

NEVELJAVNOST UKREPOV FORMALNO NEZAKONITE DRŽAVNE POMOČI

DENIS BAGHRIZABEHI

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
denis.baghrizabehi@um.si

Prispevek obravnava problem nedoločenosti civilnopravnih oblik neveljavnosti, ki lahko nastopijo kot posledica kršitve obveznosti mirovanja pri dodeljevanju državnih pomoči. Problem je naslovljen na ravni prava EU in na nacionalni ravni, kar odraža zasnovano decentraliziranega izvrševanja prava državnih pomoči pred nacionalnimi sodišči. Posebni ozir raziskovalnega problema predstavlja slovenska ureditev vprašanja civilnopravne neveljavnosti ukrepov nezakonite pomoči. Slovenska sodna praksa problema namreč še ni (izrecno) naslovila, v teoriji pa se zasledijo stališča, ki prvenstveno povzemajo dognanja v razvoju sodne prakse v Nemčiji. Čeprav so ta nastajala postopoma in premorejo pomembne uporabne zaključke, je treba izpostaviti, da so tudi predmet znanstvene in strokovne kritike. Prispevek zato izpostavlja pomanjkljivosti in prednosti nemškega modela ter na tej podlagi predlaga rešitev v slovenskem pravu.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.19](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.19)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
državna pomoč,
ničnost,
neveljavnost,
neučinkovitost,
obveznost mirovanja

Opomba:
Prispevek je izveček že
objavljenega dela:
Baghrizabehi, D.
(2023). *Zasebno uveljavljanje
prava državnih pomoči v
pravdnem postopku : doktorska
d disertacija* [Doktorska
disertacija, Univerza v
Mariboru]. Digitalna
knjižnica Univerze v
Mariboru.



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.19](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.19)

ISBN

978-961-286-817-8

Keywords:

state aid,
nullity,
invalidity,
ineffectiveness,
standstill obligation

Note:

This is an abstract of an already published work: Baghrizabehi, D. (2023). *Zasebno uveljavljanje prava državnih pomoči v pravnem postopku : doktorska disertacija* [Doktorska disertacija, Univerza v Mariboru]. Digitalna knjižnica Univerze v Mariboru.

INVALIDITY OF FORMALLY UNLAWFUL STATE AID MEASURES

DENIS BAGHRIZABEHI

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
denis.baghrizabehi@um.si

The present contribution deals with the problem of determining civil law forms of invalidity for contracts negotiated in contravention of the stand-still obligation in the process of implementing state aid measures. The problem is addressed at both the supranational level (EU law) and the national level, reflecting the overall mechanism of decentralized enforcement of state aid law before national courts. A special aspect of the research problem is presented in the issue of civil law invalidity of unlawful aid measures in Slovenia. Slovenian courts have not yet (explicitly) addressed the problem; however, scholarly writing has adopted a position which generally summarizes the findings of established case law in Germany. Although the developments in German case law were built gradually and contain important and useful conclusions, it should be noted that they are also subject to scientific and professional criticism. The present contribution therefore points out the shortcomings and advantages of the German model and, on this basis, proposes a solution in Slovenian law.



1 Uvod

Država članica EU ne sme izvajati ukrepov državne pomoči, dokler Komisija EU ne sprejme dokončnega (pozitivnega) sklepa o združljivosti predlaganih ukrepov. Tako opisana »obveznost mirovanja«, naslovljena na države članice, je s klavzulo o mirovanju (angl. standstill clause) kodificirana v tretjem stavku tretjega odstavka 108. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije¹ (PDEU). Če je obveznost mirovanja prekršena, se konkretni ukrep pomoči (ali shema pomoči) po pravu EU obravnava kot nezakonit,² kar lahko ima posledice za njegovo civilnopravno veljavnost (če gre za ukrep civilnopravne narave, npr. prodajno pogodbo).

Pravo EU apriorno ne določa oblike oz. stopnje neveljavnosti civilnopravnih aktov, ki predstavljajo ukrep nezakonite državne pomoči. To je drugače kot na področju prava omejevalnih ravnanj, kjer drugi odstavek 101. člen PDEU določa za prepovedane sporazume sankcijo ničnosti.³ Omenjeno med drugim daje podlago *a contrario* sklepu, da za področje državnih pomoči ničnost ni določena.⁴ Takšen sklep utrjuje tudi sodna praksa Sodišča EU, ki glede vprašanja (oblike) neveljavnosti odkazuje na nacionalno pravo držav članic (z določenimi pridržki). Pravna doktrina posameznih držav članic pogosto nima izoblikovanih stališč glede neveljavnosti takšnih ukrepov ali pa se ta stališča oblikujejo šele skozi dolge sodne sage.

Problem, ki ga obravnavamo v nadaljevanju, je nedodelanost slovenske pravne doktrine glede obravnavanega vprašanja. Za reševanja problema smo, prvič, analizirali pravni okvir EU in iztočnice, ki nam jih ponuja Sodišče EU, drugič, opravili podrobno analizo pristopa absolutne neveljavnosti, ki ga je ubrala nemška sodna praksa in izpostavili kritike nemške teorije k temu pristopu,⁵ ter končno, na podlagi prednosti in slabosti nemškega pristopa, poskusili oblikovati stališče, ki je imanentno slovenskemu pravu.

