

Državni svetnik
Mitja Gorenšček

Ljubljana, 6. 9. 2019

Gospod
Alojz Kovšca
predsednik
Državnega sveta Republike Slovenije

Državni svetnik Mitja Gorenšček na podlagi 68. člena Poslovnika Državnega sveta (Uradni list RS, št. 70/08, 73/09, 101/10, 6/14 in 26/15) vlagam:

- **Pobudo za sprejem Zahteve za oceno ustavnosti drugega, tretjega in četrtega odstavka 5. člena, 25. in 25.a člena Zakona o nepremičninskem posredovanju (Uradni list RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 49/11 in 47/19)**

Mitja Gorenšček, l.r.

Priloga:

- Predlog zahteve za začetek postopka za oceno ustavnosti

ZAHTEVA

- za začetek postopka za oceno ustavnosti drugega, tretjega in četrtega odstavka 5. člena, 25. in 25.a člena Zakona o nepremičninskem posredovanju (Uradni list RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 49/11 in 47/19),
- za začasno zadržanje drugega, tretjega in četrtega odstavka 5. člena Zakona o nepremičninskem posredovanju (Uradni list RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 49/11 in 47/19) in
- za prednostno obravnavo.

Obrazložitev

Posredniška pogodba je urejena v XX. poglavju Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631; v nadaljevanju: OZ). Od osamosvojitve do sprejema Zakona o nepremičninskem posredovanju (Uradni list RS, št. 42/03; v nadaljevanju: ZNPosr) leta 2003 je bila sprva temeljna zakonska podlaga za nepremičninsko posredovanje ureditev posredniške pogodbe v Zakonu o obligacijskih razmerjih (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; v nadaljevanju: ZOR), od leta 2002 pa ureditev v OZ, ki ni prinesla večjih novosti pri posredniški pogodbi glede na ZOR.¹ Leta 2003 je bilo področje nepremičninskega posredovanja vendarle urejeno z ZNPosr, ki je v razmerju do OZ specialen predpis. Določbe OZ se tako uporabljajo subsidiarno, kadar ZNPosr posameznih vprašanj posredovalnega razmerja ne ureja in določbe OZ niso v nasprotju z določbami ZNPosr.² ZNPosr nepremičninskim družbam in nepremičninskim posrednikom določa pogoje za opravljanje posredovanja v prometu z nepremičninami ter določa pravila za varno in skrbno posredovanje v prometu z nepremičninami, ki so jih nepremičninske družbe in nepremičninski posredniki dolžni upoštevati pri svojem delu. Določa tudi pristojnosti ministrstva, pristojnega za posredovanje v prometu z nepremičninami, ter ureja inšpekcijsko nadzorstvo nad izvajanjem tega zakona.³ Zakon opredeljuje posredovanje v prometu z nepremičninami kot opravljanje registrirane pridobitne dejavnosti posredništva v prometu z nepremičninami. Posamezni posli posredovanja v prometu z nepremičninami vsebujejo vse dejavnosti pri vzpostavljanju stika med naročiteljem (prodajalcem, najemodajalcem, itd.) in tretjo osebo (kupcem, najemjemalcem, itd.) ter pri pogajanjih in pripravah za sklenitev pravnih poslov, katerih predmet je določena nepremičnina, kot so kupna, prodajna, najemna, zakupna ali druga pogodba za določeno nepremičnino.⁴ Nepremičninska družba se z vsakim naročiteljem posebej lahko dogovori o obsegu nepremičninskega posredovanja, navadno pa posredovanje obsega vsaj posle, ki so obvezna vsebina storitve nepremičninskega posredovanja. Ti obsegajo dejanja za vzpostavitev stika med naročiteljem in tretjo osebo, posle v zvezi s preverjanjem stanja nepremičnine ter pogajanja in priprave za sklenitev pravnih poslov, ki so potrebni za sklenitev pravno

¹ Koser Dolenc, Pravna razmerja pri pogodbi o nepremičninskem posredovanju (primerjalno pravna ureditev po slovenskem in avstrijskem pravu), magistrska naloga, str. 33.

² Koser Dolenc, Pravna razmerja pri pogodbi o nepremičninskem posredovanju (primerjalno pravna ureditev po slovenskem in avstrijskem pravu), magistrska naloga, str. 39.

³ Prvi odstavek 1. člena ZNPosr.

⁴ Tretji odstavek 2. člena ZNPosr.

veljavne pogodbe za določeno nepremičnino⁵. Gre za pogodbeno razmerje, ki ima naravo mandata.⁶ Izpolnitvena obveznost je torej obligacija prizadevanja, nepremičninska družba se zaveže, da bo z zadostno skrbnostjo opravila storitev nepremičninskega posredovanja, pri čemer ni nujno, da bo prišlo do sklenitve pogodbe o nepremičnini (prodaji, nakupu, najemu, itd.). Nepremičninska družba si mora torej prizadevati, da bi tretja oseba oblikovala interes za sklenitev pogodbe s posrednikovim naročiteljem.⁷

Subjekti nepremičninskega posredovanja so, glede na pojme, opredeljeni v 2. členu ZNPosr, nepremičninski posrednik, nepremičninska družba, naročitelj, tretja oseba in naročiteljevi ožji družinski člani. Stranki pogodbe o nepremičninskem posredovanju sta sicer le nepremičninska družba in naročitelj. Prva se s pogodbo zaveže, da bo za drugo stranko opravila določene posle nepremičninskega posredovanja. Druga stranka, naročnik, s podpisom pogodbe pridobi pravico zahtevati, da nepremičninska družba omenjene posle opravi, hkrati se zaveže, da bo nepremičninski družbi za uspešno opravljeno storitev plačala določen znesek.⁸ Nepremičninska družba ima v razmerju položaj profesionalne osebe, kar pomeni, da se pri presojanju njenih ravnanj pri opravljanju posla uporablja strožji standard profesionalne (strokovne) skrbnosti.⁹

Nepremičninska družba je v skladu z 2. členom ZNPosr gospodarska družba ali samostojni podjetnik, ki storitve posredovanja v prometu z nepremičninami opravlja kot svojo gospodarsko dejavnost. ZNPosr sicer ne določa pravnoorganizacijske oblike, v kateri mora biti organizirana nepremičninska družba, vendar iz formulacije izhaja, da mora biti organizirana kot gospodarska družba¹⁰ ali kot samostojni podjetnik posameznik, ki na trgu samostojno opravlja pridobitno dejavnost kot svojo izključno dejavnost v skladu s prvim in šestim odstavkom 3. člena Zakona o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17 in 22/19 – ZPosS; v nadaljevanju: ZGD-1).¹¹ Nepremičninska družba sme v skladu s prvim odstavkom tretjega člena ZNPosr pričeti s posredovanjem z nepremičninami le, če zanjo na podlagi pogodbe o zaposlitvi ali drugi pravni podlagi v prometu z nepremičninami posreduje eden ali več nepremičninskih posrednikov in ima v skladu s 6. členom ZNPosr zavarovano odgovornost. Odgovornost za škodo mora biti zavarovana za zavarovalno vsoto, ki ne sme biti nižja od 150.000 evrov za posamezen zavarovalni primer oziroma od 350.000 za vse zavarovalne primere v posameznem letu.¹² Pri svojem posredovanju mora biti nepremičninska družba nepristranska, varovati mora interese naročitelja in tretje osebe. Sodna praksa drugostopenjskih sodišč pri presoji kršitev 23. člena ZNPosr jasno definira potrebno profesionalno skrbnost, ki jo mora izkazovati nepremičninski posrednik glede tretjih oseb, in njegovo odškodninsko

⁵ 15. člen ZNPosr.

⁶ Plavšak et al, Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, 2003-2004, str. 612.

⁷ Plavšak et al, Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, 2003-2004, str. 614-615.

⁸ Plavšak et al, Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, 2003-2004, str. 619.

⁹ Plavšak et al, Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, 2003-2004, str. 619.

¹⁰ Gospodarske družbe so v skladu s tretjim odstavkom 3. člena ZGD-1 lahko organizirane bodisi kot osebne družbe (družba z neomejeno odgovornostjo in komanditna družba) bodisi kot kapitalske družbe (družba z omejeno odgovornostjo, delniška družba, komanditna delniška družba in evropska delniška družba).

