (160. člen ZUreP-3).⁴

Investitor, ki želi graditi na še neopremljenem stavbnem zemljišču, ima skladno z veljavno zakonodajo torej poleg čakanja, da njegovo stavbno zemljišče pride na vrsto za komunalno opremljanje s strani občine, tudi možnost, da z občino vstopi v pogodbeno razmerje, v katerem uredi podrobnosti zagotovitve opremljanja zemljišča – bodisi na način, da opremljanje zemljišča zagotovi sam na podlagi pogodbe o opremljanju, bodisi na način, da občini na podlagi pogodbe o priključitvi vnaprej plača komunalni prispevek (za še neobstoječo komunalno opremo), opremljanje pa v pogodbeno dogovorjenem roku izvede občina.

S sklenjeno pogodbo o opremljanju oziroma s pogodbo o priključitvi investitor pred pristojnim upravnim organom izkazuje minimalno komunalno oskrbo objekta v skladu s predpisi, ki urejajo graditev (sedmi odstavek 167. člena oziroma drugi odstavek 239. člena ZUreP-3).

3. Pogodba o opremljanju

Pogodba o opremljanju investitorju daje možnost, da začne graditi, preden je njegovo stavbno zemljišče ustrezno komunalno opremljeno, ob pogoju sočasnega zagotavljanja opremljanja zemljišča s komunalno opremo. Za investitorja, ki želi imeti nadzor nad časovnico izvedbe svojega projekta, bo zato to nedvomno zanimiva možnost, zlasti ob upoštevanju alternative. Če komunalno opremo gradi občina sama, je terminski načrt gradnje investitorja v celoti odvisen od pridobivanja gradbenega dovoljenja za komunalno opremo s strani občine (kar vključuje tudi pridobivanje projektne in druge dokumentacije za pridobitev gradbenega do-

⁴ Samooskrba je dopuščena zgolj izjemoma, če jo dopuščajo (oziroma ne prepovedujejo) predpisi s področja varstva okolja in energetike oziroma izvedbeni prostorski akti (glej 160. člen ZUreP-3).

voljenja), izbire izvajalca na strani občine (skladno s pravili o javnih naročilih) ter pridobivanja uporabnega dovoljenja za komunalno opremo s strani občine; investitorju bo gradnja njegovega objekta dopuščena šele, ko bodo vsi navedeni koraki zaključeni. V primeru pogodbe o opremljanju pa sta pridobivanje dovoljenj ter izgradnja komunalne opreme v celoti v rokah in pod nadzorom investitorja, gradnjo svojega objekta pa lahko začne sočasno z gradnjo komunalne opreme.

Možnost komunalnega opremljanja na podlagi pogodbe o opremljanju pa ni koristna zgolj za investitorja, temveč tudi za občino. Kljub zakonski nalogi občin, da zagotavljajo komunalno opremo na stavbnih zemljiščih, občine pogosto finančno (in časovno) ne zmorejo bremena zagotavljanja komunalne opreme.⁵ Brez alternativ, kot je pogodba o opremljanju (pa tudi pogodba o priključitvi), bi lahko v občinah, ki ne zmorejo ažurnega zagotavljanja komunalne opreme, prišlo do negativnih vplivov na investicijsko aktivnost in dinamiko gradnje v občinah.⁶ Pogodba o opremljanju je tako obojestransko koristen pravni posel, njen končni rezultat pa je zgrajena komunalna oprema, na katero lahko investitor priključi svoj objekt, občina pa pridobi komunalno opremo, zgrajeno skladno s prostorskimi akti in programom opremljanja.⁷

3.1. Predmet pogodbe in pogoji za sklenitev

Pogodba o opremljanju je dogovor med investitorjem in občino, da bo investitor namesto občine zgradil (del) komunalne opreme za opremljanje zemljišč, na katerih namerava graditi, in jo nato brezplačno predal občini (167. člen ZUreP-3). V primeru sklenitve pogodbe o opremljanju vse stroške gradnje komunalne opreme nosi investitor, komunalni prispevek pa se ne odmeri, razen če se nova komunalna oprema posredno ali neposredno priključuje na že obstoječo komunalno opremo oziroma bremeni že zgrajeno komunalno opremo – v tem primeru investitor poravnava sorazmeren del komunalnega prispevka (tretji odstavek 167. člena ZUreP-3).

Občina lahko pogodbo o opremljanju z investitorjem sklene, če:

- ima sprejete podlage za odmero komunalnega prispevka za obstoječo komunalno opremo za območje celotne občine (230. člen ZUreP-3) ali
- za odmero prispevka uporablja nadomestni predpis ministra (231. člen ZUreP-3) in sredstva za opremljanje niso načrtovana v občinskem proračunu za tekoče in prihodnje leto.

Kot je bilo omenjeno v prejšnji točki, s sklenjeno pogodbo o opremljanju investitor pred upravnim organom, pristojnim za gradbene zadeve, izkazuje minimalno komunalno oskrbo

⁵ Štravs in dr., str. 110.

⁶ Prav tam, str. 111.

⁷ Prav tam, str. 112.

objekta v skladu s predpisi, ki urejajo graditev. Navedeno velja pod pogojem, da še ni potekel rok za dokončanje gradnje in predajo komunalne opreme, naveden v pogodbi o opremljanju (167. člen ZUreP-3).

3.2. Vsebina pogodbe o opremljanju

ZUreP-3 v šestem odstavku 167. člena določa, da mora pogodba o opremljanju vsebovati naslednje:

- seznam parcel, ki jih bo opremljal investitor;
- navedbo obstoječe komunalne opreme v tem območju;
- navedbo nove komunalne opreme, ki jo bo zagotovil investitor;
- navedbo obstoječe komunalne opreme, na katero bo investitor priključil novo zgrajeno komunalno opremo iz prejšnje alineje, in pogoje za priključitev novo zgrajene komunalne opreme na obstoječo komunalno opremo;
- rok, v katerem bo investitor zgradil manjkajočo komunalno opremo in jo predal občini;
- zagotovilo, da se bo območje opremljalo na podlagi projektne dokumentacije v skladu s predpisi, ki urejajo graditev, s katero soglaša občina;
- opredelitev nadzornega organa občine, ki bo izvajal nadzor nad kakovostjo izvedbe, skladnostjo izvedbe del s pogodbo o opremljanju in predajo komunalne opreme;
- pravice in dolžnosti investitorja ter roke za odpravo morebitnih nepravilnosti, ugotovljenih pri občinskem nadzoru;
- pravice in dolžnosti občine;
- dogovor o bančnih garancijah (oziroma primerljivem finančnem zavarovanju) s katerima se zavaruje:
 - a) predviden obseg in rok del: v višini največ 20 % vrednosti načrtovane komunalne opreme, ki se predloži ob sklenitvi pogodbe o opremljanju; in
 - b) dobra izvedba del in odprava napak v garancijskem roku: v višini največ 15 % vrednosti zgrajene komunalne opreme (brez vključenih stroškov zemljišč), ki se predloži pred predajo komunalne opreme občini;
- navedbo načina upoštevanja stroškov nove komunalne opreme, če se ta priključuje na obstoječo komunalno opremo, kar je podlaga za izračun pripadajočega dela komunalnega prispevka za obstoječo komunalno opremo; in
- rok, v katerem občina ne bo spreminjala tistega dela prostorskega izvedbenega akta, ki je podlaga za investicije po tej pogodbi in bi lahko vplival na izvedljivost pogodbe o opremljanju; če občina v tem roku spremeni prostorski izvedbeni akt, odgovarja za povzročeno škodo.

3.3. Primopredaja komunalne opreme občini

Ko investitor zgradi komunalno opremo, jo je dolžan brezplačno predati občini; se pa z namenom določitve višine finančnega zavarovanja za dobro izvedbo del in odprave napak v garancijskem roku izgrajena komunalna oprema kljub temu ovrednoti. Investitor je zaradi tega občini pred primopredajo dolžan predložiti finančno dokumentacijo s končnim obračunom, ki je osnova za določitev višine zavarovanja.

Investitor preda občini komunalno opremo s primopredajnim zapisnikom. Primopredaja je uspešna, če

- primopredajni zapisnik podpišeta občina in investitor ter
- investitor občini izroči finančno zavarovanje za dobro izvedbo del in odpravo napak v garancijskem roku.

Občina je dolžna zgrajeno komunalno opremo prevzeti, ko je zanjo izdano uporabno dovoljenje in so zanjo urejene lastniške ter druge stvarnopravne pravice (glej točko 4.2). Če zanjo ni treba pridobiti uporabnega dovoljenja, pa občina prevzame tako komunalno opremo, če iz ugotovitev nadzornega organa občine izhaja, da je ta izvedena v skladu s predpisi, ki urejajo graditev, in pogodbo o opremljanju ter so zanjo urejene lastniške ali druge stvarnopravne pravice (enajsti odstavek 167. člena ZUreP-3). Ne glede na navedeno pa občini komunalne opreme ni treba prevzeti, dokler ni izdano vsaj eno gradbeno dovoljenje za objekt, ki se bo priključil na to komunalno opremo.

4. Izbrana vprašanja iz prakse

4.1. Pravica graditi

Komunalna oprema, ki jo je treba zgraditi zaradi zagotavljanja komunalne opremljenosti stavbnih zemljišč, se določi v prostorskem izvedbenem aktu (tj. občinskem prostorskem načrtu ali občinskem podrobnem prostorskem načrtu), pri čemer je lahko gradnja komunalne opreme predvidena na nepremičninah investitorja, na nepremičninah, na katerih ima občina že pridobljeno pravico graditi, lahko pa je predvidena tudi na nepremičninah, ki so v zasebni lasti in na katerih ne občina ne investitor nimata pridobljene pravice graditi.