¹ UL C 326, 26. 10. 2012.

² Zadeva C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires in Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, ECLI:EU:C:1991:440 (FNCE), tč. 17; zadeva C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH a iní proti Finanzlandesdirektion für Tirol a iní, ECLI:EU:C:2006:644 (Transalpine Ölleitung), tč. 40.

³ Gre za edino določbo v primarnem pravu, kjer pravo EU izrecno določa civilnopravno sankcijo in na sploh posega v veljavnost poslov civilnega prava. Tako H. Ulrich, Private Enforcement of the EU Rules on Competition – Nullity Neglected, 2021, str. 611.

⁴ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 147–148.

⁵ Nemško pravo je bilo izbrano zaradi podobnosti slovenskemu pravu, ki so izraz skupne (germanske) pravne družine in relativno naprednega doktrinarnega diskurza glede problema.

Prispevek najprej v drugem poglavju obravnava vprašanje neveljavnosti ukrepov nezakonite državne pomoči skozi prizmo nadnacionalnega prava. Temu v tretjem poglavju sledi analiza ureditve neveljavnosti takšnih ukrepov v nemškem civilnem pravu. Analiza nemške ureditve služi kot iztočnica za izvajanje (primerjalnopravnih) zaključkov, ki jih podajamo v razmerju do slovenske pravne ureditve v četrtem poglavju. Končno se v petem poglavju opredelimo do ničnosti kot preferenčne oblike neveljavnosti ukrepov nezakonite pomoči.

2 Nezakonitost pomoči po pravu EU in neveljavnost ukrepov po nacionalnem pravu

Pomembno je naglasiti, da pojma »neveljavnosti« nikakor ne gre zamenjevati s pojmom »nezakonitosti« pomoči. Z nezakonitostjo označujemo kršitev tretjega odstavka 108. člena PDEU, ki vsebuje prepovedno normo. S to označbo se torej sporoča, da je pomoč izvedena v nasprotju z »zakonom«, tj. tretjim odstavkom 108. člena PDEU. Pri tem ne smemo pojma »zakon« tolmačiti jurisprudenčno, saj primarno pravo EU ni »zakon« v doslednem hierarhičnem pojmovanju pravnih aktov, temveč moramo pojem razumeti kot »protipravnost« (v tem smislu prim. npr. angl. illegal ali unlawful ter nem. rechtswidrig kot semantično bolj ustrezne označbe). Takšna nezakonitost je opredeljena tudi kot »formalna«⁶ ali »procesna«⁷ nezakonitost, kajti označuje kršitev norme postopkovnega značaja, ne glede na (materialnopravno) združljivost pomoči. Nezakonitost v opisanem smislu izvira iz prava EU oz. nastane kot posledica kršitve prava EU.

Od vprašanja nezakonitosti pomoči po pravu EU je treba ločevati neveljavnost tega ukrepa po nacionalnem pravu. Nacionalna sodišča namreč varujejo pravice posameznikov v postopkih zasebnega uveljavljanja prava državnih pomoči, tako da »v skladu z nacionalnim pravom sprejmejo vse ustrezne ukrepe, [...] glede veljavnosti aktov in povračila.«⁸ Posledice (ne)veljavnosti nezakonite pomoči se

⁶ T. Jestaedt, Das Rückzahlungsrisiko bei formell rechtswidrigen Beihilfen, str. 49–52; C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 37–38; Mnenje generalne pravobranilke Kokkot v zadevi C-275/10, Residex Capital IV, ECLI:EU:C:2011:354, tč. 28.

⁷ Primeroma izpostavimo, da je nadzorni organ EFTA (Evropsko združenje za prosto trgovino) predhodno nezakonito pomoč v svojih smernicah kar opisno opredeljeval kot »pomoč, nezakonito na procesni podlagi« (angl.: aid unlawful on procedural grounds). Gl. UL L 124, 23. 5. 1996, str. 41–52, kjer nadzorni organ EFTA pojasni deskriptivno označbo. Nadzorni organ EFTA skrbi za uveljavljanje pravil o notranjem trgu (in tamkaj državnih pomočeh) v državah članicah EFTA.

⁸ Zadeva *Transalpine Ölleitung*, tč. 47. Gl. tudi zadeva *FNCE*, tč. 12; zadeva C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH* in *Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH* proti *Finanzlandesdirektion für Kärnten*, ECLI:EU:C:2001:598, tč. 26–27, združeni zadevi C-261 in 262/01, *Belgische Staat* proti *Eugène van Calster* in *Felix Cleeren* (C-261/01)

bodo torej določale glede na sankcije, ki jih za takšno nezakonitost (kršitev norme) predvideva nacionalno pravo. Ni torej nujno, da bo nezakonita državna pomoč v vsaki državi članici nosila predznak absolutne neveljavnosti ali relativne neveljavnosti oz. kakšne druge oblike pogojne veljave.