¹¹ Plavšak et al, Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, 2003-2004, str. 606-607.

¹² 6. člen ZNPosr.

odgovornost¹³. Z naročiteljem lahko sicer sklene izrecen dogovor, da bo zastopala zgolj njegove interese, vendar mora v tem primeru tretjo osebo jasno in pisno opozoriti, da nastopa v vlogi zastopnika, ne posrednika.¹⁴ ZNPosr v 34. členu predvideva globo za morebitne kršitve nepremičninske družbe pri posredovanju, ki v skladu s prvim odstavkom znaša od 12.500 do 250.000 evrov. Za kršitev se lahko v skladu s tretjim odstavkom tega člena kaznuje tudi odgovorna oseba nepremičninske družbe, in sicer z globo, ki znaša od 1.000 do 10.000 evrov.

V sklopu Gospodarske zbornice Slovenije in Zbornice za poslovanje z nepremičninami je organizirano Združenje družb za nepremičninsko posredovanje. Slednje je leta 2018 sprejelo nov Kodeks dobrih poslovnih običajev v prometu z nepremičninami. Gre za avtonomen pravni vir, ki ureja temeljna načela in pravila ravnanja pri opravljanju storitev v prometu z nepremičninami.¹⁵ Prvi tovrsten kodeks je bil sprejet že leta 1996 in je v tistem času zapolnil pravno praznino, ko je bil ZOR glavna pravna podlaga za sklepanje pogodb o nepremičninskem posredovanju, saj ZNPosr še ni bil sprejet. Kodeks je kljub nekaterim pomanjkljivostim kot del avtonomnega prava pozitivno učinkoval.¹⁶

V 2. členu ZNPosr je nepremičninski posrednik opredeljen kot fizična oseba, ki za nepremičninsko družbo opravlja posle posredovanja na podlagi pogodbe o zaposlitvi ali drugi pravni podlagi, pri čemer mora imeti licenco pristojnega ministrstva za opravljanje poslov posredovanja in biti vpisana v imenik nepremičninskih posrednikov pri pristojnem ministrstvu. Nepremičninski posrednik ni v pravnem razmerju z naročiteljem posredovanja, temveč z nepremičninsko družbo. Njegovo ravnanje v razmerju do naročiteljev ima pravno naravo ravnanja nepremičninske družbe, zato nepremičninski posrednik tvori personalni substrat nepremičninske družbe.¹⁷ Pogoji, ki jih mora izpolnjevati nepremičninski posrednik so, da posle posredovanja opravlja na podlagi pogodbe o zaposlitvi ali drugi pravni podlagi, imeti mora ustrezno licenco ter mora biti vpisan v imenik nepremičninskih posrednikov.¹⁸ Podlaga za vpis v imenik nepremičninskih posrednikov je v skladu s 7. členom ZNPosr pridobitev certifikata nacionalne poklicne kvalifikacije, ki je pogojen z zahtevami, opredeljenimi v katalogu strokovnih znanj in spretnosti nepremičninskega posrednika.¹⁹ Kandidat mora za pridobitev certifikata opraviti pisni izpit in praktično preverjanje z zagovorom, imeti mora tudi najmanj višjo strokovno izobrazbo. V primeru, da te izobrazbe nima, zadostuje srednješolska strokovna izobrazba, če je imel na dan 24. 5. 2003 že vsaj tri leta delovnih izkušenj pri poslovanju z nepremičninami oziroma, če je imel na dan 24. 5. 2006 najmanj tri leta izkušenj pri prodaji nepremičnin investitorja. Hkrati mora izkazati pozitivno mnenje Ministrstva za okolje in prostor. Strošek pridobitve

¹³ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1404/2015 z dne 14. 10. 2015.

¹⁴ 20. člen ZNPosr.

¹⁵ Kodeks dobrih poslovnih običajev v prometu z nepremičninami, dosegljiv na URL: <https://www.gzs.si/Portals/Portal-zdnp/Vsebine/ZDNP/Akti/Kodeks%20ZDNP%20-%20novi%2017052018.pdf> (9. 8. 2019).

¹⁶ Kožar in Marinšek, Zakon o nepremičninskem posredovanju s komentarjem, Center za poslovno usposabljanje, 2003, str. 19-20.

¹⁷ Plavšak et al, Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, 2003-2004, str. 609.

¹⁸ Imenik je dostopen na URL: <http://www.nepremicninsko-posredovanje.mzip.gov.si/> (2. 8. 2019).

¹⁹ Katalog strokovnih znanj je dostopen na URL: <http://www.npk.si/katalog.php?katalogid=10345831> (5. 8. 2019).

certifikata je najmanj 150 evrov,²⁰ drugi pogoj iz 7. člena ZNPosr za vpis v imenik pa je, da posameznik ni bil pravnomočno nepogojno obsojen za kaznivo dejanje zoper premoženje oziroma gospodarstvo na kazen zapora več kot tri mesece. Posameznik z dnem vpisa v imenik nepremičninskih posrednikov pridobi status nepremičninskega posrednika²¹, hkrati se mu tudi izda ustrezna licenca v skladu s 7c. členom ZNPosr. Nepremičninski posrednik se mora v skladu z 8. členom ZNPosr vsakih pet let dopolnilno usposablјati, v nasprotnem primeru mu grozi začasen odvzem licence in začasen izbris iz imenika nepremičninskih posrednikov. Na dopolnilnem usposablјanju nepremičninski posredniki proučijo zakonske spremembe²², cena usposablјanja je celo višja od stroška pridobitve certifikata.²³ ZNPosr v 10. členu predvideva odvzem licence po dvakratnem pisnem opominu kot sankcijo za morebitne kršitve ali zlorabe nepremičninskega posrednika pri svojem delu, pri čemer na primer druga alineja tretje točke prvega odstavka primeroma navaja, da gre za kršitev tudi, če tretje osebe ne seznanj s tržnimi razmerami, ki bi bistveno vplivale na določitev cene v pogodbi. ZNPosr za kršitve predvideva tudi izrek globe za nepremičninskega posrednika, ta lahko znaša od 650 do 5.000 evrov.

Naročitelja 2. člen ZNPosr opredeli kot fizično ali pravno osebo, ki z nepremičninsko družbo sklene pogodbo o posredovanju. Interes naročitelja je, da bi s tretjo osebo sklenil pogodbo o nepremičnini (prodaji, oddaji, najemu itd.) določenih značilnosti.²⁴ Naročiteljevi interesi so vodilo delovanja nepremičninske družbe in merilo, ali je bila storitev posredovanja pravilno opravljena. Nepremičninska družba ne sme delovati v nasprotju z naročiteljevimi interesi. Prizadevati si mora najti tretjo osebo, ki bo z naročiteljem pripravljena skleniti pogodbo o nepremičnini, pod pogoji, ki so za naročnika najugodnejši.²⁵ ZNPosr v 17. členu določa, da morata nepremičninska družba in nepremičninski posrednik naročitelja seznaniti z vsemi okoliščinami, ki so pomembne za odločitev naročitelja za sklenitev pogodbe v prometu z nepremičninami. Pojasniti mu morata zlasti vpliv tržnih razmer, vsebino relevantnih predpisov, višino in vrsto določenih stroškov in davčnih obveznosti ter morebitna tveganja, povezana z neurejenimi pravnimi razmerji. Kadar želi ostati naročitelj anonimen, lahko nepremičninska družba tretji osebi njegovo identiteto razkrije šele pri sklenitvi pravnega posla.²⁶ Če je naročitelj fizična oseba, mu dodatno pravno varstvo nudi Zakon o varstvu potrošnikov (Uradni list RS, št. 98/04 – uradno prečiščeno besedilo, 114/06 – ZUE, 126/07, 86/09, 78/11, 38/14, 19/15, 55/17 – ZKotI in 31/18), določene pravice so urejene tudi v III. poglavju Kodeksa dobrih

²⁰ Slovenska poslovna točka (URL: <http://evem.gov.si/info/podpogoji/drugiPogoj/12488/prikaziDrugiPogoj/>), vendar pregled cen pri dveh ponudnikih pokaže, da je cena še višja: CPU GZS navaja ceno 172 evrov (URL: <https://cpu.si/wp-content/uploads/2019/07/VLOGA-2019-Neprem-posred-NPK.pdf>), Gea College pa 170 evrov (URL: <https://seminarji.gea-college.si/izdelek/npk-izpit-za-nepremicninskega-posrednika-5/>). Oba ponudnika ponujata tudi priprave na strokovni izpit, ki stanejo med 814,96 evra (CPU GZS, URL: <https://www.cpu.si/posrednik-za-nepremicnine/>) in 890,60 evra (Gea College, URL: <https://seminarji.gea-college.si/izdelek/npk-usposabljanje-za-licenco-nepremicninskega-posrednika/>) z vključenim DDV (5. 8. 2019).