Pri sklepanju pogodbe o opremljanju je med občino in investitorjem zato potreben tudi dogovor o tem, katera pogodbeni stranka bo pridobila pravice graditi na tistih nepremičninah, na katerih je predvidena gradnja komunalne opreme in na katerih nobena od njiju nima pravice graditi. Takšen dogovor je potreben, čeprav skladno z ZUreP-3 ni izrecno naveden kot obvezna vsebina pogodbe o opremljanju. Dogovor o pridobivanju pravic graditi se lahko v pogodbo o opremljanju vnese pri določi, ki ureja pravice in dolžnosti občine in investitorja.

Dogovor je pomemben tako zaradi pridobivanja gradbenega dovoljenja za gradnjo komunalne opreme kakor tudi zaradi izpolnitve obveznosti investitorja, da zgrajeno komunalno opremo brezplačno prenese na občino, kar vključuje tudi urejene lastninske in druge stvarne pravice na nepremičninah, na katerih je zgrajena komunalna oprema (glej točko 3.3).

Skladno s 54. členom GZ-1 je pogoj za izdajo gradbenega dovoljenja za gradnjo komunalne opreme, da je investitor v zemljiški knjigi vpisan kot lastnik ali imetnik stvarne pravice, ki mu daje pravico graditi na tuji nepremičnini, na kateri je predvidena gradnja, ali pa to pravico izkazuje z dokazili iz 46. člena GZ-1. Skladno s 46. členom GZ-1 se kot dokazilo o pravici graditi šteje:

- vpisana lastninska ali druga stvarna pravica na nepremičninah, na katerih se bo izvajala gradnja,
- notarsko overjena pogodba o pridobitvi lastninske ali druge stvarne pravice, ki je predlagana za vpis v zemljiško knjigo,
- sodna ali upravna odločba, ki investitorju omogoča gradnjo oziroma izvajanje del,
- sklep o določitvi investitorja kot upravljavca nepremičnine, če gre za nepremičnino v lasti njegovega ustanovitelja, razen če je iz uradnih evidenc razvidno, da je investitor zakoniti upravljavec, ali
- druga listina, ki v skladu z zakonom omogoča gradnjo oziroma izvajanje del.

Najpogostejši stvarni pravici, ki se v praksi pridobivata za namene gradnje komunalne opreme, sta lastninska pravica in služnost, zaradi česar se v nadaljevanju tega prispevka omejujemo zgolj na navedeni stvarni pravici. Lastninska pravica in služnost se pridobita s sklenitvijo pravnega posla in vpisom v zemljiško knjigo, pri čemer se za pravno poslovno pridobitev uporabijo določbe Stvarnopravnega zakonika (SPZ).⁸ V tem primeru se pravila glede omejitve lastninske pravice, ki jih določa ZUreP-3, ne uporabijo. Slednja pridejo v poštev le v primeru, če lastnik nepremičnine zavrne prostovoljno sklenitev pravnega posla za prenos lastninske pravice na občino ali investitorja ali za ustanovitev služnosti v korist občine ali investitorja.

V praksi se pogosto dogaja, da se s pogodbo o opremljanju obveznost pridobivanja pravic graditi na zemljiščih, na katerih se bo gradila komunalna oprema in na katerih niti občina niti investitor nimata pridobljenih pravic graditi, posredno ali neposredno prevali na investitorja objekta. Investitor lahko pri pridobivanju pravic graditi naleti na nepremostljivo oviro, če lastnik zemljišča zavrne njegovo ponudbo za nakup zemljišča ali za ustanovitev služnosti in ne želi skleniti pravnega posla. V tem primeru investitor v nasprotju z občino nima vzvoda oziroma pravne podlage, da bi prisilno omejil lastninsko pravico lastnika zemljišča zaradi javne koristi. Edino občina lahko omeji lastninsko pravico lastniku zemljišča, kadar za to obstaja

⁸ Uradni list RS, št. 87/02 in nasl.

javna korist in so izpolnjeni drugi pogoji iz 202. člena ZUreP-3. Investitor mora biti zato ob sklepanju pogodbe o opremljanju pozoren, da je pridobivanje pravice graditi v pogodbi o opremljanju ustrezno opredeljeno ter da s pogodbo o opremljanju ne prevzame obveznosti, ki jih v praksi ne more izpolniti.

4.2. Primopredaja komunalne opreme in prenos pravic graditi

Kot omenjeno v točki 3.3, je pogoj za primopredajo komunalne opreme, zgrajene skladno s pogodbo o opremljanju, tudi ureditev lastninske ali druge stvarnopravne pravice v korist občine na zemljišču, na katerem je zgrajena komunalna oprema. Prenos lastninske pravice ali drugih stvarnih pravic na zemljišču v korist občine je zakonska in tudi pogodbeno obveznost investitorja.

Če je zemljišče, na katerem je zgrajena komunalna oprema, že v lasti občine ali je v korist občine ustanovljena druga stvarna pravica (na primer služnost), se s prenosom komunalne opreme ne prenašajo stvarne pravice na občino in se šteje, da je izpolnjen zakonski pogoj za primopredajo komunalne opreme ter da je investitor izpolnil svojo zakonsko in pogodbeno obveznost. Če je zemljišče, na katerem je zgrajena komunalna oprema, v lasti investitorja, mora investitor v okviru prenosa komunalne opreme v korist občine prenesti lastninsko pravico na zemljišču ali v korist občine ustanoviti drugo stvarno pravico (na primer služnost). Navedeni primer v praksi ni problematičen, saj občina in investitor skleneta zavezovalni pravni posel (na primer pogodbo o prenosu lastninske pravice ali pogodbo o ustanovitvi služnosti), s katerim se investitor zaveže neodplačno prenesti lastninsko pravico ali ustanoviti nepravo stvarno služnost v korist občine.⁹ Prav tako investitor v korist občine izda zemljiškoknjžno dovolilo, skladno s katerim se občina vpiše v zemljiško knjigo bodisi kot lastnica predmetnega zemljišča bodisi kot služnostna upravičenka.

V praksi so problematični primeri, ko je zemljišče v lasti tretje osebe in je v korist investitorja ustanovljena neprava stvarna služnost za namene gradnje komunalne opreme. SPZ prenosljivosti nepravil stvarnih služnosti (z izjemo služnosti v javno korist) izrecno ne ureja. V skladu z 226. členom SPZ se glede nastanka in prenehanja nepravil stvarnih služnosti smiselno uporabljajo določila, ki urejajo osebne služnosti; konkretno določila, ki urejajo užitek. Med pravila o prenehanju osebnih služnosti spada tudi pravilo, določeno v prvem odstavku 241. člena SPZ. Iz smiselne uporabe tega pravila izhaja, da je tudi neprava stvarna služnost vezana na določeno osebo in zaradi te lastnosti hkrati tudi neprenosljiva.¹⁰ Vprašanje preno-

⁹ Glej prvi odstavek 167. člena ZUreP-2, 215. člen SPZ, 40. člen SPZ in 49. člen SPZ.

¹⁰ Plavšak in dr.: »Značilnost (pravna lastnost) samostojne neprenosljivosti je tesno povezana z drugo skupno značilnostjo nepravil stvarnih služnosti in služnosti v javno korist, in sicer z njihovo vezanostjo na določeno osebo.«

sljivosti neprave stvarne služnosti sicer nima popolnoma enoznačnega odgovora – nekateri avtorji zagovarjajo stališče, da je nepravo stvarno služnost mogoče in dopustno prenesti ob smiselni uporabi pravil za prenos lastninske pravice oziroma hipoteke.¹¹

Če zavzamemo (za investitorja manj ugodno) stališče, da neprava stvarna služnost za gradnjo komunalne opreme, ustanovljena v korist investitorja, samostojno ni prenosljiva, to pomeni, da je investitor kot njen imetnik ne more z razpolagalnim pravnim poslom pravno učinkovito prenesti na občino kot novega imetnika, zaradi česar mora investitor poskrbeti za ustanovitev nove služnosti v korist občine. Neprava stvarna služnost, ki je ustanovljena v korist investitorja (čeprav za gradnjo komunalne opreme), se ne šteje za nepravo stvarno služnost v javno korist, saj niso kumulativno izpolnjeni pogoji iz 226. člena SPZ:

- služnost mora biti ustanovljena v korist osebe, ki upravlja gospodarsko javno infrastrukturo v javno korist, in
- služnost je ustanovljena za namen upravljanja te infrastrukture.

Kadar gre za nepravo stvarno služnost v javno korist, se lahko služnost prenese na novega upravljavca, če se v skladu z zakonom, ki ureja gospodarsko javno infrastrukturo, spremeni oseba, ki upravlja gospodarsko javno infrastrukturo v javno korist. Sodna praksa je še pred zadnjo novelo SPZ, ki je izrecno uredila prenosljivost nepravih stvarnih služnosti v javno korist, zastopala stališče, da so neprave stvarne služnosti v javno korist prenosljive, saj morajo omogočiti funkcionalnost javne infrastrukture, ne glede na to, kdo je njen trenutni upravlja-vec.¹² Enako stališče je bilo sprejeto tudi v pravni teoriji.¹³

4.3. Pridobitev gradbenega in uporabnega dovoljenja

Kadar se komunalna oprema gradi na podlagi pogodbe o opremljanju, je investitor odgovoren za pridobitev gradbenega in uporabnega dovoljenja za komunalno opremo. V tem primeru je investitor odgovoren tudi za pripravo dokumentacije za pridobitev gradbenega dovoljenja, ki mora biti skladna s prostorskimi izvedbenimi pogoji, ki so določeni v prostorskem izvedbenem aktu občine. Skladno s 167. členom ZUreP-3 mora občina podati soglasje k dokumentaciji za pridobitev gradbenega dovoljenja. Investitor mora ob določanju svoje časovnice in roka za dokončanje, ki je obvezna sestavina pogodbe o opremljanju, upoštevati tudi čas, ki ga bo potreboval za pripravo dokumentacije ter pridobitev vseh potrebnih dovoljenj.

¹¹ Juhart in dr., str. 1089.

¹² Glej sklep VSK CDn 199/2019 z dne 13. 11. 2019 in sodbo U 2489/2008 z dne 14. 10. 2009.