Kljub temu pa ne gre zanikati posredni vpliv prava EU na obliko neveljavnosti po nacionalnem pravu. Neveljavnost namreč ni končna posledica nezakonitosti državne pomoči. Cilj prava državnih pomoči v svoji kurativni obliki je odpraviti posledice izvedene nezakonite pomoči, tj. vzpostaviti stanje, kakršno bi bilo, če pomoč ne bi bila implementirana v nasprotju z obveznostjo mirovanja (restitucija).⁹ Pogosto vzpostavitev takšnega stanja ne bo mogoča, če pravni posel, s katerim je bila nezakonita pomoč podeljena, ostaja veljaven. Praviloma bo namreč veljavna pravna podlaga (pravni naslov) onemogočala vračilo prednosti, če prejemnik nezakonite pomoči ne bo voljan prostovoljno vrniti. Zato končni cilj prava državnih pomoči (restitucija) posredno narekuje, da država članica opredeli takšno sankcijo (npr. ničnost), da bo mogoča učinkovita restitucija.¹⁰ Če je zgolj del civilnega posla obremenjen z nezakonito pomočjo, je treba preučiti možnost ohranitve neobremenjenega dela v veljavi.¹¹

Da pravo EU ne določa sankcije ničnosti za posle civilnega prava, s katerimi se krši klavzula o mirovanju, implicitno izhaja iz sodbe *CELF I*, kjer je sodišče EU zaključilo, da nacionalno sodišče ni dolžno naložiti vračila pomoči, ki je bila izvajana v nasprotju s to določbo, če je Komisija EU sprejela dokončno odločitev, da je navedena pomoč združljiva s skupnim trgovom.¹² To pa nadalje sledi tudi iz drugih alternativnih ukrepov, ki jih lahko nacionalno sodišče sprejme pred dokončno odločitvijo Komisije EU kot npr. s prenosom sredstev na zamrznjeni račun, tj. z

in *Openbaar Slachthuis NV* (C-262/01), ECLI:EU:C:2003:571, tč. 64, in zadeva C-71/04, *Administración del Estado proti Xunta de Galicia*, ECLI:EU:C:2001:598, tč. 50.

⁹ Logična posledica ugotovitve nezakonitosti pomoči je njena odprava z izterjavo, tako da se vzpostavi prejšnje stanje. Glavni cilj izterjave nezakonito izplačane državne pomoči je namreč odprava izkrivljenja konkurence. Tako zadeva C-349/17, *Eesti Pagar AS proti Ettevõtuse Arendamise Sihtasutus in Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium*, ECLI:EU:C:2019:172, tč. 13.

¹⁰ Smiselno enako U. von Reußow, 2005, *Die Kompetenzen nationaler Gerichte im Anwendungsbereich des EG-Beihilferechts*, str. 130.

¹¹ Prav tam.

¹² Zadeva C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF) and Ministre de la Culture et de la Communication v Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, ECLI:EU:C:2008:79 (*CELF*), tč. 54–55. Hkrati je vendarle treba poudariti, da je Sodišče EU v sodbi v tej zadevi izpostavilo, da ni ovir, da nacionalno sodišče v okviru svojega nacionalnega prava, če je to predvideno, naloži polno vračilo nezakonite pomoči kljub pravici države članice, da pomoč kasneje ponovno izvaja: prav tam, tč. 53–55.

začasnimi ukrepi.¹³ Ničnost je namreč sankcija, ki nastopi *ab initio* ter *ex lege* in v takem primeru odpade smoter za navedena pravna sredstva, kajti kljub pozitivni *ex-nunc* odločbi Komisije EU bi bila pomoč prenesena brez veljavnega pravnega temelja. Ničnost kot najstrožja oblika neveljavnosti tako razvrstitev naknadno odločbo o materialni združljivosti posla.¹⁴

Sicer pa v literaturi prihaja do izraza stališče, da je posledica nezakonitosti ukrepov predvsem ta, da so nasprotujoči posli civilnega prava »brez pravnega učinka«.¹⁵ Če namreč ponovimo maksimo, nacionalna sodišča morajo zagotoviti, da bodo v skladu z njihovim nacionalnim pravom odpravljene vse posledice kršitve tretjega odstavka 108. člena PDEU. To bo mogoče tedaj, kadar so ti posli brez pravnega učinka.¹⁶ Smejo pa (po pravu EU) učinkovati, če jih Komisija EU naknadno odobri s pozitivno odločbo. Neveljavnost gre potem razumeti kot metodo za odpravo učinkov spornega posla, ki predstavlja ukrep nezakonite in nezdružljive pomoči.¹⁷

3 Primerjalnopravne iztočnice v nemškem pravu

Po ustaljeni nemški sodni praksi so (zavezovalni)¹⁸ posli civilnega prava, sklenjeni in nasprotju s klavzulo o mirovanju, skratka takšni, ki predstavljajo ukrep nezakonite državne pomoči, v celoti nični. Kljub temu se v literaturi pojavljajo resni pomisleki o ustreznosti takšne sankcije.

¹³ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 149.

¹⁴ Gl. M. Ludwigs, III. Staatliche Beihilfen, v: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Werkband, 2021, rn. 392; A. Bartosch, Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfenverbots Das CELF-Urteil vom 12. 2. 2008 und seine Auswirkungen auf Deutschland, 2008, str. 239.

¹⁵ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 148–151; gl. še zadeva FNCE, tč. 12 in 17.

¹⁶ U. Von Reußow, 2005, Die Kompetenzen nationaler Gerichte im Anwendungsbereich des EG-Beihilferechts, str. 129.