²¹ 7. člen ZNPosr

²² Pisnik, Suzana: Dopolnilno usposablјanje nepremičninskih posrednikov, Pravna praksa, 2017, št. 16-17, str. 13.

²³ Na primer, cena dodatnega usposablјanja na CPU GZS znaša 292,80 evra (URL: <https://www.cpu.si/posrednik-za-nepremicnine-2/>), na Gea College 280,60 evra (URL: <https://seminarji.gea-college.si/izdelek/dopolnilno-usposabljanje-nepremicninski-posrednik-5/>) z vključenim DDV (5. 8. 2019).

²⁴ Plavšak et al: Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, 2003-2004, str. 619.

²⁵ Plavšak et al: Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, 2003-2004, str. 615-616.

²⁶ 19. člen ZNPosr.

poslovnih običajev v prometu z nepremičninami. Naročitelj ima torej dobro pravno varstvo v pravnem razmerju z nepremičninsko družbo, če v to razmerje seveda želi vstopiti. Pogodba o nepremičninskem posredovanju pri transakcijah v zvezi z nepremičninami namreč ni obvezna.²⁷

Novela Zakona o nepremičninskem posredovanju, ki je bila sprejeta leta 2019 (ZNPosr-C), je bistveno posegla v do tedaj veljavno ureditev na področju omejitev plačila za posredovanje pri prodaji nepremičnin. Pri sklepanju pogodb o prodaji in nakupu nepremičnin je bila omejitev plačila za posredovanje določena že ob sprejemu zakona leta 2003²⁸, ZNPosr-C pa je dodatno omejila dovoljeno plačilo za posredovanje v primeru najemne pogodbe na največ 4 % pogodbene vrednosti, pri čemer to plačilo ne sme preseči zneska enomesečne najemnine, prav tako ne sme biti manjše od 150 evrov. Pogodbena vrednost najemne pogodbe je pri tem določena kot zmnožek zneska mesečne najemnine in števila mesecev, za katerega se nepremičnina oddaja. Obenem je bila s spremembo izrecno črtana zakonska možnost, ki je predvidevala avtonomijo pogodbenih strank pri določanju plačila za posredovanje v primeru drugih pravnih poslov (tudi najemnih pogodb). Tri mesece po uveljavitvi ZNPosr-C se prične uporabljati tudi nov 25.a člen ZNPosr, ki ureja dodatne storitve in dejanske stroške, pri čemer mora biti količina in cena dodatnih storitev natančno specificirana v pogodbi, pravico do dejanskih stroškov pa pridobi nepremičninska družba, če naročnik sam vzpostavi stik s tretjo osebo, s katero sklene pogodbo o nepremičnini, sklene pogodbo o nepremičnini s posredovanjem druge nepremičninske družbe ali enostransko odpove pogodbo o posredovanju pred potekom časa, za katerega je bila sklenjena. V tem primeru je višina dejanskih stroškov omejena na 150 evrov.

I. OČITANE KRŠITVE USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE (v nadaljevanju Ustava²⁹)

Vlagatelj poziva Ustavno sodišče, da podrobneje prouči zatrjevane kršitve naslednjih ustavnih določb:

- pravico do zasebne lastnine in dedovanja (33. člen Ustave);
- varstvo pravic zasebnosti in osebnostnih pravic (35. člen Ustave) in
- pravico do svobodne gospodarske pobude (74. člen Ustave).

i. Pravica do zasebne lastnine (33. člen Ustave)

Pravica do zasebne lastnine je opredeljena v 33. členu Ustave, ki določa le, da je zagotovljena pravica do zasebne lastnine in dedovanja. Ustavno jamstvo zasebne lastnine varuje vse pravice, ki predstavljajo uresničevanje človeške svobode na premoženjskem področju, povezana je tudi s pravico do svobodne gospodarske pobude³⁰, upravičenci pa so posamezniki in tudi pravne osebe zasebnega prava.³¹ Določba 33. člena tako pokriva vse pravne položaje, ki imajo za posameznika ali

²⁷ Juhart, v: Vlahek, Damjan: Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov, GV Založba, 2015, str. 368.

²⁸ Zakon o nepremičninskem posredovanju (Uradni list RS, št. 42/03).

²⁹ Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a).

³⁰ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-266/98, 27. točka.

³¹ Avbelj et al, Komentar ustave Republike Slovenije, I. del, Nova univerza – Evropska pravna fakulteta, 2019, str. 316-317.

pravno osebo zasebnega prava premoženjsko protivednost in mu omogočajo svobodo ravnanja na premoženjskem področju.³² V ustavne pravice lahko zakonodajalec poseže le ob podanih pogojih iz tretjega odstavka 15. člena Ustave, ki določa, da so človekove pravice in temeljne svoboščine omejene samo s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa Ustava. Izpolnjenost teh pogojev se preveri s testom sorazmernosti. Po slednjem so posegi v ustavne pravice zaradi varstva pravic drugih (ali javnega interesa) dopustni le, če so za varstvo teh pravic sploh primerni (primernost), če so za doseg cilja nujni (cilja se torej ne da doseči z blažjim sredstvom ali z blažjim posegom v ustavno pravico) in če je teža posega v eno ustavno pravico zaradi varstva druge sorazmerna teži varovane ustavne pravice (sorazmernost v ožjem pomenu).³³

ZNPosr v drugem odstavku 5. člena določa najvišje dovoljeno plačilo za posredovanje v primeru najemne pogodbe, in sicer 4 % pogodbene vrednosti, vendar ne manj kot 150 evrov in ne več, kot znaša enomesečna najemnina. Predlagatelji v obrazložitvi v predlogu zakona navajajo, da se z uvedbo te omejitve štiti tako naročitelja kot tudi tretjo osebo. Omejitev najvišjega zneska v višini enomesečne najemnine naj bi tako odpravila strah naročiteljev pred visokimi stroški posredovanja v primeru oddaje nepremičnin. Ravno slednje naj bi spodbujalo dolgoročno oddajo, hkrati naj bi ukrep znižal stroške posredovanja in s tem posredno znižal najemnine. Pri tem pa predlagatelj zakona ne ponudi nikakršnih izračunov o višini dovoljenega plačila za posredovanje v primeru najemnih pogodb pri različnih višinah najemnin, kaj šele podatek o deležu sklenjenih najemnih pogodb s posredovanjem nepremičninskih agencij.

Omejitev višine zneska za plačilo pri pogodbi o nepremičninskem posredovanju posega v svobodo ravnanja na premoženjskem področju, saj nepremičninskim družbam onemogoča svobodno določanje cen za svoje storitve. Za dopustnost ukrepa iz drugega odstavka 5. člena ZNPosr je torej treba najprej preveriti, ali za poseg v ustavno jamstvo zasebne lastnine sploh obstaja razlog, torej, ali obstaja javni interes. Predlagatelji v predlogu zakona navajajo, da sta temeljni načeli predloga zakona ustvarjanje možnosti, da si državljani lahko pridobijo primerno stanovanje, in zagotavljanje učinkovitega varstva potrošnikov.³⁴ 78. člen Ustave določa, da država ustvarja možnosti, da si državljani lahko pridobijo primerno stanovanje. Gre za programsko normo, odvisno od finančnih zmožnosti države, ki ne zagotavlja pravice vsakogar do primerne stanovanja, temveč državi postavlja obveznost oblikovanja aktivne stanovanjske politike.³⁵ Legitimne, ustavno določene omejitve so definirane tudi v 67. členu Ustave, ki določa, da zakon določa način pridobivanja in uživanja lastnine na takšen način, da je zagotovljena njena gospodarska, socialna in ekološka funkcija.