¹³ Plavšak in dr.: »Služnost v javno korist ima dodatno značilnost, da je vezana na pravico upravljati gospodarsko javno infrastrukturo. Zato pravno dejstvo, ki povzroči, da določena oseba pridobi pravico upravljati omrežja in naprave gospodarske javne infrastrukture ustrezne vrste, hkrati povzroči, da nanjo preide služnost v javno korist, ustanovljena za potrebe upravljanja te infrastrukture.«

V upravnem postopku za pridobitev gradbenega in uporabnega dovoljenja investitor nastopa kot pooblaščenec občine skladno z Zakonom o splošnem upravnem postopku (ZUP).¹⁴ Kot zanimivost: kljub temu da pogodba o opremljanju vsebuje določbo, s katero občina pooblašča investitorja za zastopanje v upravnem postopku za pridobitev gradbenega in uporabnega dovoljenja, upravni organi, pristojni za gradbene zadeve, skladno s 55. členom ZUP pogosto zahtevajo predložitev ločenega pooblastila.

4.4. Uskladitev terminskega načrta gradnje komunalne opreme in objekta

Skladno z GZ-1 je pogoj za izdajo gradbenega dovoljenja za objekt investitorja dokazilo, da je zagotovljena minimalna komunalna oskrba objekta, kar investitor dokazuje tudi s sklenjeno pogodbo o opremljanju, če še ni potekel rok za izgradnjo in predajo komunalne opreme (167. člen ZUreP-3). Če se je sočasno z gradnjo objekta zagotavljalo tudi opremljanje stavbnih zemljišč po pogodbi o opremljanju, se uporabno dovoljenje za objekt lahko izda le, če je bila zgrajena in v uporabo občini predana vsa predvidena komunalna oprema. Navedene določbe GZ-1 in ZUreP-3 nakazujejo, da sta gradnja objekta in gradnja komunalne opreme, na katero se bo priključil objekt, neločljivo povezani, zaradi česar je bistveno, da sta gradnji tudi časovno usklajeni. Kadar komunalno opremo gradi investitor objekta na podlagi sklenjene pogodbe o opremljanju, je investitor tisti, ki je odgovoren za projektno dokumentacijo, pridobitev gradbenega in uporabnega dovoljenja za komunalno opremo, za izbiro projektanta in izbiro izvajalca. V tem primeru ima investitor večji nadzor nad gradnjo komunalne opreme in lahko gradnjo objekta časovno uskladi z gradnjo komunalne opreme. Pri tem pa ima občina prav tako nadzor nad gradnjo komunalne opreme, saj se s pogodbo o opremljanju opredeli tudi nadzorni organ občine, ki izvaja nadzor nad kakovostjo izvedbe in skladnostjo izvedbe del s pogodbo o opremljanju, prav tako pa je investitor zavezan komunalno opremo zgraditi in občini predati v pogodbeno dogovorjenem roku.

Če občina sama gradi komunalno opremo brez sklenjene pogodbe o opremljanju, je časovna izvedba gradnje investitorja objekta v celoti odvisna od:

- pridobivanja gradbenega dovoljenja občine za komunalno opremo;
- izbire projektanta in izvajalca gradbenih del na strani občine, pri čemer je lahko postopek izbire projektanta in izvajalca gradbenih del dolgotrajen, saj je občina zavezana k postopku javnega naročanja skladno z Zakonom o javnem naročanju (ZJN-3),¹⁵ pri čemer neizbrani ponudniki v postopkih javnega naročanja pogosto vlagajo zahteve za revizijo zoper odločitev o izbiri ponudnika;

¹⁴ Uradni list RS, št. 24/06 in nasl.

¹⁵ Uradni list RS, št. 91/15 in nasl.

- poteka gradnje komunalne opreme na strani občine, pri čemer se lahko občina ukvarja z zamudami na strani izvajalca ali naleti na arheološke najdbe ali rešuje druge težave, ki ovirajo dokončanje gradnje komunalne opreme;
- pridobivanja uporabnega dovoljenja za komunalno opremo.

Kakršnakoli zamuda z gradnjo komunalne opreme lahko povzroči zamudo na strani investitorja, ki ali ne more izvajati gradnje ali ne more pridobiti uporabnega dovoljenja za objekt.

4.5. Določitev roka za dokončanje

Skladno s 167. členom ZUreP-2 je bistvena sestavina pogodbe o opremljanju tudi rok za dokončanje, pri čemer navedeni rok ne pomeni roka, v katerem mora biti komunalna oprema zgolj zgrajena, ampak pomeni rok, v katerem mora biti ta predana občini. Navedeno pomeni, da mora investitor pri določitvi roka za dokončanje upoštevati čas, ki je potreben za:

- pridobivanje pravic graditi, če jih je dolžan pridobiti investitor in če te še niso pridobljene;
- pridobitev pravnomočnega gradbenega dovoljenja za komunalno opremo, ki je podlaga za začetek gradnje;
- izgradnjo komunalne opreme;
- pridobitev pravnomočnega uporabnega dovoljenja za komunalno opremo;
- prenos komunalne opreme na občino, kar vključuje tudi ureditev lastninske in druge stvarne pravice na zemljiščih, na katerih je zgrajena komunalna oprema.

Določitev primerne roka za dokončanje je za investitorja bistvena, saj ima občina v primeru zamude pravico unovčiti bančno garancijo za dobro izvedbo del ali drugo finančno zavarovanje, ki ga je moral občini izročiti investitor, kar lahko vodi v finančno izgubo na strani investitorja.

5. Sklep

Gradnjo komunalne opreme praviloma zagotavljajo občine. Vendar se v praksi lahko zgodi, da občina komunalne opreme za stavbno zemljišče, na katerem želi investitor realizirati svojo investicijo, še ni zagotovila ter gradnja komunalne opreme za to zemljišče iz takšnih ali drugačnih razlogov še ni predvidena. Ker je opremljenost stavbnega zemljišča pogoj za gradnjo objekta, bi se v opisani situaciji investitorji lahko znašli v položaju, ko bi bila izvedba njihove investicije v celoti prepuščena časovnici ter (finančnim) zmogljivostim občine. Pogodba o opremljanju pomeni rešitev za opisani položaj, saj daje investitorju možnost, da se z občino dogovori, da bo komunalno opremo za svoj objekt zagotovil sam, na svoje stroške ter jo po izgradnji predal občini. Tako investitor pridobi nadzor nad izvedbo svoje investicije, občina pa komunalno opremo.

Pri pogodbi o opremljanju gre torej za obojestransko koristen pravni instrument, ki so mu bile občine v času veljavnosti Zakona o prostorskem načrtovanju (ZPNačrt)¹⁶ in Zakona o urejanju prostora (ZUreP-1)¹⁷ praviloma naklonjene. Prva novela Zakona o urejanju prostora (ZUreP-2)¹⁸ pa je prinesla spremembo, ki je določala obveznost poročuna stroškov investitorja, če vrednost komunalne opreme po pogodbi o opremljanju presega vrednost odmerjenega komunalnega prispevka za novo komunalno opremo (glej peti odstavek 157. člena ZUreP-2). Navedena sprememba je v praksi negativno vplivala na pripravljenost občin za sklepanje pogodbe o opremljanju; praksa sklepanja tovrstnih pogodb pa je v času veljavnosti ZUreP-2 zamrla. ZUreP-3 ne vsebuje več obveznosti poročuna stroškov, čas pa bo pokazal, ali bo prišlo do ponovne spremembe prakse ali bo pogodba o opremljanju (ostala) zgolj mrtva črka na papirju.

Literatura

JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato. *Stvarnopravni zakonik (SPZ) (neuradno prečiščeno besedilo) s komentarjem*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije: Pravna fakulteta; v Mariboru: Pravna fakulteta, 2016.

TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato. *Omejitve lastninske pravice in posebni pravni režimi na nepremičninah*. Ljubljana: GV Založba, 2009.

RIJAVEC, Vesna, in dr. *Pravna ureditev nepremičnin*. Ljubljana: GV Založba, 2006.

PLAVŠAK, Nina, VRENČUR, Renato. Prenosljivost in časovna omejenost nepravih stvarnih služnosti in služnosti v javno korist. *Podjetje in delo*, 2016, št. 8, str. 1407.

ŠTRAUS, Luka, DEKLEVA, Jože, IVANIČ, Luka. *Opremljanje stavbnih zemljišč: komunalni prispevek, pogodba o opremljanju; praktični primeri*. Ljubljana: GV Založba, 2010.

¹⁶ Uradni list RS, št. 33/07 in nasl.

¹⁷ Uradni list RS, št. 110/02 in nasl.

¹⁸ Uradni list RS, št. 61/17 in nasl.



Pravni letopis 2023 – 2

Pravo migracij

IV.

ROK ŠARIČ

Navidezna vseobsežnost načela non-refoulement

Navidezna vseobsežnost načela *non-refoulement*

ROK ŠARIČ
študent dodiplomskega
študijskega programa pravo 1. stopnje
na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

1. Uvodna umestitev načela *non-refoulement*

Načelo nevračanja (*non-refoulement*) je načelo, ki varuje ljudi pred vračanjem v okolja in situacije, v katerih bi njihovo življenje lahko bilo ogroženo. Načelo nevračanja je absolutna pravica po mednarodnem pravu, ki varuje vsakogar, ki mu grozi pregon, mučenje, nečloveško ali ponižujoče ravnanje ali nepopravljiva škoda. Varstvo, ki izhaja iz načela nevračanja, ni pogojeno s priznanjem statusa begunca po nacionalnem pravu. Skladno z mednarodnim pravom imajo države pravico nadzorovati vstop, prebivanje in nadzor tujcev, a ob upoštevanju drugih mednarodnopravnih obveznosti, vključno z načelom nevračanja.¹ Načelo nevračanja torej v tem smislu omejuje državno suverenost.²

Načelo nevračanja zajema tudi prepoved posrednega vračanja,³ prav tako pa velja, da je dolžnost nevračanja vzpostavljena že zaradi potencialnih možnosti pregona v državi. Če država spoštuje načelo nevračanja, dejansko nikoli ne more zares ugotoviti, ali bi do kršitve človekovih pravic z vračanjem prišlo.⁴ Obstoj elementov tveganja v državi, v katero naj bi se posameznik vračal, se presoja ob upoštevanju okoliščin, ki so obstajale v času izvedbe vračanja in so bile državnim organom znane oziroma bi jim morale biti znane.⁵

¹ Bardutzky in dr., str. 202.