¹⁷ *Quardt* in *Nielandt* jedrnato povzame, da je za nacionalnega sodnika vseeno, ali se ukrepi opredelijo kot neveljavni ali veljavni; pogloblitno je, da rešitev nacionalnega prava prepreči (kontinuirane) učinke nezakonite pomoči. Gl. G. Quardt, D. Nielandt Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 203.

¹⁸ Na razpolagalne pravne posle stvarnega prava (razmerja *in rem*) naj pravo EU ne bi neposredno vplivalo (gl. D. A. Verse, W. Vurmnest, Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilferecht, 2004, str. 874–875). Drugače starejša sodna praksa: M. Pechstein, Nichtigkeit beihilfengewährender Verträge nach Art. 93 III 3 EGV, 1998, str. 496. Izpostavimo, da v Nemčiji ni uveljavljen kavzalni odnos med zavezovalnim in razpolagalnim poslom.

3.1 Ničnost kot uveljavljena posledica v sodni praksi

Prvič je o ničnosti nezakonite pomoči v obliki posla civilnega prava odločilo nemško zvezno sodišče (BGH) leta 2003.^{19, 20} Med razlogi sodbe je BGH navedlo, da določba tretjega odstavka 108. člena PDEU predstavlja t. i. prepovedni zakon (nem. Verbotsgesetz) po določbi par. 134 BGB.²¹ Ob tem je BGH sicer poudarilo, da gre pri kršitvi klavzule o mirovanju sicer za »formalno« kršitev, ki sama po sebi še ne zadošča za sankcioniranje z ničnostjo, vendar pa je namen klavzule o mirovanju ta, da se zagotavljajo enakovredni konkurenčni pogoji na notranjem trgu (oz. se preprečuje izkrivljanje konkurence), kar daje kršitvi »materialno« komponento. BGH obravnava tudi vprašanje enostranskosti prepovedi. Tozadevno izpostavi dvom, ali je obveznost mirovanja usmerjena samo k državi članici ali pa velja tudi za upravičenca, saj se zagotavljanje proste konkurence na notranjem trgu lahko vrši samo ob sodelovanju upravičencev do pomoči. BGH sklene, da ti pomisleki v končni fazi niso pomembni, saj se par. 134 BGB lahko uporabi tudi, ko gre za prepoved, ki je usmerjena samo zoper eno stranko posla. Cilj prava državnih pomoči, tj. preprečiti, da bi bila pomoč implementirana in bi prejemnik prejel konkurenčno prednost, se zagotovi, če je posel ničen, tako da sta država članica ali konkurent v položaju, ko lahko dosežeta takojšnje vračilo nezakonite pomoči in odpraviti izkrivljanje konkurence. Takšna posledica, tj. neučinkovitost posla, po mnenju BGH sledi tudi iz sodne prakse Sodišča EU, ki zanika *ex post facto* konvalidacijo ukrepa.²² Nemška sodna praksa v nadaljevanju ni odstopila od naziranja ukrepov nezakonite pomoči kot civilnopravno ničnih.²³

3.2 Klavzula o mirovanju kot *Verbotsgesetz*

Določba par. 134 BGB opredeljuje, da je pravni posel, s katerim se krši prepovedni zakon, ničen, če zakon ne določa drugače.²⁴ Gre za poseg v avtonomijo volje strank, ki ne morejo uživati polne svobode pri urejanju svojih razmerij oz. jim sodni sistem

¹⁹ BGH, Urteil vom 4. 4. 2003, V ZR 314/02.

²⁰ Poudariti je treba, da so nekatera nižjeinstančna sodišča že predhodno obravnavala takšne posle kot nične. Gl. LG-Rostock, Urteil vom 23. 7. 2002, Az.: 4 O 468/01.

²¹ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738).

²² BGH, Urteil vom 4. 4. 2003, V ZR 314/02, tč. 22 in 23.

²³ BGH, Urteil vom 20. 1. 2004, XI ZR 53/03; BGH, Urteil vom 5. Juli 2007, IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129 tč. 33; BGH, Beschluss vom 13. 9. 2012, III ZB 3/12.

²⁴ Nemško: Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

ne more nuditi zaščite glede poslov, ki nasprotujejo prepovedanim ravnanjem, kakor jih je opredelil zakonodajalec in so določeni v javno korist. Poudariti gre, da ne bo že sleherna kršitev prepovedne zakonske norme vodila v ničnost posla, temveč je stvar interpretacije, ali konkretna norma nemara ne odkazuje na drugo posledico.²⁵

Določba par. 134 BGB ne daje odgovora na vprašanje, kdaj gre za prepovedni zakon. Že tukaj velja omeniti, da pojma ne gre mešati s kogentnim pravom (*ius cogens*). Posli v nasprotju s kogentnimi pravili so nični *per se*, saj jih pravo sploh ne dopušča oz. v tem delu odreka avtonomijo strank.²⁶ Prav tako uporaba par. 134 BGB ne pride v poštev, ko prepovedni zakon sam določa sankcijo za kršitev in je kot tak *lex perfecta*.²⁷ Določba služi kot transmissijska gred, preko katere se posle civilnega prava poveže v pravno celoto z drugimi pravnimi področji in se zagotavlja koherenca tega, kar velja kot pravno dopustno ravnanje.²⁸ Kvaliteta prepovednega zakona se nanaša tako na domače zakone v ožjem smislu, kakor tudi nekatere podzakonske predpise in ne nazadnje norme ustavnih zakonov. Pomembneje je, da takšno lastnost uživajo tudi neposredno učinkovite norme evropskega (primarnega in sekundarnega) prava.²⁹