Ukrep, predviden v drugem odstavku 5. člena ZNPosr, za doseg tega cilja ni primeren. Omejitev višine plačila za posredovanje v primeru najemne pogodbe

³² Avbelj et al, Komentar ustave Republike Slovenije, I. del, Nova univerza – Evropska pravna fakulteta, 2019, str. 319.

³³ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-108/01 z dne 7. 11. 2002, 41. točka.

³⁴ Besedilo Predloga zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o nepremičninskem posredovanju, 13. 6. 2019, EPA 650-VIII, str. 6.

³⁵ Avbelj et al, Komentar ustave Republike Slovenije, I. del, Nova univerza – Evropska pravna fakulteta, 2019, str. 616.

državljanom ne bo povečala možnosti pridobitve primerne stanovanja, temveč bo le posegla v ustavno varovano pravico nepremičninskih družb in naročiteljev. Predlagatelji so v predlogu zakona navedli, da je možnost pridobitve primerne stanovanja za večino državljanov, ki niso lastniki stanovanj, nedosegljiva. Za to so navedli več različnih razlogov: visoke cene stanovanj, slabo delovanje in finančno podhranjenost javnih stanovanjskih skladov, visoke tržne najemnine zasebnih stanovanj, ki se oddajajo na trgu, ter visoke stroške nepremičninskega posredovanja, ki naj bi jih nosili tudi tisti, ki teh storitev sploh niso naročili. Prvi in tretji razlog iz predloga izhajata iz ene same težave, t. j. pomanjkanja stanovanj na trgu, o čimer pogosto pišejo tudi mediji.³⁶ Ta težava v veliki meri izhaja iz drugega razloga v predlogu zakona, torej slabega delovanja in finančne podhranjenosti javnih stanovanjskih skladov,³⁷ ki ne zagotavljajo dovolj neprofitnih stanovanj, kar je ugotovilo tudi Ustavno sodišče v odločbi U-I-109/15.³⁸ Visoki stroški nepremičninskega posredovanja, ki je le dodatna in neobvezna³⁹ storitev na trgu nepremičninskih transakcij, se oblikujejo na podlagi ponudbe in povpraševanja in so torej le simptom, ne pa vzrok bolezni. Nepremičninske družbe višino plačila za posredovanje omejujejo že same v svojih splošnih pogojih, kar priznavajo tudi predlagatelji zakona.⁴⁰ Obenem velja poudariti, da kljub temu, da najemniki niso naročniki storitev nepremičninskih posrednikov, že določbe ZNPosr zagotavljajo, da imajo nepremičninski posredniki primerno strokovno znanje, da lahko kot nevtralne in strokovne osebe, ki delujejo v interesu obeh pogodbenih strank, predstavljajo pomemben element varstva pogodbenih strank,⁴¹ ki jih v primeru kršitev lahko doletijo hude sankcije tako v obliki izgube licence ter izbrisa iz imenika kot tudi z izrekom visoke denarne kazni, kar nedvomno vpliva tudi na večjo varnost tako naročitelja kot najemnika pri sklepanju najemnih pogodb prek nepremičninskega posrednika. Omejitev višine plačila nepremičninskega posredovanja pri najemnih pogodbah nedvomno ne predstavlja primerne ukrepa za povečevanje možnosti pridobitve primerne stanovanja, saj predstavlja strošek nepremičninskega posredovanja enkratni strošek glede plačila, ki sta ga lahko pogodbeni stranki pred sprejemom ZNPosr-C svobodno dogovorili in je bil torej obema strankama vnaprej znan. Na drugi strani pa že 41. člen Stanovanjskega zakona (Uradni list RS, št. 69/03, 18/04 – ZVKSES, 47/06 – ZEN, 45/08 – ZVetL, 57/08, 62/10 – ZUPJS, 56/11 – odl. US, 87/11, 40/12 – ZUJF, 14/17 – odl. US in 27/17; v nadaljevanju: SZ-1) in 119. člen Stvarnopravnega zakonika (Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13), ki urejata vplačila v rezervni sklad, ne prepovedujeta sklenitev dogovora med etažnim lastnikom in najemnikom o plačilu stroškov rezervnega sklada s strani najemnika. Iz sodne prakse višjih sodišč⁴² izhaja, da se etažni lastniki in najemniki pogosto odločajo za prenos obveznosti vplačil v rezervni sklad s strani etažnih lastnikov na

³⁶ Na primer MMC RTV, dostopno na URL: <https://www.rtvlo.si/gospodarstvo/pomanjkanje-novih-stanovanj-najhujse-za-tiste-z-dohodki-do-1-500-evrov/460972>, <https://www.rtvlo.si/slovenija/za-140-000-evrov-je-v-ljubljani-tezko-dobiti-stanovanje-za-stiriclansko-druzino/484978> (7. 8. 2019).

³⁷ Stanovanjski primanjkljaj v Ljubljani naj bi tako presegel 16.000 stanovanj do leta 2025, Končno poročilo PROSO, str. 74, dosegljivo na URL:

http://www.mop.gov.si/fileadmin/mop.gov.si/pageuploads/studije/PROSO_koncno_porocilo.pdf (7. 8. 2019), medtem ko Stanovanjski sklad RS načrtuje le 1.000 novih stanovanj do leta 2025 (glej citat št. 36).

³⁸ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-109/15 z dne 19. 5. 2016, 19. točka.

³⁹ Juhart, v: Vlahek, Damjan: Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov, GV Založba, 2015, str. 368.

⁴⁰ Besedilo Predloga zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o nepremičninskem posredovanju, 13. 6. 2019, EPA 650-VIII, str. 3.

⁴¹ Juhart, v: Vlahek, Damjan: Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov, GV Založba, 2015, str. 368.

⁴² Višje sodišče v Mariboru, sodba I Cp 1356/2016.

najemnike, pri čemer lahko, zaradi zakonsko predpisanega minimalnega zneska vplačil v rezervni sklad, ki je določen v Pravilniku o merilih za določitev prispevka etažnega lastnika v rezervni sklad in najnižji vrednosti prispevka (Uradni list RS, št. 11/04) in upošteva pravo etažnih lastnikov do določitve višjega zneska vplačil v rezervni sklad iz 41. člena SZ-1, znesek vplačil v rezervni sklad na večmesečni oziroma letni ravni bistveno preseže enkratni strošek nepremičninskega posredovanja. Pri tem ni nezamisljivo dejstvo, da odločitev o višjih vplačilih v rezervni sklad sprejmejo etažni lastniki (in ne najemniki) in so zbrana sredstva strogo namenska.