² Prav tam, str. 203.

³ Prav tam, str. 215.

⁴ Prav tam, str. 216.

⁵ Sodba VS RS I Up 23/2021 z dne 9. 4. 2021.

Osnovno definicijo načela nevračanja najdemo v 33. členu Konvencije o statusu beguncev 1950 (Ženevska konvencija).⁶ Izrecno prepoved vračanja je vsebovala že Konvencija o statusu beguncev iz leta 1933.⁷ Prvi odstavek 33. člena Ženevske konvencije določa, da nobena država pogodbenica »na nikakršen način begunca ne bo izgnala ali prisilno vrnila na meje ozemlja, kjer bi bila njegovo življenje ali svoboda ogrožena zaradi njegove rase, vere, državljanstva, pripadnosti neki določeni družbeni skupini ali določenega političnega prepričanja«.

Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP) izrecno zapisanega načela *non-refoulement* na enak način kot 33. člen Ženevske konvencije ne vsebuje, vendar skladno z razlago Evropskega sodišča za človekove pravice⁸ 3. člen EKČP, ki prepoveduje mučenje, nečloveško in ponižujoče ravnanje, vsebuje tudi varstvo pred vračanjem v smislu načela *non-refoulement*.

Načelo nevračanja ureja tudi osmi odstavek 22. člena Ameriške konvencije o človekovih pravicah (1969).

Načelo nevračanja v posredni ali neposredni obliki vsebujejo tudi mnogi mednarodnopravni dokumenti. Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah⁹ (MPDPP) ne vsebuje izrecne reference na načelo *non-refoulement*,¹⁰ a se določba 7. člena MPDPP¹¹ razlaga na način, da vsebuje tudi načelo nevračanja.¹² Enako velja za Konvencijo proti mučenju,¹³ ki vsebuje prepoved vračanja v 3. členu, ki se skladno z večkratno razlago Odbora proti mučenju nanaša tudi na prosilce za azil in na ravnanje države kjerkoli.¹⁴

Tudi Konvencija o otrokovih pravicah¹⁵ v 37. členu izrecno prepoveduje vračanje otrok.

⁶ Konvencijo o statusu beguncev je sprejela Diplomatska konferenca Združenih narodov o statusu beguncev in oseb brez državljanstva 28. julija 1951 v skladu z resolucijo št. 429 (V) Generalne skupščine z dne 14. decembra 1950. Konvencija je začela veljati 22. aprila 1954.

⁷ Gammeltoft-Hansen, str. 83.

⁸ Goodwin-Gill, McAdam, str. 210; glej tudi zadevi *Soering proti Združenemu kraljestvu* in *T. I. proti Združenemu kraljestvu*.

⁹ Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah, sprejet z resolucijo št. 2200A (XXI) Generalne skupščine Združenih narodov z dne 16. decembra 1966.

¹⁰ Gammeltoft-Hansen, str. 84.

¹¹ Prepoved mučenja, nečloveškega in ponižujočega ravnanja.

¹² UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10. marec 1992, URL: <https://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>.

¹³ Konvencija proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju, sprejeta z resolucijo št. 39/46 Generalne skupščine Združenih narodov z dne 10. decembra 1984.

¹⁴ Goodwin-Gill in McAdam, str. 248.

¹⁵ Konvencija o pravicah otroka, sprejeta z resolucijo št. 44/25 Generalne skupščine Združenih narodov z dne 20. novembra 1989.

Glede na to, da je načelo nevračanja vsebovano posredno ali neposredno v več mednarodnih dokumentih, nekateri avtorji domnevajo, da je del mednarodnega običajnega prava¹⁶ in da gre celo za *ius cogens*.¹⁷

2. Razmejitev načela non-refoulement in preostalih mehanizmov varstva po EKČP

Poleg 3. člena vsebuje EKČP še dve določbi v povezavi s prepovedjo vračanja, in sicer 4. člen 4. Protokola k EKČP, ki prepoveduje kolektivni izgon, in 1. člen 7. Protokola k EKČP, ki ureja procesna jamstva v primeru izгона tujcev.

Tako 4. člen 4. Protokola k EKČP ne prepoveduje individualnega izгона tujcev, saj to ureja 1. člen 7. Protokola.¹⁸ Člen 4 veže države pogodbenice EKČP ne glede na to, ali so prosilci vstopili na teritorij zakonito ali nezakonito.¹⁹ Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) je v svoji sodni praksi večkrat poudarilo, da država ne more opravičevati svojih dejanj, nekompatibilnih s standardi EKČP, z notranjimi problemi glede upravljanja migracij ali sprejema prosilcev za mednarodno zaščito,²⁰ prav tako to velja za sklicevanje na Dublinski sistem²¹ (tj. pravo EU).²² Sklicevanje na kršitev 4. člena 4. Protokola k EKČP bo uspešno le, če je bila za prosilce izdana odločba o vrnitvi oziroma je *de facto* prišlo do vrnitve, pri čemer nista ključna število izgnanih ljudi in stopnja homogenosti skupine izgnanih ljudi.²³ Kolektivni izgon lahko prizadene tako državljane kot tudi osebe, ki na območju določene države bivajo zakonito, ali osebe, ki jih državni organ prestreže na meji pred vstopom v državo.²⁴ Če načelo nevračanja razumemo v smislu, da se nanaša strogo le na situacije, ko je prosilec že prisoten v državi, je prepoved kolektivnega izгона od načela nevračanja širša.

¹⁶ Gammeltoft-Hansen, str. 88.

¹⁷ Prav tam.

¹⁸ Harris, O'Boyle, str. 949.

¹⁹ Prav tam, str. 950.

²⁰ *Khlaifia in ostali proti Italiji* (par. 241).

²¹ Uredba (EU) št. 604/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o vzpostavitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito, ki jo v eni od držav članic vložijo državljani tretje države ali oseba brez državljanstva (Dublinski sistem ali Uredba Dublin III).

²² Harris, O'Boyle, str. 952.

²³ Bardutzky in dr., str. 218.

²⁴ Sodba in sklep UPRS I U 1686/2020-126 z dne 7. 12. 2020, točka 247.

Tako 1. člen 7. protokola k EKČP ne ureja prepovedi izгона, ampak ureja procesna jamstva v primeru individualnega izгона tujca, nanaša pa se le na tiste tujce, ki so na teritoriju države pogodbenice prisotni zakonito.²⁵

3. Obseg načela nevračanja

Prihod na ozemlje države pogodbenice Ženevske konvencije osebi še ne zagotavlja pravice, da bo njena prošnja za mednarodno zaščito obravnavana prav v tej državi. Države se na primer pogosto sklicujejo na t. i. *protection elsewhere regimes* – gre za domnevo, da naj prosilec za mednarodno zaščito (v nadaljevanju: prosilec) zanj raje zaprosi v eni izmed drugih držav, skozi katere je že potoval. Kljub pogostemu prepričanju, da mora prosilec zaprositi za mednarodno zaščito v katerikoli prvi varni državi, kamor pride, opustitev prošnje v prvi varni državi ni podlaga za zavrnitev prošnje za dodelitev statusa begunca.²⁶ Drugi razlogi za vzpostavitev dolžnosti, da prosilec išče mednarodno zaščito v drugi državi, kot tisti, ki so naštet v členih 1D in 1E Ženevske konvencije,²⁷ ne obstajajo.²⁸

Člen 32²⁹ Ženevske konvencije ureja dopustnost pošiljanja begunca v državo, kjer ne bo preganjan. Če pride do vračanja po 32. členu, obstaja dolžnost držav, da zagotovijo spoštovanje pridobljenih pravic – skoraj v vseh primerih mora biti ciljna država vračanja po 32. členu tudi država pogodbenica Ženevske konvencije. Izjema od tega je, če gre za državo, ki je *de facto* udeležena v mednarodnem begunskem sistemu, ni pa formalno pogodbenica Ženevske konvencije.³⁰ Po mednarodnem pravu je namreč nujno, da je osebi v državi, kamor bo izgnana, nudena vsaj enaka raven zaščite, kot bi ji bila v državi pogodbenici Ženevske konvencije, da lahko izključimo obravnavo te osebe kot begunca.³¹ Nadalje je izgon po 32. členu mogoč takrat, ko za izgnano osebo ne bo pomenil tveganja pregona ali vračanja, ki bi kršil 33. člen

²⁵ Harris, O'Boyle, str. 958.

²⁶ Hathaway, Foster, str. 30.

²⁷ Člena 1D in 1E določata, da se Ženevska konvencija ne uporablja za osebo, ki ji pristojne oblasti države, v kateri prebiva, priznavajo pravice in dolžnosti, ki pripadajo državljanu te države, in za osebo, pri kateri obstajajo resni razlogi za sum, da je storila kaznivo dejanje proti miru, vojni zločin ali zločin proti človečnosti, kot jih določajo mednarodni instrumenti, ki sankcionirajo ta kazniva dejanja; da je storila hudo nepolitično kaznivo dejanje zunaj države pribežališča, preden je bila sprejeta vanjo kot begunec; ali da je kriva dejanj, ki so v nasprotju s cilji in načeli Združenih narodov.

²⁸ Hathaway, Foster, str. 35.

²⁹ Prvi odstavek 32. člena Ženevske konvencije določa: »Države pogodbenice begunca, ki je zakonito na njihovem ozemlju, izženejo le, če za to obstajajo razlogi nacionalne varnosti ali javnega reda.«

³⁰ Hathaway, Foster, str. 35.