Za odgovor na vprašanje, kdaj gre za prepovedno zakonsko normo, bodo prišle v poštev metode interpretacije v pravu, začeni z gramatikalno. Vendar teorija opozarja, da kadar zakon določa, da neki subjekt »ne more« (nemš. kann nicht) ali »ne bi smel« (nem. darf nicht) ravnati na neki način, to samo po sebi ne govori v prid temu, da gre za prepovedno normo. Prepovedna narava pride bolj do izraza, kadar zakon opredeljuje, da določen subjekt »ne sme« (nem. muss nicht) ravnati na določen način.³⁰ Zanj po novejšem tolmačenju tudi ni pomembno ali naslovi prepoved zgolj eni stranki razmerja ali vsem (večim), je pa to lahko relevantna okoliščina.³¹ Nadalje pa je predvsem od teleološke razlage odvisno, ali prepovedna norma odkazuje na ničnost ali ne; pomembno je prepoznati »namen in cilj« (nem. Sinn und Zweck) norme.³²

²⁵ H. Wendtland, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: BeckOK BGB, 2021, rn. 1–2.

²⁶ C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 5.

²⁷ C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 3.

²⁸ Gl. B. S. Markezines, H. Unberath, A. C. Johnston, 2006, The German Law of Contract, str. 242.

²⁹ C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 30, 37. Niso pa to npr. norme tujega prava; statuti pravnih oseb, kodeksi raznih združenj ali moralna pravilna. Tako H. Wendtland, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: BeckOK BGB, 2021, rn. 5–8.

³⁰ C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 43–45.

³¹ Prav tam, rn. 48.

³² S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 151.

3.3 Kritika k ničnosti

Nemška sodna praksa je iz že navedenih razlogov prepoznala tretji odstavek 108. člena PDEU kot prepovedni zakon, ki vodi v ničnost in ne v kakšno drugo posledico. Svoj zaključek je BGH utemeljevalo tudi s sklici na literaturo, ki se je v preteklem obdobju postavljala v prid stališču ničnosti ukrepov nezakonite pomoči.³³ Zdi se, da so zaključki takratne teorije v smeri ničnosti posledica pretogega in nepravilnega tolmačenja sodne prakse Sodišča EU. Tako npr. *Pechstein* na podlagi sodbe v zadevi *FNCE*, kjer je Sodišče EU navedlo, da bo kršitev klavzule o mirovanju vplivala na veljavnost ukrepov, sprejetih v nasprotju s klavzulo, sklene, da je Sodišče EU očitno ciljalo, da ukrepi morajo biti neveljavni oz. nični. Razumeti gre sicer izvor in smisel takšnega razlogovanja. Sodišče EU je tedaj namreč odstopilo od nevtralnega besednjaka o »nezakonitih« državnih pomočeh in se izreklo glede »veljavnosti« ukrepov.³⁴ Kasneje je sicer v teoriji postalo jasno, da Sodišče EU z vplivom na veljavnost ukrepov cilja predvsem na njihovo neučinkovitost in je s tega vidika tolmačenje BGH postalo obsoletno in nepravilno.³⁵

Nedolgo za tem, ko je BGH zavzelo stališče, so se pojavile še druge kritike sodbe. Avtorji so očitali, da sodba, kljub poskusom obrazložitve materialne razsežnosti prepovedi,³⁶ ne naslovi težav, ki nastanejo, če Komisija EU naknadno izda pozitivno odločbo o združljivosti pomoči. Nadalje sodba odpira pot vprašanjem, ali je treba v takem primeru skleniti nov posel, namesto tega, ki je predhodno bil spoznan kot ničen, in kdo nosi stroške v tej povezavi. Prav tako je bila kot nepravilna napadena ocena BGH o tem, da je klavzula o mirovanju usmerjena tudi zoper prejemnika. V splošnem gre zaslediti komentarje, da je sodba BGH v cilju zasledovanja *effet utile* prava EU šla predaleč.^{37, 38}

³³ C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018; M. Pechstein, Nichtigkeit beihilfengewährnder Verträge nach Art. 93 III 3 EGV, 1998, str. 495 in 497; W. Schroeder, Vernünftige Investition oder Beihilfe?, 1997, str. 805–845.

³⁴ M. Pechstein, Nichtigkeit beihilfengewährnder Verträge nach Art. 93 III 3 EGV, 1998, str. 496. Prim. W. Tilmann, M. Schreiberbauer, Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen, 2002, str. 213.

³⁵ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 148; V. Fiebelkorn, H. A. Petzold, Durchführungsverbot gemäß Art. 88 III 3 EG, Rückförderungsverpflichtung und Nichtigkeitsfolge: Ist die BGH-Rechtsprechung praxisgerecht?, 2009, str. 323–324.