Zakonski ukrep prav tako ni nujen za doseg cilja predlagatelja zakona, saj obstajajo blažji ukrepi za doseg cilja iz 78. člena Ustave. Blažji ukrep je recimo pridobivanje neprofitnih stanovanj in njihovo oddajanje v najem z javnimi razpisi, pri čemer prvi odstavek 151. člena SZ-1 določa, da je pridobivanje neprofitnih stanovanj v javnem interesu Republike Slovenije, ki se zagotavlja z ugodnostmi Stanovanjskega sklada Republike Slovenije, in občin, ki jih določa SZ-1. Najem neprofitnih stanovanj, ki jih občine v skladu s svojimi stanovanjskimi programi gradijo z javnimi sredstvi (prvi odstavek 154. člena SZ-1), je torej primeren ukrep, ki kot oblika družbene pomoči upravičenim posameznikom omogoča pridobitev primerne stanovanja.⁴³

Teža posega v ustavno varovano pravico iz 33. člena Ustave zaradi varstva določbe iz 78. člena Ustave tudi ni sorazmerna varovani pravici. Določba iz 78. člena državo zavezuje zgolj k vodenju aktivne stanovanjske politike v skladu s finančnimi omejitvami in ne zagotavlja pravice do primerne stanovanja vsakomur oziroma vsem državljanom Republike Slovenije. Pravica do zasebne lastnine, iz katere izhaja svoboda ravnanja na premoženjskem področju, je po drugi strani ena temeljnih pravic slovenskega pravnega reda in pravnega redu Evropske unije, saj jo varuje tudi 17. člen Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.⁴⁴ Individualistični (liberalistični) koncept lastnine ima pomemben ekonomski in socialni učinek, saj je eden osrednjih in najpomembnejših motivacijskih mehanizmov tržnega gospodarstva in s tem ekonomskega razvoja.⁴⁵ Tudi Evropsko sodišče za človekove pravice je v svojih odločitvah poudarilo, da mora država pri reševanju izjemno težkih in socialno občutljivih vprašanj, tudi v primeru konflikta med najemniki in najemodajalci, zagotoviti pravično razdelitev socialnega in finančnega bremena pri preoblikovanju stanovanjske ponudbe v državi.⁴⁶ Vse to kaže, da pravica iz 33. člena nosi precej večjo težo kot programska norma (cilj) iz 78. člena Ustave, ki jo kot temeljno načelo izpostavljajo predlagatelji zakona. Omenjeni ukrep sicer zasleduje legitimen cilj, vendar ni primeren, nujen ter sorazmeren in zato ne prestane testa sorazmernosti, posledično pa predstavlja kršitev 33. člena Ustave.

Predlagatelji kot načelo spremembe zakona navajajo tudi zagotavljanje učinkovitega varstva potrošnikov. Pri tem pravilno navajajo, da je to že pri predhodni ureditvi osnoven razlog za regulacijo storitev na trgu nepremičninskega posredovanja. Slednje je kot neobvezna, dodatna storitev eden od pomembnih mehanizmov varstva

⁴³ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-144/14-6 z dne 9. 3. 2017, 15. točka.

⁴⁴ Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, Uradni list EU, 2012/C 326/02.

⁴⁵ Avbelj et al, Komentar ustave Republike Slovenije, I. del, Nova univerza – Evropska pravna fakulteta, 2019, str. 314-315.

⁴⁶ Sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice Hutten-Czaspka proti Poljski z dne 19. 6. 2006 (225. točka) in Berger-Krall proti Sloveniji z dne 12. 6. 2014 (274. točka).

potrošnika pri transakcijah z nepremičninami. Sodelovanje nevtralne in strokovno podkovanе osebe v obliki nepremičninskega posrednika vnaša veliko mero pravne varnosti v promet z nepremičninami. Strokovnost in nepristranskost posrednika zagotavlja že veljavna zakonodaja, ki predpisuje visoko raven znanja za pridobitev poklicne kvalifikacije, dopolnilna izobraževanja za ohranitev te ravni znanja in stroge sankcije za morebitne kršitve in zlorabe. Nepremičninska družba, v skladu s 3. členom ZNPosr, brez vsaj enega nepremičninskega posrednika ne sme pričeti z opravljanjem gospodarske dejavnosti posredovanja na trgu nepremičnin, poleg tega mora imeti zavarovano tudi odgovornost. Zakon natančno določa vse obveznosti, ki jih mora nepremičninska družba pri poslovanju upoštevati in tudi zanjo predvideva stroge sankcije za primer zlorab pri posredovanju. Nepremičninska družba je tudi na podlagi drugih zakonov, ki sicer zaradi svoje nedorečenosti s posameznimi določbami vnašajo pravno negotovost v prometu z nepremičninami, npr. določba 93. Gradbenega zakona (Uradni list RS, št. 61/17 in 72/17 – popr.; v nadaljevanju: GZ) pristojna za preverjanje, ali je za določen objekt izdano gradbeno dovoljenje, ko je to predpisano in ali je v zemljiški knjigi zaznamba prepovedi v skladu s 94. členom GZ⁴⁷, odgovorna za preverjanje določenih pravnih in dejanskih dejstev, kar utemeljuje večjo pravno varnost tretjih oseb v primeru posredovanja pri prometu z nepremičninami. Izpodbijane določbe ZNPosr s posegom v 33. člen Ustave pregrebo omejujejo svobodo ravnanja na premoženjskem področju, saj obstoječa ureditev dovolj dobro varuje potrošnike, kadar se prostovoljno odločijo za angažiranje nepremičninskega posrednika in nepremičninske družbe. Spoštovanje določb zakona pri izvajanju storitev nepremičninskega posredovanja nadzira Tržni inšpektorat Republike Slovenije. Z omejitvijo višine plačila za nepremičninsko posredovanje lahko pride do položaja, ko nepremičninske družbe ne bodo prevzemale posredovanja v primerih, ki se jim ne bodo izplačali. To bo privedlo do občutnega zmanjšanja varovanja potrošnika, saj pri nepremičninski transakciji ne bo sodelovala strokovno podkovanа oseba.⁴⁸

Prvi odstavek 5. člena ZNPosr že od sprejema zakona določa najvišjo dovoljeno plačilo za posredovanje v primeru nakupa ali prodaje v višini 4 % pogodbene vrednosti, kar pa ne velja v primeru, da je pogodbena vrednost nižja od 10.000 evrov. S sprejemom novele ZNPosr-C je bil črtan drugi stavek, ki je določal, da v primeru drugih pravnih poslov višino plačila za posredovanje stranki uredita s pogodbo. Zakon s tem prav tako posega v prosto oblikovanje cen, kar je v nasprotju s 33. členom Ustave, ki varuje svobodo ravnanja na premoženjskem področju. Enako kot za novo uvedeno omejitev pri najemu ali oddaji tudi ta člen ni primeren, pri čemer v predlogu zakona iz leta 2003 ni nobene utemeljitve, zakaj je omejitev postavljena pri 4 %.⁴⁹ Gre torej za arbitrarno postavljeno omejitev cene, ki jo sporazumno določita dve stranki pri sklepanju pogodbe o posredovanju. Sklenitev slednje ni obvezna, gre za uresničevanje svobode ravnanja na premoženjskem področju, ki jo zagotavlja 33. člen Ustave in uresničevanje svobodne gospodarske pobude po 74. členu Ustave. Predlagatelji zakona v predlogu na kratko prikažejo ureditev nepremičninskega posredovanja na Hrvaškem, v Avstriji in v Nemčiji. Prikazana ureditev ne podpira

⁴⁷ Plavšak N., Vrenčur R. Uporaba 93. člena Gradbenega zakona v pravnem prometu z nepremičninami, Odvetnik št. 87, str. 22.

⁴⁸ Smrekar, Kako vam bodo nepremičninski posredniki po novem zaračunali provizijo za najemne posle, Finance, 7. 8. 2019, dosegljiv na URL: <https://gradbenistvo.finance.si/8951246/Kako-vam-bodo-nepremicninski-posredniki-po-novem-zaracunali-provizijo-za-najemne-posle> (8. 8. 2019).