³¹ *Al-Rahal proti Ministrstvu za priseljevanje in multikulturne zadeve*, Zvezno sodišče Avstralije, 50.

Ženevske konvencije.³² Poleg tega načelo nevračanja tudi prepoveduje državam, da na teritoriju pod svojo jurisdikcijo ustvarjajo razmere, ki bi same po sebi prisilile ljudi, da se vrnejo v nevarne situacije. Država lahko po mednarodnem pravu sicer zapre svoje meje (na primer začasno, med izrednimi zdravstvenimi krizami), vendar mora spoštovati načelo nevračanja tudi v takih izrednih okoliščinah. Enako velja za situacijo, ko bi v državo prišlo neobičajno veliko prosilcev naenkrat (t. i. *mass influx*, denimo ob začetku vojne) – tudi v takem primeru mora država spoštovati prepoved vračanja,³³ čeprav bi veliko število prosilcev lahko obremenilo njen azilni sistem (so pa za to na voljo mehanizmi, kot je začasna zaščita v smislu Direktive Sveta 2001/55/ES z dne 20. julija 2001 o najnižjih standardih za dodelitev začasne zaščite v primeru množičnega prihoda razseljenih oseb in o ukrepih za uravnoteženje prizadevanj in posledic za države članice pri sprejemanju takšnih oseb – Direktiva Sveta 2001/55/ES o začasni zaščiti³⁴).

Na splošno imajo države na podlagi omenjene direktive dolžnost, da se izogibajo vračanju (*refoulement*),³⁵ kar zajema tudi vračanje v *prima facie* varno državo, ki se kasneje izraža v vračanju v nasprotju z načelom nevračanja, torej v verižnem vračanju (*chain refoulement*). ESČP je (tudi) o tem odločalo v zadevi *T. I. proti Združenemu kraljestvu*, pri čemer je sodišče jasno povedalo, da vračanje prosilca v državo, ki sicer je pogodbenica Ženevske konvencije, skladno s t. i. Dublinskim sistemom nikakor ne zmanjša odgovornosti Združenega kraljestva, če je prosilec posledično vrnjen v okolje, kjer bo deležen ponižujoče ali nečloveške obravnave. Prav tako, je dodalo sodišče, se država ne more zanašati na to, da če prosilca vrača skladno z Dublinskim sistemom, to pomeni razbremenitev odgovornosti glede spoštovanja načela nevračanja. Podobno je odločila tudi Lordska zbornica, ki je v eni izmed svojih zadev³⁶ poudarila, da pomeni vračanje prosilca v tretjo državo, ki bi ga lahko vrnila v državo, kjer bo preganjan, kršitev načela nevračanja.

Nadalje se prepoved vračanja razteza tudi na situacije, ko obstaja nevarnost procesnih nepravilnosti v državi, kamor se prosilca vrača. Ko se države ravnaajo skladno z Dublinskim sistemom, morajo kljub temu zagotoviti, da prosilec ne bo vrnjen v državo, kjer bi prišlo do kršitve 3. člena EKČP, torej kršitve prepovedi mučenja, nečloveškega in nehumanega ravnanja.³⁷

³² Hathaway, Foster, str. 36.

³³ Feller, Türk, Nicholson, str. 179.

³⁴ UL L 212, 7. 8. 2001, str. 12–23.

³⁵ Prav tam.

³⁶ *Regina proti Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*, House of Lords.

³⁷ *MSS proti Belgiji in Grčiji*, 342.

4. Dileme glede uporabljivosti *ratione loci*

Največ dilem glede obsega načela nevračanja se pojavlja v zvezi z uporabljivostjo *ratione loci*, torej teritorialnim učinkovanjem načela. Nekateri komentatorji Ženevske konvencije zagovarjajo stališče, da načelo nevračanja varuje zgolj prosilce, ki so že vstopili na teritorij države pogodbenice, zakonito ali protizakonito, ne pa tudi prosilcev, ki se na teritoriju še ne nahajajo, pa so denimo za vstop zaprosili.³⁸ Kljub temu velja, da se načelo nevračanja razteza tudi na območja, ki sicer ne spadajo pod teritorij države pogodbenice, ampak na njih država izvršuje svojo jurisdikcijo ekstrateritorialno.³⁹

V komentarju Ženevske konvencije je tako poudarjeno, da se 33. člen uporablja za vse prosilce, ki so fizično prisotni na teritoriju države pogodbenice, ne glede na to, ali je zadevni prosilec upravičen do varstva po 31. členu,⁴⁰ ki prepoveduje državam kaznovati prosilce na podlagi njihovega nezakonitega vstopa ali bivanja v državi. Enako kot 31. člen se mora skladno s komentarjem tudi 33. člen razlagati na način, da se nanaša le na osebe, ki so begunci v smislu 1. člena Ženevske konvencije.⁴¹

V komentarju je nadalje navedeno, da se sicer *refoulement* lahko nanaša tudi na situacijo nesprejema na meji,⁴² a je jasno, da beseda *refoulement* v smislu 33. člena konvencije tega ne zajema. Iz tega razlogovanja po komentarju torej izhaja, da če država pogodbenica svoje mejne organe postavi neposredno na mejo oziroma mejo na podoben način ogradi, lahko na tak način država prepreči vstop komerkoli na svoje ozemlje brez predhodnega dovoljenja, ne da bi kršila 33. člen Ženevske konvencije.

Glavni nasprotni argument pravkar povedanemu o obsegu načela nevračanja, v smeri, da načelo varuje tudi prosilce na meji države pogodbenice, ki jih ta na svoje ozemlje ne (želi spustiti) spusti, je, da bi bilo nelogično nuditi večjo zaščito tistim prosilcem, ki mejo prečkajo tudi nezakonito, kot tistim, ki pridejo v stik z mejnimi organi države zakonito, pa jih ta na ozemlje ne spusti.⁴³

³⁸ Gammeltoft-Hansen, str. 45.

³⁹ Prav tam, str. 46.

⁴⁰ Prvi odstavek 31. člena Ženevske konvencije določa: »Države pogodbenice ne uporabljajo kazenskih sankcij za begunce zaradi nezakonitega vstopa ali navzočnosti, če so prišli neposredno z ozemlja, kjer sta bila njihovo življenje ali svoboda ogrožena v smislu 1. člena in ki so nedovoljeno vstopili ali se nahajajo na njihovem ozemlju, pod pogojem, da se brez odlašanja prijavijo oblastem in jim pojasnijo razloge, ki so priznani kot veljavni, za njihov nezakonit vstop ali navzočnost.«

⁴¹ Grahl-Madsen, str. 227.

⁴² Prav tam, str. 229.

⁴³ Prav tam, str. 46.

Podporo za širše razumevanje učinkovanja načela nevračanja najdemo tudi v pripravah na oblikovanje 33. člena Ženevske konvencije, v okviru katerih so države intenzivno razpravljale o tem, ali načelo nevračanja varuje tudi prosilce za mednarodno zaščito, katerih prošnje bi država zavrnila zaradi razlogov javnega miru ali nacionalne varnosti. Tudi potencialna zavrnitev prošnje za mednarodno zaščito skladno s 1. členom Ženevske konvencije države ne odvezuje spoštovanja načela nevračanja – čeprav država prosilca ne želi sprejeti, ga lahko še vedno usmeri na območja zunaj svojega teritorija, kjer njegovo življenje ne bo ogroženo, pa s tem ravna v skladu s 33. členom Ženevske konvencije.⁴⁴

Beseda *refouler* skladno z razlago po belgijskem in francoskem pravu zajema tudi situacijo nesprejema na meji, iz česar lahko izhaja obveznost spoštovanja načela nevračanja tudi v primeru, ko mejni organi prosilca za azil na teritorij države ne sprejmejo. V teoriji pa se dvom torej pojavlja v zvezi s tem, ali je treba besedo *refouler* oziroma *refoulement* na tak način razlagati tudi glede 33. člena Ženevske konvencije. Lordska zbornica je v eni izmed svojih odločitev⁴⁵ poudarila, da je bil besedi *refoulement* skladno s četrtnim odstavkom 31. člena Dunajske konvencije o pravu pogodb (Dunajska konvencija)⁴⁶ dan poseben pomen, zato se mora pojem razlagati glede na ta posebni namen, ne pa glede na siceršnje razlage besede v kontekstu nacionalnih pravnih redov. Lordska zbornica kot argument proti širši geografski razlagi obsega 33. člena dodaja še, da je fokus Ženevske konvencije varstvo in obravnava beguncev znotraj države prihoda.⁴⁷

Kljub obstoju argumentov proti široki interpretaciji načela nevračanja po Ženevski konvenciji nekatera praksa držav podpisnic kaže na to, da države štejejo, da načelo nevračanja obvezuje tudi v situacijah na mejah.⁴⁸ Nekaterе države v praksi načelo nevračanja uporabljajo v vseh situacijah, ko prosilec zaprosi za vstop v državo – na meji ali že znotraj teritorija države.⁴⁹ Enako velja za pravo EU, Direktiva Sveta 2005/85/ES z dne 1. decembra 2005 o minimalnih standardih glede postopkov za priznanje ali odvzem statusa begunca v državah članicah (Direktiva 2005/85/ES)⁵⁰ denimo v drugem odstavku 20. člena določa obveznost držav članic spoštovati načelo *non-refoulement*, v prvem odstavku 3. člena pa določa, da se direktiva uporablja za vse prošnje za azil, vložene na ozemlju države članice, vključno na meji ali na tranzitnih

⁴⁴ Prav tam, str. 49.

⁴⁵ *Regina (European Roma Rights Centre and others) proti Immigration Officer at Prague Airport*, House of Lords.

⁴⁶ Četrti odstavek 31. člena Dunajske konvencije določa: »A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.«

⁴⁷ Gammeltoft-Hansen, str. 62.

⁴⁸ Prav tam, str. 74.

⁴⁹ Goodwin-Gill, McAdam, str. 208.