³⁶ Materialno razsežnost h klavzuli o mirovanju je BGH v bistvu dodala po popolnoma lastnem tolmačenju; iz prava EU izhaja namreč zgolj postopkovni značaj te norme. Materialno vprašanje združljivosti ureja 107. člen PDEU. Tako tudi S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 142.

³⁷ Gl. G. Quardt, D. Nieland Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 202–204.

³⁸ Sodba BGH je prestroga tudi z vidika časovne komponente. Obveznost mirovanja je po svoji zasnovi določena kot začasna. Sankcija ničnost spregleda to lastnost. Tako S. Strievi, P. Werner, Nichtigkeit eines beihilfengewährenden Vertrages nach § 134 BGB i.V. mit Art. 88 III 3 EG, 2006, str. 108.

Današnje vedenje o posledicah, ki so immanentne pravu EU, nas lahko pripelje do zaključka, da je BGH v svoji argumentaciji morda šlo predaleč. Po eni strani je z ničnostjo sicer resda olajšalo možnost zasebnega uveljavljanja prava državnih pomoči in državo članico posredno prisililo k bolj pazljivemu in doslednemu spoštovanju pravil o državnih pomočeh, po drugi strani pa je onemogočilo naknadno konvalidacijo formalno nezakonitih ukrepov oz. strogo³⁹ tolmačilo nezmožnost *ex post facto* formalne zakonitosti, kot bi ta narekovala sankcijo ničnosti. Prav to je morebiti največji očitek, ki ga lahko naslovimo na BGH, in sicer, da ni opravilo dovolj skrbne prospektivne analize položaja, v katerem Komisija EU naknadno odobri pomoč.

3.4 Delna ničnost in salvatorične klavzule

BGH se v obrazložitvah dolgo ni ukvarjalo z možnostjo delne ničnosti, tj. ničnosti posla v tistem delu, ki predstavlja nezakonito državno pomoč.⁴⁰ Nezmožnost delne ničnosti je sicer uveljavljena v praksi BGH pri drugem odstavku par. 138 BGB, kjer je posel neveljaven zaradi oderuštva; tamkaj se zdi tehtanje nemoralne količine oz. oderuškega dela posla neprimerno za sodišče.⁴¹ Vendar je položaj pri nezakonitih pomočeh drugačen. Tukaj je možno oceniti premoženjsko vrednost, ki predstavlja nezakonito pomoč. Kljub temu pa je ugotavljanje tega dela, skratka neke dopolnilne ali presežne premoženjske vrednosti posla, zelo zahtevna naloga za nacionalno sodišče.⁴² Ničnost celotnega posla oz. pravnega razmerja je torej pripravna metoda, da se zagotavlja *effét utile* prava EU in kot figurativni Damoklejev meč bdi nad razmerji države članice s podjetji.⁴³

³⁹ Omeniti velja, da del teorije smatra, da je v dvomu (na kakšno posledico odkazuje prepovedna norma) potrebno za kršitev zakonske prepovedne norme določiti posledico ničnosti. Gl. J. Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, par. 45, m 2.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 5. 7. 2007, IX ZR 256/06; BGH, Beschluss vom 13. 9. 2012, III ZB 3/12.

⁴¹ H.-P. Mansel, BGB § 139 Teilnichtigkeit, v: Bürgerliches Gesetzbuch, 2021, rn. 8.

⁴² Uporabo določb o delni ničnosti nadalje otežuje pojavna oblika prednosti. Kadar je gospodarska korist prenesena podjetju v obliki pozitivne dajatve države članice je treba ugotoviti presežni del, ki predstavlja državno pomoč (ki ga je treba vrniti). Če je, po drugi strani, gospodarska korist v tem, da je podjetje oproščeno dela neke dajatve ali stroškov, bi morali praznino, ki jo povzroči ničnost, nekako zapolniti, tako da bi bila dajatev ali strošek primerno višja. M. Heidenhaim, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG Bemerkungen zu BGH, EuZW 2003, 444 und EuZW 2004, 2005, str. 137–138.

⁴³ J. Kühling, Das Damoklesschwert der Nichtigkeit bei Missachtung des Durchführungsverbot aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG, 2003, str. 503–506.

V sodbi I ZR 92/11⁴⁴ je BGH prvič vendarle omenilo možnost delne ničnosti civilnopravnega posla (konkretno prodajne pogodbe), ki predstavlja ukrep nezakonite pomoči. Najprej je izpostavilo, da dejstvo, da je prepoved naslovljena eni stranki, v kombinaciji z načelom sorazmernosti, narekuje dolžnost sodišča, da preuči možnost delne ničnosti kot milejšega ukrepa. To bi moralo biti še posebej pomembno pri kršitvi klavzule o mirovanju, saj se lahko dvomi o nezakoniti naravi posla pojavijo šele čez nekaj let, ko je posel že implementiran⁴⁵ in ko zgolj nesorazmerno majhen del posla predstavlja element pomoči.⁴⁶ BGH je sklenilo, da mandatnost ničnosti celotnega posla tudi ne izhaja iz prava EU in si pri tem pomagalo z analogno uporabo sodne prakse Sodišča EU na področju protimonopolnega prava.⁴⁷ Izkrivljanje konkurence je mogoče doseči z vračilom koristi, ki predstavlja nezakonito pomoč ali s spremembo (zvišanjem) cene (in/ali obresti) posla, tako da je prejemnik dolžan doplačati razliko.⁴⁸