⁴⁹ Besedilo predloga Zakona o nepremičninskem posredovanju (ZNPosr), 14. 2. 2003, EPA 606-III, str. 2 in 10.

sprememb, ki jih prinaša ZNPosr-C, temveč ravno nasprotno. Iz samega predloga zakona je očitno, da na zakonski ravni v nobeni od omenjenih držav ne predpisujejo omejitve plačila za posredovanje,⁵⁰ kot ga je že pred sprejetjem ZNPosr-C določal prvi odstavek 5. člena ZNPosr za posredovanje v primeru nakupa ali prodaje. Takšna zakonska omejitev ni le neustavna, temveč tudi nerazumna. Konkurenca na področju storitev nepremičninskega posredovanja je močna, nepremičninskih posrednikov je več kot 2.000,⁵¹ zato ni razloga za takšen poseg v 33. člen Ustave. Na tovrstno previsoko zakonodajno in upravno obremenitev podjetij v Sloveniji je opozorila tudi Evropska komisija v svojem priporočilu Sloveniji za leto 2019.⁵²

ii. Varstvo pravic zasebnosti in osebnostnih pravic (35. člen Ustave)

Varstvo pravic zasebnosti in osebnostnih pravic je zagotovljeno v 35. členu Ustave, ki določa, da je zagotovljena nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic. Člen zajema tudi splošno svobodo ravnanja, ki zajema načelo, da je v pravni državi dovoljeno vse, kar ni prepovedano, in ne obratno.⁵³ Svoboda ravnanja je temeljna svoboščina in kot taka zagotovljena vsakomur, tako fizičnim kot tudi pravnim osebam.⁵⁴ Iz splošne svobode ravnanja izhaja tudi načelo avtonomije pogodbenih strank pri sklepanju pogodb obligacijskega prava.⁵⁵ Pomen pogodbene avtonomije je v zadevi C-240/97 (Komisija proti Španiji) prepoznalo tudi Sodišče Evropske unije, ko je v 99. točki omenilo, da imata stranki pravico sklepati in spreminjati pogodbo, ki ne more biti omejena, kadar ni specifičnega pravila Skupnosti, ki se nanaša prav na tak primer. Pogodba o nepremičninskem posredovanju je podvrsta posredniške pogodbe in kot taka pogodba obligacijskega prava.⁵⁶ Stranki imata tako avtonomijo glede sklenitve pogodbe o nepremičninskem posredovanju in sami dorečeta, ali bo posredovanje zajemalo le nujne (obvezne) sestavine posredovanja ali tudi dodatne storitve. Prav tako imata vso pravico sami doreči ceno, ki je bistvena sestavina pogodbe. Drugi in tretji odstavek 5. člena ZNPosr zato posegata v avtonomijo pogodbenih strank. Visoke cene nepremičnin in visoke najemnine stanovanj so odvisne od ponudbe in povpraševanja na trgu, ne od dogovorjenega plačila za nepremičninsko posredovanje, ki je enkratne narave. Omejitev cene negativno vpliva na odločitev ene od strank pogodbe, t. j. nepremičninske družbe, da bi k njej pristopila, saj ji omejitev cene posredovanja lahko onemogoča pokritje vseh stroškov. Na podlagi drugega odstavka 15. člena ZNPosr se s plačilom za posredovanje v prometu z nepremičninami namreč krijejo stroški za opravljanje dejanj pri vzpostavljanju stikov za naročitelja, preverjanju stanja nepremičnine ter pri pogajanjih in pripravah za sklenitev pravnih poslov, ki so potrebni za sklenitev pravno veljavne pogodbe za določeno nepremičnino (zlasti stroški za sklenitev pogodbe o posredovanju v prometu z nepremičninami, seznanjanje naročitelja in tretje osebe s tržnimi razmerji,

⁵⁰ Na primer 27. člen Zakona o posredovanju u prometu nekretnina (prečiščeno besedilo zakona NN 107/07, 144/12, 14/14, 32/19, ki velja od 1. 4. 2019): "Visina posredniške naknade slobodno se odreduje ugovorom o posredovanju u prometu nekretnina".

⁵¹ Imenik je dostopen na URL: <http://www.nepremicninsko-posredovanje.mzip.gov.si/> (2. 8. 2019).

⁵² Priporočilo sveta v zvezi z nacionalnim reformnim programom Slovenije za leto 2019 in mnenje Sveta o programu stabilnosti Slovenije za leto 2019, 5. 6. 2019, 14. točka.

⁵³ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-290/96 z dne 11. 6. 1998, 18. točka.

⁵⁴ Avbelj et al, Komentar ustave Republike Slovenije, I. del, Nova univerza – Evropska pravna fakulteta, 2019, str. 345.

⁵⁵ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-108/01 z dne 7. 11. 2002, 58. točka.

⁵⁶ Plavšak et al: Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, 2003-2004, str. 611.

ki so pomembna za določitev cene nepremičnine, vsebino predpisov, ki so pomembni za veljavno sklenitev pogodbe o posredovanju v prometu z nepremičninami, višino davčnih obveznosti stranke in s cenami notarskih storitev, ugotavljanje pravnega stanja nepremičnine s pridobitvijo listin o nepremičnini (izpisek iz zemljiške knjige), pogodb (če nepremičnina še ni vpisana v zemljiško knjigo) in podobno, pisna opozorila, obvestila, potrdila, ogled nepremičnine po sklenitvi pogodbe o posredovanju v prometu z nepremičninami, oglaševanje prodaje nepremičnine v sredstvih javnega obveščanja ali na drug način, seznanjanje naročitelja z nepremičnino in spravljanje v stik s tretjo osebo, prisotnost pri ogledu nepremičnine s strani naročitelja, ugotavljanje dejanskega stanja nepremičnine, seznanjanje naročitelja z ugotovljenim pravnim in dejanskim stanjem nepremičnine in zanesljivo opozarjanje na ugotovljene napake, telefonsko komuniciranje s strankami in sodelovanje pri pogajanjih za sklenitev posla). Omenjeni stroški predstavljajo zgolj tiste stroške, ki jih nepremičninsko posredovanje nujno zajema in ne tistih, ki so jih do sprejema novele zakona nepremičninski posredniki dodatno opravljali za svoje stranke (npr. sestava pogodb, primopredaja nepremičnine, zamenjava plačnika pri dobaviteljih električne energije, komunale, ipd.).

Naročitelji se za posredovanje v prometu z nepremičninami odločajo predvsem zaradi visoke ravni varstva, ki jim ga ta nudi pri nakupu, najemu, oddaji itn. nepremičnine in so za takšno storitev tudi pripravljene plačati. Nepremičninska družba mora namreč imeti zavarovano odgovornost za škodo, licencirane nepremičninske posrednike in pri posredovanju skrbeti za interese obeh strank, biti mora torej nepristranska. ZNPosr z odpravo možnosti svobodne pogodbene določitve višine plačila posredovanja pri prometu nepremičnin in z določitvijo obveznosti plačila za posredovanje naročitelja na podlagi pogodbe o posredovanju v prometu z nepremičninami ruši nepristranskost nepremičninskih družb. Stranki pogodbe o nepremičnini imata ustavno zajamčeno pogodbeno avtonomijo, da se sami dogovorita, kdo bo nosil stroške posredovanja. Na prvi pogled se morda za tretjo osebo zdi koristno, da ji ni treba nositi stroškov posredovanja, vendar tu nastopi več težav. V skladu z 20. členom ZNPosr mora nepremičninska družba skrbeti tudi za interese tretje osebe, v nasprotnem primeru jo mora jasno in pisno opozoriti, da nastopa v vlogi zastopnika naročitelja. Sprememba člena, ki strošek nepremičninskega posredovanja prenese zgolj na naročitelja, nepremičninsko družbo de facto potiska v vlogo zastopnika. Predlagatelji zakona so v predlogu ZNPosr-C zapisali, da stroške posredovanja pogosto nosi tretja oseba, ki posredovanja ni naročila, in da se npr. oddaja nepremičnine pogosto pogojuje s plačilom posredovanja, kar predstavlja grobo zlorabo zakona, ki jo prikažejo tudi z nekaj primeri z nepremičninskega trga.⁵⁷ Ne glede na uvedeno spremembo, da stroške nosi izključno naročitelj, temu nič ne preprečuje (in mu tudi ne more), da stroškov ne bi enostavno prenil v višjo najemnino. Tretja oseba tako namesto enkratnega stroška posredovanja dobi višjo najemnino, ker bodo najemodajalci že vnaprej vanjo vračunali stroške. V nekaterih od navedenih primerov je plačilo posredovanja s strani tretje osebe res pogojeno, vendar je tretja oseba tista, ki sprejme ta pogoj in se torej strinja z njim. Pogostost takšnih objav in prevalitev stroškov na stran tretje osebe kaže zgolj na hudo pomanjkanje stanovanj na trgu nepremičnin, ne pa na zlorabe s strani nepremičninskih družb ali naročiteljev. V primeru, da resnično pride do zlorab

⁵⁷ Besedilo Predloga zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o nepremičninskem posredovanju, 13. 6. 2019, EPA 650-VIII, str. str 4-5.

pri izvajanju storitev posredovanja, je za to pristojen Tržni inšpektorat Republike Slovenije.