⁵⁰ UL L 326, 13. 12. 2005, str. 13–34.

območjih države članice, ter za odvzem statusa begunca. Tudi ESČP je v eni svojih odločb obsodilo Litvo za kršitev 3. člena EKČP, ki kot rečeno zajema tudi načelo nevračanja, zaradi tega, ker ruski družini na meji med Litvo in Rusijo ni omogočila podaje prošnje za mednarodno zaščito in jo je vrnila v Belorusijo.⁵¹

Vseeno pa praksa držav pri razumevanju načela nevračanja nikakor ni enotna, po mnenju mejnih organov ZDA denimo 33. člen Ženevske konvencije ne pride v poštev glede ravnanj Obalne straže ZDA v mednarodnih vodah.⁵²

Razlaga načela nevračanja, širša ali ožja, nikakor še ni enotna v teoriji ali praksi, čeprav včasih načelo nevračanja pomeni zadnjo varovalko prosilcev za azil in temelj za vse druge konvencijske pravice.

Volja držav pogodbenic Ženevske konvencije glede teritorialne razsežnosti 33. člena skladno z doktrino učinkovitosti Herscha Lauterpachta⁵³ ne sme biti presojana v izolaciji, ampak mora biti razlagana skladno s trenutno prakso držav, da se zagotovi največja učinkovitost mednarodne pogodbe – interpretacija, ki bi se v pretirani meri držala besed in namenov piscev besedila pogodbe, je torej vseeno lahko pomanjkljiva, če ob razlagi ne upoštevamo trenutne situacije in prakse držav.⁵⁴ Že sam komentar Ženevske konvencije ne nazadnje navaja, da konvencija ne sme biti razlagana v vakuumu, brez upoštevanja zgodovinskih in družbenih dejstev.⁵⁵

5. Omejitve načela nevračanja

Načelo nevračanja samo po sebi ne ustvarja obveznosti države, da dovoli prosilcu, da biva na njenem ozemlju.⁵⁶ Drugi odstavek 33. člena Ženevske konvencije določa, da se na načelo nevračanja ne more sklicevati prosilec oziroma begunec, ki zaradi resnih razlogov velja za nevarnega za varnost države, v kateri je, ali ki glede na to, da je bil pravnomočno obsojen za posebno težko kaznivo dejanje, pomeni nevarnost za skupnost te države. Nevarnost v smislu drugega odstavka 33. člena se nanaša na trenutno ali prihodnjo nevarnost.⁵⁷ *Travaux préparatoires* Ženevske konvencije ne definirajo podrobneje, kaj nevarnost za skupnost države pomeni. Eno samo kaznivo dejanje se verjetno ne more razumeti kot nevarnost za skupnost, razen če gre za na primer kaznivo dejanje, nastrojeno proti skupnosti sami.

⁵¹ *MA in ostali proti Litvi.*

⁵² Gammeltoft-Hansen, str. 77.

⁵³ Lauterpacht, str. 229.

⁵⁴ Gammeltoft-Hansen, str. 96.

⁵⁵ Grahl-Madsen, str. 243.

⁵⁶ Prav tam, str. 232.

⁵⁷ Grahl-Madsen, str. 234.

6. Sklep

Kljub temu da se na načelo nevračanja pogosto sklicujemo kot na vseobsegajočo varovalko v mednarodnem begunskem sistemu, vidimo, da razumevanje načela ni enotno niti na teoretični niti na praktični ravni. Vendar to ne zmanjšuje pomena načela nevračanja, ki je podlaga za izvrševanje preostalih pravic po Ženevski konvenciji.

Literatura

- BARDUTZKY, Samo, idr. *Uvod v pravo migracij in mednarodne zaščite*. Ljubljana: Založba Pravne fakultete, 2023.
- FELLER, Erika, TÜRK Volker, NICHOLSON, Frances. *Refugee Protection in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas. *Access to Asylum: International refugee law and the globalisation of migration control*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- GOODWIN-GILL, Guy, McADAM, Jane. *The Refugee in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- GRAHL-MADSEN, Atle. *Commentary on the Refugee Convention, 1951*. Geneva, 1963.
- HARRIS, D. J., O'BOYLE, Michael, BATES, Ed and WARBRICK, Colin. *Law of the European Convention on Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2023.
- HATHAWAY, James, FOSTER, Michelle. *The Law of the Refugee Status*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- LAUTERPACHT, Hersch. *Development of International Law by the International Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. CCPR general comment no. 20: Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment). *Refworld*, <<https://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>> (6. 6. 2023).



Pravni letopis 2023 – 2

Povzetki
Abstracts

V.

UDK 347.45:346.548

Pravni letopis 2023 – 2, str. 9–37

DAMJAN MOŽINA

Potrošniška prodajna pogodba in pogodba o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev: prenos EU direktiv 2019/771 in 2019/770 v slovensko pravo

Slovenski zakonodajalec je vsebino Direktive 2019/770 o digitalni vsebini in digitalnih storitvah ter Direktive 2019/771 o potrošniški prodaji blaga prenesel v prenovljeni ZVPot-1, vsako v svoj obsežen sklop določb. Obe direktivi določata predvsem merila skladnosti s pogodbo in pravice potrošnika v primeru neskladnosti. Po osnovni strukturi se opirata na prej veljavno Direktivo 99/44 o potrošniški prodaji, a prinašata vrsto novosti. V prispevku je predstavljen sistem sankcij za izpolnitev s stvarno ali pravno napako (ZVPot-1: neskladnost) v direktivah. Ureditev pogodbe o dobavi digitalne vsebine in storitev prinaša uskladitev pravo varstva potrošnikov s tehnološkim razvojem. Avtor ugotavlja, da prenos direktiv v slovensko pravo ni bil najboljše pripravljen. Poleg napak pri prenosu graja tudi nekatere odločitve zakonodajalca v zvezi z opcijami, ki jih direktiva daje državam članicam, prezrte povezave z Obligacijskim zakonikom ter nejasnosti, nepreglednost in nizko raven slovenskega jezika v besedilu zakona.

Ključne besede: varstvo potrošnikov, prodajna pogodba, pogodba o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev, odgovornost za stvarne in pravne napake, skladnost s pogodbo, zahtevki v primeru neskladnosti

UDC 347.45:346.548

Pravni letopis 2023 – 2, pp. 9–37

DAMJAN MOŽINA

Consumer sales contract and contract for the supply of digital content and digital services: the implementation of EU directives 2019/770 and 2019/771 in Slovenia

The Slovenian legislator has transposed the content of Directives 2019/770 on digital content and digital services and 2019/771 on consumer sales of goods into the revised Consumer Protection Act, each within its set of extensive provisions. Both directives provide the criteria for conformity with the contract and the remedies of the consumer in case of non-conformity. In terms of basic structure, they build upon the previously applicable Directive 99/44 on consumer sales but introduce a variety of novelties. The paper presents the system of remedies for non-conformity with the contract (i.e. performance with material or legal defects). The regulation of contracts for the supply of digital content and services represents a refreshment of consume contract law in the light of technological development. The author notes that the transposition of directives into Slovenian law was not well-prepared. In addition to errors in the transposition, the author is critical with regard to some decisions of the legislator on the options provided by the directive, overlooked connections with the Obligations Code, as well as ambiguities, lack of transparency, and a low level of the Slovenian language in the legislative text.

Keywords: consumer protection, sales contract, contract on the supply of digital content and digital services, warranty for material and legal defects, conformity with the contract, remedies in case of non-conformity

*UDK 366.542:061.1EU**Pravni letopis 2023 – 2, str. 39–48*

PETRA WEINGERL

Sankcioniranje kršitev prava varstva potrošnikov

Zgolj obstoj potrošniških pravic ni dovolj za pravilno delovanje trga, saj je ključno, da se te izvršujejo tudi v praksi. Namen prispevka je predstaviti pravni okvir, ki je namenjen sankcioniranju pravih prava varstva potrošnikov, s poudarkom na ZVPot-1. Pravila o sankcioniranju kršitev potrošniške zakonodaje so izjemno kompleksna. Gre za sankcij v okviru treh vej prava, ki jih ureja ZVPot-1 – upravne, kaznovalne in civilne. Javnopravno in civilnopravno varstvo imata isti cilj: odvračilni učinek na trgovca. Prispevek se osredotoča na upravno in kaznovalno varstvo, na civilnopravno varstvo pa le v okviru novosti na področju nepoštenih poslovnih praks.

Ključne besede: sankcije, potrošniki, ZVPot-1, sorazmernost, odvračilnost

UDC 366.542:061.1EU

Pravni letopis 2023 – 2, pp. 39–48

PETRA WEINGERL

Sanctioning of breaches of consumer protection law

The mere existence of consumer rights is not enough for the proper functioning of the market, as it is crucial that they are also enforced in practice. The purpose of the contribution is to present the legal framework, which is intended to sanction breaches of the rules of consumer protection law, with an emphasis on ZVPot-1. The rules on sanctioning breaches of consumer legislation are extremely complex. ZVPot-1 regulates sanctions from three branches of law - administrative, criminal, and civil. Both public law and civil law rules (i.e. public and private enforcement) pursue the same goal: a deterrent effect on the trader. This contribution focuses on administrative and criminal enforcement and on private enforcement only in the context of novelties in the field of unfair business practices.

Keywords: sanctions, consumers, ZVPot-1, proportionality, deterrence

*UDK 366.5:336.77:330.567.22**Pravni letopis 2023 – 2, str. 49–69*

MATEVŽ ZGAGA

Sodna presoja glavnega predmeta v pogodbi o potrošniškem kreditu

V prispevku bomo najprej predstavili razvoj pravil o presoji poštenosti splošnih pogodbenih pogojev, ki je privedel do novega Zakona o varstvu potrošnikov (ZVPot-1). V nadaljevanju sledi analiza odprtih problemov in aktualnih primerov v zvezi z glavnim predmetom pogodbe o potrošniškem kreditu. V ta namen bomo med drugim predstavili načelo iskanja hipotetične volje strank v individualnih pogajanjih kot enega od vsebinskih kriterijev za presojo poštenosti. Pisanje se ne ukvarja s procesnimi vidiki presoje poštenosti in prav tako ne s sicer zelo aktualnimi izzivi posledic ničnosti pogodbenega pogoja za nadaljnje razmerje med strankama. Razprava je osredotočena na ureditev po ZVPot-1. Klasični instituti civilnega prava, kot sta čezmerno prikrajšanje in oderuštvo, se v njej pojavljajo le obrobno.