Kljub temu je po mnenju BGH treba delno ničnost posla na načelni ravni odrekli in šteti celoten posel kot ničn. Cena je namreč bistveni element prodajne pogodbe (oz. drugih poslov).⁴⁹ Če je razlog ničnosti vezan na *essentialia negotii* posla in ne na posamezno določbo posla, brez katere lahko posel obstane, potem pride v poštev samo celotna ničnost posla.⁵⁰

Toda v konkretnem primeru presoje BGH sta se stranki dogovorili, da v primeru ničnosti posamezne določbe posla, le-ta ostane v veljavi in se neveljavna določba nadomesti z dogovorom, ki bo zagotavljal, da se ohrani gospodarski pomen in cilj neveljavne določbe. Gre za salvatorično klavzulo s pridruženo substitucijsko klavzulo (Erhaltens- und Ersetzungsklausel), s katero se skuša v primeru neveljavnosti posla, slednjega rešiti tako, da se neveljavno določbo zgolj substituirata z novim, tj. veljavnim dogovorom. Takšno metodo za reševanje spornih poslov sta v teoriji predhodno predlagala *Verse* in *Wurmnest*. Klavzula bi po njenem mnenju

⁴⁴ BGH, Urteil vom 5. 12. 2012, I ZR 92/11.

⁴⁵ Prav tam, tč. 56–58.

⁴⁶ M. Heidenhain, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG Bemerkungen zu BGH, 2003, 444 und EuZW 2004, 2005, str. 137.

⁴⁷ Zadeva 34-67, Firma Gebrüder Lück proti Hauptzollamt Köln-Rheinau, ECLI:EU:C:1968:24. V večini držav članic je delna ničnost takšnih poslov nekaj običajnega in se načeloma poskuša posel ohraniti v veljavi. Tako F. J. Säcker, Article 81(2) EC & Civil Law Effects, 2008, str. 703–705.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 5. 12. 2012, I ZR 92/11 tč. 46 in 50.

⁴⁹ Prav tam, tč. 59.

⁵⁰ J. Riewe, BGH, Urteil vom 05. Dezember 2012, Az. I ZR 92/11: Zu niedriger Kaufpreis als Beihilfeelement bei einer Pipeline-Veräußerung durch die öffentliche Hand (CEPS Teilstück), 2018, str. 288; H.-P. Mansel, BGB § 139 Teilnichtigkeit, 2021, rn. 8.

morala vsebovati upravičenje prejemnika pomoči, da od sopogodbenika v razumnem času zahteva prilagoditev oz. spremembo posla z dogovorom, tako da se odpravi element pomoči (zvišanje pogodbene cene na tržno vrednost, skupaj z obrestmi). S tem se zagotavlja varstvo interesov obeh strank, saj bi stranki, če bi vedeli, da se bo posel štel za nezakonito državno pomoč, sklenili pod drugačnimi pogoji. Ob varstvu zasebnega se zagotavlja tudi varstvo javnega interesa, saj se odpravi izkrivljanje konkurence. Avtorja sicer priznavata, da predlagana rešitev ni idealna, saj cena predstavlja bistveno sestavino pogodbe in v primeru znatnega zvišanja ne bi več ustrezala gospodarskemu pomenu in ciljem strank ter v skrajnem primeru predstavlja nekaj, na kar stranki ne bi pristali, če bi vedeli za razlog ničnosti.⁵¹

BGH je v konkretnem primeru zavrnilo možnost, da bi posel obveljal. Vendar poudarimo, da sta stranki v obravnavnem primeru sklenili abstraktno salvatorično in substitucijsko klavzulo. Splošna substitucijska klavzula glede cene po stališču BGH ne more ohraniti posla v veljavi. Pošteni pogodbeni stranki ob tehtanju interesov namreč ne bi sklenili takšne klavzule z ozirom na ceno. Res je sicer, da bi imela prilagoditev oz. sprememba cene pozitiven učinek za državo in da njeni interesi niso v ničemer prizadeti. Ni pa mogoče dejati, da bi sopogodbenik v vsakem primeru pristal na zvišanje cene. Posel bi potencialno lahko obstal v veljavi samo v primeru, ko bi obstajali konkretni indici hipotetične volje strank v primeru (delne) ničnosti posla. V nasprotnem primeru je na sodniku namreč nesorazmerno breme ugotavljanja takšne hipotetične volje.⁵² BGH je tako močno zožilo polje učinkovitosti in posledično uporabne vrednosti takšnih klavzul.⁵³ Stranki bosta lahko ohranili posel v veljavi samo, če bosta oblikovali dovolj natančno salvatorično in substitucijsko klavzulo, iz katere bo jasno razviden njun namen, da se posel v primeru delne ničnosti uskladi s tržnimi parametri. V končni fazi je tudi takšen sklep BGB mogoče kritizirati. Prvič je treba omeniti, da možnost delne ničnosti posla v primerih nezakonite pomoči nima praktičnega pomena, saj bo ravno cena kot bistvena sestavina posla tista, ki bo v teh zadevah sporna, kar pa bo praviloma vodilo v ničnost celotnega posla. Drugič pa možnost uporabe omenjenih klavzul odpira pot frivolnemu sklepanju poslov pod tržno ceno, ki imajo varnostni mehanizem, ki omogoča njihovo številčno sklepanje.