V avtonomijo pogodbenih strank posegata tudi 25. in 25.a člena ZNPosr, katerih uporaba je zamaknjena 3 mesece po uveljavitvi zakona. Neustavnost 25. člena ZNPosr izhaja iz 25.a člena ZNPosr, saj ta določa pogoje, ob katerih ima nepremičninska družba pravico do plačila za posredovanje, kadar naročitelj sam najde tretjo osebo, s katero sklene pogodbo o nepremičnini. Z omejitvijo zneska povračila dejanskih stroškov na 150 evrov še posebej posega v 35. in 74. člen Ustave. Predlagatelji zakona omejitvev utemeljujejo s primerom, ki naj bi ga zaznal Tržni inšpektorat, v katerem so zaračunani dejanski stroški skoraj dosegli višino najvišjega dovoljenega plačila za posredovanje.⁵⁸ Peti odstavek 25. člena ZNPosr je do sprejetja ZNPosr-C že določal, da sta se lahko nepremičninska družba in naročitelj dogovorila, da je v primeru, ko je naročitelj sam našel tretjo osebo, nepremičninska družba upravičena do plačila za posredovanje, ki pa mora temeljiti na že opravljenih poslih in ne sme presegati ene četrtnine s pogodbo dogovorjenega plačila za posredovanje. ZNPosr je torej že pred sprejemom novele zakona vseboval omejitvev, ki je varovala položaj naročitelja. Predlagatelji nikjer v predlogu zakona niso utemeljili, zakaj je plačilo za dejanske stroške, če pride do ene izmed treh situacij, opredeljenih v drugem odstavku novega 25a. člena ZNPosr, omejeno na 150 evrov. Omejitvev stroškov bi, čeprav bi ravno tako posegala v načelo avtonomije pogodbenih strank, bila morda smiselna, če bi zakonska določba od strank pogodbe o nepremičninskem posredovanju terjala dogovor o povračilu dejanskih stroškov, vendar bi tudi v tem primeru predlagatelji morali temeljito obrazložiti, zakaj ravno znesek 150 evrov. Tako stari peti odstavek 25. člena ZNPosr kot tudi novi drugi odstavek 25a. člena izrecno določata, da se stranki lahko dogovorita o povračilu dejanskih stroškov. Gre torej za prostovoljen dogovor, ki ga stranki vključita v že tako prostovoljno pogodbeno razmerje. Povsem pavšalna omejitvev stroškov na 150 evrov, ki ne upošteva višine dejanskih stroškov, ki nastanejo v praksi, tako pretirano posega v avtonomijo pogodbenih strank.

Če upoštevamo zgolj enega izmed veljavnih cenikov nepremičninskih družb lahko izračunamo, da dejanski stroški za nepremičninsko posredovanje, ki vključuje 3 ogleda, 30 dni oglaševanja in kilometrino za 3 km oddaljeno nepremičnino znašajo 420 evrov, v primeru 10 ogledov, 90 dni oglaševanja in 30 km oddaljenosti nepremičnine pa ti stroški znašajo kar 850 evrov. Oba praktična primera nakazujeta na dejstvo, da je limitiranje dejanskih stroškov na 150 evrov arbitrarno in ne omogoča kritja vseh stroškov nepremičninskega posrednika, kar se bo nedvomno odražalo tudi v njihovi pripravljenosti po prevzemanju takšnih pogodbenih obveznosti.

iii. Pravica do svobodne gospodarske pobude (74. člen Ustave)

Svobodna gospodarska pobuda je opredeljena v prvem odstavku 74. člena Ustave, v praksi Evropskega sodišča za človekove pravice pa se varuje kot vidik pravice do zasebne lastnine, saj sta obe pravici močno prepleteni.⁵⁹ Gre za skup pravic in upravičenj, ki med drugim obsega predvsem svobodno ustanovitev gospodarskega

⁵⁸ Besedilo Predloga zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o nepremičninskem posredovanju, 13. 6. 2019, EPA 650-VIII, str. 14.

⁵⁹ Avbelj et al, Komentar ustave Republike Slovenije, I. del, Nova univerza – Evropska pravna fakulteta, 2019, str. 589.

subjekta (pod zakonskimi pogoji), njegovo vodenje v skladu z ekonomskimi načeli (upoštevaje prisilne predpise), svobodno izbiro dejavnosti, s katero gospodarski subjekti uresničujejo svoje pridobitne interese v konkurenci na tržišču, izbiro poslovnih partnerjev in podobno, ne glede na velikost, statusno obliko ali druge značilnosti⁶⁰. Drugi odstavek 74. člena Ustave določa, da se gospodarska dejavnost ne sme opravljati v nasprotju z javno koristjo, kar daje zakonodajalcu pooblastilo, da jo omeji, ko to zahteva javna korist. Vseeno zakonodajalčeva svoboda pri tem ni neomejena, saj ga veže načelo sorazmernosti. Dovoljen je torej tak ukrep zakonodajalca, ki zagotovi učinkovito varstvo javne koristi in hkrati čim manj poseže v ustavno pravico.⁶¹ Test sorazmernosti je pri presoji posegov v pravico do svobodne gospodarske pobude nekoliko omejen, saj Ustava sama določa, da je poseg dopusten, ko gre za varstvo javne koristi. Ustavno sodišče naj bi v takem primeru presojalo le po testu sorazmernosti v ožjem smislu, torej, ali je teža posledic posega v prizadeto pravico sorazmerna vrednosti zasledovanega cilja. Iz testa bi tako izpadli presoji nujnosti in primernosti. Takšna interpretacija je lahko težavna, saj koristi morda ne bi mogle odtehtati škodljivih posledic posega, v primeru da omejitev ni primerna ali pa z njo sicer izkazane javne koristi ne bi bilo mogoče doseči. V takšnem primeru lahko Ustavno sodišče vseeno izvede popoln test sorazmernosti ali pa zakonski omejitvi (posegu) odreče lastnost varstva javne koristi tako, da ugotovi, da je javna korist podana zgolj in abstracto, ne pa in concreto.⁶² V tem primeru je javna korist zagotovo podana zgolj abstraktno, saj omejitev povračila dejanskih stroškov v novem 25a. členu ZNPosr in omejitev višine plačila za posredovanje v prvem odstavku 5. člena ZNPosr ne bosta zagotovili več primernih stanovanj v skladu s programsko normo 78. člena Ustave. Že jezikovna razlaga tega člena nam pove, da mora država ustvarjati možnosti, da si državljani lahko pridobijo primerna stanovanja, ne pa z neprimernimi ukrepi posegati v svobodno gospodarsko pobudo gospodarskih družb, da same določijo svoje pogoje poslovanja in oblikujejo svoje cene. Ustavno sodišče je v odločbi U-I-293/04 z dne 6. 10. 2005 sicer res potrdilo, da zakonodajalec lahko pri zasledovanju cilja varstva potrošnikov poseže v svobodno gospodarsko pobudo, vendar je tudi poudarilo, da morajo biti uporabljeni ukrepi v razumni zvezi z upravičenimi cilji, ki so v javnem interesu. Ustavno sodišče je v odločbi U-I-192/16 dodatno pojasnilo, da gre lahko za določanje načina izvrševanja pravice le tedaj, ko ima določen pogoj realno vsebinsko zvezo s konkretno urejevano gospodarsko dejavnostjo (zlasti, ko zakonodajalec odvrta nevarnost ali blaži tveganja, ki izhajajo iz opravljanja določene dejavnosti)⁶³. ZNPosr je bil leta 2003 sprejet prav zaradi varstva potrošnikov in je že do sprejetja ZNPosr-C nudil visoko raven varstva potrošnikov. ZNPosr-C gre v tem pogledu korak predaleč, saj intenzivno varuje potrošnika (tako naročitelja kot tretjo osebo), a pri tem posega v načelo svobodnega oblikovanja cen. Pri tem je že Zakonodajno-pravna služba Državnega zbora opozorila, da bi moral predlagatelj obrazložiti tesno povezavo splošnega cilja varstva potrošnikov s storitvijo posredovanja pri sklenitvi najemne pogodbe in tveganja, specifična za dejavnost posredovanja v prometu z nepremičninami, ki bi jih blažila predlagana ureditev⁶⁴.