Ključne besede: potrošniški kredit, varstvo potrošnikov, splošni pogodbeni pogoji, pogodbeno pravo

UDC 366.5:336.77:330.567.22

Pravni letopis 2023 – 2, pp. 49–69

MATEVŽ ZGAGA

Judicial control of the main subject matter of the consumer credit contract

This article begins with an account of the development of the rules controlling the fairness of general contractual terms, which led to the new Slovenian Consumer Protection Act (ZVPot-1, 2023). This is followed by an analysis of open questions and court rulings related to the core terms of consumer credit agreements. To this end, the principle of determining the hypothetical will of the parties in individual negotiations as a substantive criterion for assessing unfairness is explained. The article does not deal with procedural issues or the consequences of nullity. The article focuses on the regulations of the Consumer Protection Act and largely disregards the classic civil law instruments such as usury or *laesio enormis*.

Keywords: consumer credit, consumer protection, general terms and conditions, contract law

UDK 366.542+366.546

Pravni letopis 2023 – 2, str. 71–94

LUCIJA STROJAN

Vrste in značilnosti garancij v ZVPot-1

Kupec za svoj denar pričakuje stvar, ki v razumnem časovnem intervalu po nakupu služi svojemu namenu. Če temu ni tako, slovenski pravni red pozna dva (pravno) različna, vendar (delno) prekrivajoča se instituta varstva kupčevega interesa. Kupec se lahko v večini primerov ob nakupu določenih vrst blaga sklicuje tako na odgovornost (jamčevanje) za neskladnost blaga s pogodbo kot na odgovornost (garancijo) za brezhibno delovanje stvari. Prispevek se osredotoča na ureditev instituta garancije v slovenskem pravnem redu, kakršnega vzpostavlja Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot-1). Glede na Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot) novi zakon ohranja obvezno garancijo (sicer zgolj) proizvajalca in k prostovoljni garanciji dodaja t. i. tržno garancijo trajnosti. V slovenskem prostoru imamo torej še vedno opraviti z dvema vrstama garancij. Prva je obvezna garancija, ki pomeni zakonskemu jamčevanju vzporedno kogentno ureditev varstva kupčevega interesa. Druga je prostovoljna (tržna) garancija, ki ji je v skladu z aktualnimi vizijami dodana nova podkategorija. V zvezi s tem prispevek analizira, v čem o(b)stajajo prednosti obvezne garancije glede na kogentno jamčevanje in katere novosti pravzaprav prinaša tržna garancija trajnosti.

Ključne besede: obvezna garancija za brezhibno delovanje, odgovornost prodajalca za neskladnost blaga, tržna garancija, tržna garancija trajnosti, varstvo potrošnikov, Direktiva 2019/771

UDC 366.542+366.546

Pravni letopis 2023 – 2, pp. 71–94

LUCIJA STROJAN

Types and characteristics of guarantees in ZVPot-1

In exchange for his money, the buyer expects good that will serve its purpose for a reasonable period of time after the conclusion of the contract. If this is not the case, the Slovenian legal system provides for two (legally) different but (partly) overlapping institutes protecting the same buyer's interests. In most cases, when buying certain types of goods, the buyer can rely on both, a legal liability of the seller and a mandatory guarantee for proper functioning. The following paper focuses on the latter institute, as regulated by the Consumer Protection Act (ZVPot-1). Compared to the late Consumer Protection Act (ZVPot), the new law retains the mandatory guarantee for proper functioning of the producer and introduces the »commercial guarantee of durability«. The first is the mandatory guarantee for proper functioning, designed to protect the buyer's interests alongside the liability of the seller. The second is the commercial guarantee, to which a new subcategory has been added in line with current sustainability visions. The paper analyses the advantages of the mandatory guarantee for proper functioning compared to the legal liability of the seller. It also examines what new features a commercial guarantee of durability could actually bring.

Keywords: mandatory guarantee for proper functioning, liability of the seller, commercial guarantee, commercial guarantee of durability, consumer protection, Directive 2019/771

*UDK 340.134**Pravni letopis 2023 – 2, str. 97–105*

ALBIN IGLIČAR

Pogojenost zakonodajne politike z naravo prava

Zakonodajna politika je pogojena najprej s splošnimi družbenimi vrednotami. Nato je določanje ciljev in sredstev zakonodajne politike omejeno z objektivnimi materialnimi, socialnimi, političnimi in kulturnimi okoliščinami globalne družbe. Sledijo determinante, ki jih zakonodajni politiki postavljajo ustavni okvir in strateškopolitični dokumenti. Uspešna zakonodajna politika pa mora upoštevati še imanentno naravo prava. Zato mora izhajati iz (1) integralnega pogleda na pravo, (2) upoštevati mora njegovo družbeno funkcijo in (3) povezovati pravne norme v neprotislovni sistem. Navedene predpostavke vodijo k normativni integraciji in legitimnosti pravnih institutov.

Ključne besede: zakonodajna politika, družbene vrednote, integralna teorija prava, družbeni sistem, normativna integracija, legitimnost

Keywords: legislative policy, social values, integral theory of law, social system, normative integration, legitimacy

*UDK 340.134**Pravni letopis 2023 – 2, str. 107–112*

GORDANA LALIĆ

Tankočutnost zaznavanja prelomnih dražljajev pri rabi ustaljenih pravil glede izbire vrste predpisa na nacionalni ravni in ravni Evropske unije

Napake v objavljenih predpisih se dogajajo. Pomembno je, kakšne narave so te napake in kako jih odpravimo, še posebej ker zanje velja, da veljajo za nazaj, od začetka veljavnosti predpisa, na katerega se nanašajo. Vsebinska napaka v predpisu tako nikoli ne bi smela biti predmet popravka, vendar se na ravni EU vse pogosteje dogaja prav to.

Ključne besede: zaupanje v pravo, napaka v besedilu, popravek, retroaktivnost

UDC 340.134

Pravni letopis 2023 – 2, pp. 107–112

GORDANA LALIĆ

The sensitivity of the detection when using established rules regarding the choice of regulation at the national level and the level of the European Union

Mistakes in published regulations do happen. What is important is the nature of these mistakes and how they are corrected or rectified, especially since they are applied retroactively, from the entry into force of the regulation to which they refer. A mistake as to the content of a regulation should never be subject to a corrigendum, and yet this is what occurs more and more often at the EU level.

Keywords: legitimate expectations, a mistake in a regulation, a corrigendum, retroactivity

UDK 340.134:001.895:061.1EU

Pravni letopis 2023 – 2, str. 113–120

KATJA BOŽIČ

Po kos prava v regulativni peskovnik ali srečevanja nepredvidljive kreativne neodvisnosti in predvidljive pravne realnosti

V okviru prava EU se je razvil nov pravni institut – regulativni peskovnik, ki v nacionalnem pravnem redu še ni pravnosistemsko urejen. Konceptualno je tesno povezan z izrazom »določbe o eksperimentiranju« (*experimental clauses*), s katerimi se izvršuje njegova vsebina oziroma dosegajo njegovi cilji. Regulativni peskovnik omogoča preizkušanje inovativnih tehnoloških rešitev v resničnem okolju. Glavno gonilo koncepta je spoznanje, da tradicionalni predpisi in zakonodajni postopki težko dohajajo hitrost razvoja tehnologij. Gre za začasen odstop od zahtev, omejitev ali veljavnih sistemskih rešitev pri uvajanju (testiranju) novih poslovnih modelov, storitev in produktov, ki temeljijo na novih (inovativnih) tehnologijah in jih ni mogoče izvajati v okviru veljavne ureditve, spremembe pa terjajo predhoden test, da se potencialna ureditev optimizira in hkrati izogne vsaj nekaterim tveganjem, ki bi jih lahko prinašale takojšnje sistemske spremembe.

Ključne besede: regulativni peskovnik, nov pravni institut, pravo EU, določbe o eksperimentiranju, inovacije

UDC 340.134:001.895:061.1EU
Pravni letopis 2023 – 2, pp. 113–120

KATJA BOŽIČ

Creating a piece of law within a regulatory sandbox or when unpredictable creative independence meets predictable legal reality

There is a new legal instrument within the framework of EU law – regulatory sandbox, which is rather unknown to the national legal order. Conceptually speaking, it is tightly related to so called experimental clauses, which enable the implementation of its substance and goals. Regulatory sandbox is meant to accelerate testing of innovative technological solutions in real life. The main driving force is awareness of traditional legal drafting processes not keeping up to date with technological development. Regulatory sandbox is somehow a combination of temporary exemptions from requirements, restraints and other legal rules in force when implementing (testing) new business models, services and products, based on new (innovative) technologies, when those solutions can not be implemented within the existing legal order, where, on the other side, traditional legal amendments would be eligible only after precedent testing and thorough optimization, including the basic risk management as to the amendments of legal framework in force.

Keywords: regulatory sandbox, new legal instrument, EU law, experimental clauses, innovations

*UDK 340.135:351.78:342.7**Pravni letopis 2023 – 2, str. 121–137*

BEČIR KEČANOVIĆ, MIRCHA POLDRUGOVAC

Javna varnost in zakonodajna politika v ekstremnih situacijah

Zaporedje pojmov v naslovu simbolično izraža razmerje med naravnim in pozitivnim pravom. Ko nastanejo ekstremne situacije, v katerih niti znanost ni več zmožna zanesljivih odgovorov, se iskanje rešitev v tem razmerju začne z idejo naravnega prava. S to idejo je javna varnost v ekstremnih situacijah najvišji zakon. Ta ideja, v kateri so po naravi razuma ali razumevanju stvari, ki jih človek vidi z lastnimi očmi, je izhodišče prispevka. To seveda ne pomeni, da zakonodajna politika v ekstremnih situacijah lahko temelji zgolj na občutkih. Nasprotno, odziv na ekstremne situacije v vseh pogledih zahteva dobre priprave, razumevanje nasprotujočih si potreb in zmožnost hitrega odločanja na podlagi bolj ali manj zanesljivih informacij. Okoliščine in ekstremne situacije, ki jih je ustvarila pandemija covid-19, so glede tega dragocena referenca za razpravo. Celotna vsebina prispevka pa je večinoma rezultat okroglih miz, izvedenih v okviru seminarjev Nomotehnični dnevi 2021 in 2023, na katerih sta bili javna varnost in zakonodajna politika osrednji predmet razprav o prilagajanju prava negotovim razmeram.

Ključne besede: ekstremne situacije, javna varnost, javno zdravje, zakonodajna politika, z dokazi podprto odločanje

UDC 340.135:351.78:342.7

Pravni letopis 2023 – 2, pp. 121–137

BEĆIR KEČANOVIĆ, MIRCHA POLDRUGOVAC

Public Security and Legislative Policy in Extreme Situations

The sequence of concepts in the title above symbolically expresses the relationship between natural and positive law. When extreme situations occur and even science is no longer capable of providing reliable answers, the search for solutions in this relationship begins with the idea of natural law. With the idea of natural law, public security in extreme situations is the highest law. This idea, which stems from the nature of reason and understands things that one sees with one's own eyes, is the starting point of the title paper. Of course, this does not mean that legislative policy in extreme situations can be based only on feelings. On the contrary, the response to extreme situations in all respects requires good preparation, an understanding of conflicting needs and the ability to make quick decisions based on more or less reliable information. The circumstances and extreme situations created by the Covid 19 pandemic are a valuable reference for discussion in this regard. The entire content of the paper is mostly the result of the round tables held as part of the Nomotechnical Days 2021 and 2023 seminars, where public security and legislative policy were the central subject of discussions on adapting the law to uncertain situations.

Keywords: extreme situations, public security, public health, legislative policy, evidence-informed policy-making

UDK 342.41:321.7

Pravni letopis 2023 – 2, pp. 139–146

MARCOS AUGUSTO MALISKA

Država in pravo v današnjem svetu

Za moderno dobo je bilo značilno razumevanje, da monopol države nad uporabo sile pomeni tudi monopol nad ustvarjanjem prava. To je bila tako imenovana monistična paradigma prava. Za 21. stoletje pa je značilna pluralna resničnost prava. Zakon je veliko širši od države. Pravo je družbeni pojav. Ko pravo razumemo skozi pluralistično paradigmo prava, je mogoče reči, da je formalno pravo države le eden od zelo pomembnih vidikov pojma prava. Na državo in pravo je treba gledati na podlagi razlikovanja med konceptoma suverenosti in avtonomije. Koncept avtonomije kot tvorec objektivnega prava se razlikuje od koncepta zasebne avtonomije, razumljene kot izvrševanje subjektivne pravice. Koncept avtonomije, kot je obravnavan v tem prispevku, je veliko širši od koncepta, ki ga je razvilo javno pravo v 20. stoletju in je omejen na avtonomijo javnih subjektov. Avtonomija v tem prispevku zajema tudi avtonomijo nedržavnih institucij. Suvereno pravo države obstaja hkrati z avtonomnimi pravili nedržavnih organizacij. Pravo ni reducirano na s strani države postavljeno pravo. Vsebuje tudi druga pravna pravila, ki jih opisujem kot normativna pravna pravila in materialna pravna pravila. Formalnopravna pravila določi država in obsegajo tako zakone kot tudi sodno prakso. V okviru materialnopravnih pravil je empirično pravo tisto pravo, ki v dokumentih, praksi, odločitvah in zunajdržavnih normah ureja konkreten primer, neodvisno od državne zakonodaje. Na ravni normativnopravnih pravil obstajajo splošno priznane človekove pravice. Človekove pravice so merilo za mednarodno veljavnost prava. Veljavnost državnega prava (raven formalnopravnih pravil) in pravni pluralizem (raven materialnopravnih pravil) temeljita na univerzalnih človekovih pravicah.

Ključne besede: državno pravo, avtonomija, suverenost, pravni pluralizem, človekove pravice

UDC 342.41:321.7

Pravni letopis 2023 – 2, pp. 139–146

MARCOS AUGUSTO MALISKA

State and law in today's world. A brief approach

The modern era was characterized by the understanding that the State's monopoly on the use of force also implied a monopoly on the production of law. This was the so-called monist paradigm of law. The plural reality of law is a fact in the 21st Century. The law is much broader than the State. Law is a social phenomenon. When understanding law from the pluralist paradigm of law, it is possible to say that the State's formal law is just one, quite important, aspect of the concept of law. The theme of the State and law can currently be seen from the distinction between the concepts of sovereignty and autonomy. The concept of autonomy, as the creation of an objective law, differs from that of private autonomy, understood as the exercise of a subjective right. The concept of autonomy, as discussed here, is much broader than the concept developed by public law in the 20th century, restricted to the autonomy of public entities. By autonomy we also mean here the autonomy of non-state institutions. The sovereign law of the State coexists with several autonomous laws of non-state organizations. Law is not reduced to the formal legal rationality of the State. It also comprises other rationalities, which I describe as normative legal rationality and material legal rationality. Formal legal rationality is the place of state legal production, understood both in its legislative activity (statute) and jurisprudence (decisions of state courts). Within the scope of material legal rationality there is empirical law, that law which, contained in documents, practices, decisions and extra-state norms, regulates the concrete case independently of state legislation. At the level of normative legal rationality, there are universally recognized human rights. Human rights are the criterion for the interlegal validity of law. The validity of state law (level of formal legal rationality) and legal pluralism (level of material legal rationality) is based on universal human rights.

Keywords: state law, autonomy, sovereignty, legal pluralism, human rights

UDK 349.4:351.778.511

Pravni letopis 2023 – 2, pp. 149–160

ERMINA DELIČ KAMENČIČ, URŠA UŠENIČNIK

Pogodba o komunalnem opremljanju

Prispevek v prvem delu na kratko predstavi opremljanje stavbnih zemljišč in pojasni, da je komunalna opremljenost stavbnega zemljišča eden bistvenih pogojev za gradnjo. Pojasni tudi, v katerih primerih je mogoče začeti gradnjo na neopremljenem stavbnem zemljišču. Prispevek se v drugem delu osredotoči na pogodbo o opremljanju, s katero se investitor in občina dogovorita, da bo investitor namesto občine zgradil (del) komunalne opreme za opremljanje zemljišč, na katerih namerava graditi, in jo nato brezplačno predal občini. Prispevek predstavi predmet pogodbe, obvezno vsebino pogodbe ter predajo zgrajene komunalne opreme občini. V tretjem delu prispevka so poudarjena izbrana vprašanja iz prakse. Prispevek predstavi problematiko pridobivanja pravic graditi (komunalno opremo) in njihovega prenosa na občino, pridobivanja gradbenega in uporabnega dovoljenja, uskladitve terminskega načrta med pogodbenima strankama ter določitev roka za izgradnjo komunalne opreme.

Ključne besede: pogodba o opremljanju, komunalni prispevek, komunalna infrastruktura, pogodba o priključitvi, gradbeno dovoljenje, uporabno dovoljenje, pravice graditi, prenos služnostne pravice

UDC 349.4:351.778.511

Pravni letopis 2023 – 2, pp. 149–160

ERMINA DELIĆ KAMENČIĆ, URŠA UŠENIČNIK

Communal utilities contract

The first part of the paper briefly introduces the retrofitting of building land and explains that the provision of the utility equipment to building land is one of the essential conditions for construction. It also explains in which cases it is possible to start construction on un-equipped building land. The second part of the paper focuses on the communal utilities contract, whereby the investor and the municipality agree that the investor, instead of the municipality, will build (part of) the communal utilities to equip the land on which the investor intends to build, and then hand it over to the municipality free of charge. This article presents the subject matter of the contract, the mandatory content of the communal utilities contract and the handover of the constructed utility equipment to the municipality. The third part of the paper highlights selected practical issues. The paper presents the issues related to obtaining the right to build (of the utility equipment) and its transfer to the municipality, obtaining the building and use permit, coordinating the time schedule between the contractual parties and setting the time limit for the construction of the utility equipment.

Keywords: communal utilities contract, communal fee, communal infrastructure, connection contract, building permit, use permit, rights to build, transfer of easement

UDK 341.43:341.231.14

Pravni letopis 2023 – 2, str. 163–171

ROK ŠARIĆ

Navidezna vseobsežnost načela *non-refoulement*

Načelo nevračanja varuje vsakogar pred vračanjem v okolje, v katerem bi bilo njegovo življenje lahko ogroženo, in pomeni absolutno pravico po mednarodnem pravu. Vendar praksa držav in njihovih sodišč pogosto pokaže na nič kaj enotno pojmovanje načela, ki bi ga veljalo vsekakor razlagati zaradi varstva temeljnih človekovih pravic in svoboščin vsakogar čim širše.

Ključne besede: načelo nevračanja, *non-refoulement*, teritorialna razsežnost, Ženevska konvencija

UDC 341.43:341.231.14

Pravni letopis 2023 – 2, pp. 163–171

ROK ŠARIĆ

Apparent universality of the *non-refoulement* principle

The principle of non-refoulement protects everyone from being returned to an environment in which their lives could be endangered and is an absolute right under international law. However, the practice of States and their courts has often shown a less than uniform understanding of the principle, which should certainly be interpreted as broadly as possible in the interests of protecting everyone's fundamental human rights and freedoms.

Keywords: the principle of *non-refoulement*, territorial applicability, the Geneva convention