⁶⁰ Odločbi Ustavnega sodišča U-I-140/99, tč. 3 in U-I-59/03, tč. 7.

⁶¹ Avbelj et al, Komentar ustave Republike Slovenije, I. del, Nova univerza – Evropska pravna fakulteta, 2019, str. 590.

⁶² Avbelj et al, Komentar ustave Republike Slovenije, I. del, Nova univerza – Evropska pravna fakulteta, 2019, str. 594.

⁶³ Odločba Ustavnega sodišča U-I-192/16 z dne 7. 2. 2018, 23. točka.

⁶⁴ Mnenje Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora št. 720-01/19-6/ z dne 28. 6. 2019.

Teorija primeroma navaja določitev najvišje cene dimnikarskih storitev po Zakonu o dimnikarskih storitvah (Uradni list RS, št. 68/16; ZDimS) kot primer kršitve načela svobodnega oblikovanja cen, kar predstavlja poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude. Cena se namreč ne oblikuje na podlagi ponudbe in povpraševanja, temveč jo oblastno predpiše Vlada s sklepom⁶⁵. Smiselno enako je mogoče trditi za 5. člen in 25.a člen ZNPosr, ki določata najvišjo ceno za posredovanje. To sicer res določa že zakon, ne Vlada, a v obeh primerih poseg krši načelo svobodnega oblikovanja cen zaradi dejstva, da cena ne nastane na podlagi ponudbe in povpraševanja, prav tako pa ta ni utemeljena na nobenih konkretnih analizah in izračunih, ki bi omogočili realen preizkus utemeljenosti predlaganih zakonskih omejitev. Ob tem je potrebno posebej poudariti, da so lastniki nepremičnin, za katere se uporablja mala kurilna naprava, pomožna naprava, dimovodna naprava ali prezračevalna naprava, v skladu z določbo 18. člena ZDimS zavezani za izvedbo dimnikarskih storitev izbrati dimnikarsko družbo, stranke v prometu z nepremičninami pa nimajo nobene obveznosti za angažiranje nepremičninske družbe. Poleg tega prvi odstavek 5. člena in 25.a člen ZNPosr določata omejitev cen povsem pavšalno, brez kakršne koli obrazložitve. Obrazložena omejitev cen bi bila razumljiva v pogojih omejene konkurence, vendar trg nepremičninskega posredovanja premore veliko število nepremičninskih družb⁶⁶ in več kot 2.000 nepremičninskih posrednikov.

II. ZAHTEVA

Vlagatelj poziva Ustavno sodišče, da prouči kršitev 33., 35. in prvega odstavka 74. člena Ustave in ugotovi, da so drugi, tretji in četrti odstavek 5. člena, 25. in 25.a člen ZNPosr (Uradni list RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 49/11 in 47/19) v neskladju z Ustavo in v skladu s 43. členom Zakona o ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12) delno razveljavi Zakon o nepremičninskem posredovanju.

III. PREDLOG ZA ZAČASNO ZADRŽANJE

Ustavno sodišče lahko v skladu s prvim odstavkom 39. člena Zakona o ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12; v nadaljevanju: ZUstS) do končne odločitve v celoti ali delno zadrži izvršitev zakona, če bi zaradi njegovega izvrševanja lahko nastale težko popravljive in škodljive posledice. Skladno s sodno prakso Ustavnega sodišča to pri odločanju o zadržanju izpodbijanega predpisa vselej tehta med škodljivimi posledicami, ki bi jih povzročilo izvrševanje morebitnega neustavnega predpisa, in med škodljivimi posledicami, ki bi nastale, če se morebiti ustavnoskladne določbe začasno ne bi izvrševale⁶⁷.

Na podlagi ustaljene ustavnosodne presoje predstavljajo omejitve pravice do svobodne gospodarske pobude primeri, ko predpis posebej oži polje podjetniške svobode zaradi doseganja splošnih javnih ciljev ali ciljev na ločenem področju družbenega življenja⁶⁸. To samo po sebi ne utemeljuje nastanka težko popravljivih škodljivih posledic, vendar lahko štejemo, da nova zakonska ureditev v ZNPosr, ki

⁶⁵ Avbelj et al, Komentar ustave Republike Slovenije, I. del, Nova univerza – Evropska pravna fakulteta, 2019, str. 600.

⁶⁶ V Združenju družb za nepremičninsko posredovanje jih je denimo včlanjenih 129, pri čemer je članstvo prostovoljno, seznam dostopen na URL: <https://zdnps.gzs.si/vsebina/%C4%8Clani-ZDNP> (0 8. 8. 2019).

⁶⁷ Sklep Ustavnega sodišča U-I-144/19-16 z dne 4. 7. 2019, 6. točka.

⁶⁸ Odločba Ustavnega sodišča U-I-192/16 z dne 7. 2. 2018.

omejuje višino dovoljenega plačila za posredovanje pri najemu nepremičnin, posega v pravice nepremičninskih družb do tolikšne mere, da lahko onemogoči njihovo delovanje. Nepremičninske družbe so na podlagi določb 5. člena ZNPosr primorane namreč ne le omejiti plačilo za posredovanje, temveč tudi omenjeno plačilo zaračunati le eni izmed strank, za katero opravljajo storitev posredovanja – naročitelju. Omenjena zakonska ureditev predstavlja resen poseg v pravice več kot 2.000 nepremičninskih posrednikov, ki bodo skladno z novim 25.a členom ZNPosr omejeni tudi pri zaračunavanju dejanskih stroškov, pri čemer se ob manku ustreznih izračunov predlagatelja zakona za določitev meje pri 150 evrih, pojavi vprašanje gospodarske upravičenosti opravljanja omenjenih storitev glede na profesionalno skrbnost in odškodninsko odgovornost, ki jo morajo nepremičninske družbe prevzeti (dejanski stroški namreč običajno presegaajo zakonsko določen znesek).

Glede na to, da veljavna zakonska ureditev v drugem, tretjem in četrtem odstavku 5. člena ZNPosr resno posega v do sedaj svobodno oblikovana obligacijska razmerja med pogodbenimi strankami in upošteva ničnost pogodbenih določil, ki niso v skladu z zakonskimi omejitvami, določenimi v 5. členu ZNPosr, terja takojšnjo spremembo že sklenjenih pogodb o nepremičninskem posredovanju. Škode, ki bi jo ugotovljena protiustavnost omenjene določbe namreč Ustavno sodišče ne bi moglo odpraviti, saj bi bilo soočeno z velikim številom že realiziranih pogodb o nepremičninskem posredovanju. Nepremičninske družbe v tem primeru nimajo zakonske podlage, s katero bi lahko terjale razliko med morebitno dogovorjeno »tržno« ceno za nepremičninsko posredovanje in protiustavno zakonsko limitirano ceno nepremičninskega posredovanja.

Težko popravljive posledice po drugi strani ne bi nastale v primeru zadržanja izvrševanja izpodbijanih določb, saj izpodbijane zakonske določbe ne predstavljajo primerne ukrepa za doseg cilja predlagatelja zakona – t. j. ustvarjanje možnosti državljanom do pridobitve ustreznega stanovanja iz 78. člena Ustave. Omenjena ustavna določba predstavlja programsko normo, pri čemer konkretna zakonska ureditev ne predstavlja njene uresničitve.

IV. PREDLOG ZA PREDNOSTNO OBRAVNAVO

Vlagatelj zahteve predlaga še, da Ustavno sodišče predmetno zadevo obravnava prednostno na podlagi možnosti, ki jo dajeta 2. in 3. alineja 3. odstavka 46. člena Poslovnika Ustavnega sodišča (Uradni list RS, št. 86/07, 54/10, 56/11 in 70/17), saj uporaba omenjenih zakonskih določb resno posega v svobodo ravnanja na premoženjskem področju, avtonomijo strank pri sklepanju pogodb in v pravico do svobodne gospodarske pobude nepremičninskih družb in tako negativno vpliva na pravno varnost in varnost potrošnikov na trgu z nepremičninami.