⁵¹ D. A. Verse, W. Wurmnest, Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilferecht, 2004, str. 867–868.

⁵² BGH, Urteil vom 5. 12. 2012, I ZR 92/11, tč. 60–68.

⁵³ Tako tudi J. Kühling, Rechtskraftdurchbrechung durch EU-(Beihilfen-)Recht: Die Tragweite der EuGH Vorlage des LG Münster, 2015, str. 3.

3.5 Viseča neučinkovitost posla (*schwebende Unwirksamkeit*) kot alternativa ničnosti

Po par. 134 BGB je posel, ki krši prepovedni zakon, ničen, če iz zakona ne izhaja druga posledica. Ena izmed takšnih posledic je viseča neučinkovitost (nem. *schwebende Unwirksamkeit*).⁵⁴ Posel, ki je predmet viseče neučinkovitosti, sicer velja in zavezuje stranke,⁵⁵ vendar ne učinkuje, kar pomeni, da stranki ne moreta izvajati pravic in obveznosti iz posla. Posel postane polno učinkovit, če poda tretji odobritev k poslu,⁵⁶ pri čemer rok za odobritev praviloma ni določen.⁵⁷ Po drugi strani ničnost pomeni, da je posel neveljaven in neučinkovit od samega začetka. BGB sicer izrecno določa pogojno neučinkovitost pri odobritvi posla, ki ga sklene mladoletnik (par. 107 BGB), s strani starša oz. skrbnika, ter pri odobritvi posla, ki ga sklene pooblaščenec brez pooblastila, s strani neupravičeno zastopanega (par. 177 BGB),⁵⁸ v upravnem pravu pa npr. par. 58 VwVfG za pogodbe javnega prava, ki zahtevajo odobritev oblastvenega organa.⁵⁹ Če posel končno ni deležen potrebne odobritve, nastopijo enake posledice kot pri ničnosti in je mogoče na podlagi par. 812 BGB kondicirati tisto, kar je bilo na njegovi podlagi izpolnjeno.⁶⁰

⁵⁴ G. Quardt, D. Nielandt, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 204; Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, m. 121.

⁵⁵ To pomeni predvsem, da stranki ne moreta brez razloga odstopiti od posla. Tako F. Bayreuther, BGB §184 Rückwirkung der Genehmigung, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, m. 4. V času visečnosti se morata stranki seveda vzdrževati ravnani s katerimi ogrožata bodočo spolnitev.

⁵⁶ Tudi zastaranje začne teči šele po odobritvi. Gl. F. Bayreuther, BGB §184 Rückwirkung der Genehmigung, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, m. 3; H. Dörner, BGB § 184 Rückwirkung der Genehmigung, Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019, m. 2, 13.

⁵⁷ To lahko vodi v dolgoročno negotovost. Tako B. Lorenz, Die Rückwirkung der Genehmigung von schwebend unwirksamen Verträgen (§ 184 BGB), 2009, str. 215.

⁵⁸ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 152–153.

⁵⁹ Neodvisno od zakonsko izrecno predvidenih podlag v BGB, je BGH že odločilo (BGH, Urteil vom 10. 6. 1999, Az.: IX ZR 409/97), da posli, kjer se zahteva odobritev oblastvenega organa, v času do (ne)odobritve načelno štejejo kot viseče neučinkoviti. Tako G. Quardt, D. Nielandt Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 204. Pütz kritično izpostavlja, da je stališče BGH v prid ničnosti v bistvu odstop od načelnega stališča, ki ga je sodišče samo oblikovalo. Gl. M. Pütz, EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB, 2004, str. 2199–2200.

⁶⁰ G. Quardt, D. Nielandt Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 204.

Del teorije v Nemčiji zagovarja visečo neučinkovitost posla kot preferenčno posledico kršitve klavzule o mirovanju.⁶¹ Preden je BGH zavzelo stav o ničnosti poslov, ki kršijo klavzulo o mirovanju, je bilo tudi v sodni praksi mogoče zaslediti primere, v katerem se je sodišče opredelilo v prid viseči neučinkovitosti.⁶²

Bühner ponuja najbolj dodelano analizo viseče neučinkovitosti v primerih nezakonite državne pomoči. Po njegovem mnenju je za uporabo tega instituta kot preferenčnega napram ničnosti treba ugotoviti dvoje. Prvič, ali viseča neučinkovitost izključuje zahtevek upravičenca po izplačilu pomoči oz. prenosu prednosti pred pozitivno odločbo Komisije EU, in drugič, ali omogoča takojšnjo izterjavo pomoči. Na prvo vprašanje je odgovor pritrdilen, saj stranki do potrditve posla ne moreta zahtevati spolnitve (izvajati pravic in obveznosti). Bolj vprašljiva je možnost takojšnje izterjave. Vračilo oz. izterjava nezakonite pomoči se vrši na podlagi par. 812 BGB – vrniti je treba tisto, kar je bilo dano brez pravne podlage ali pa je pravna podlaga kasneje odpadla. Kondikcijski zahtevek iz par. 812 BGB je po tolmačenju BGH utemeljen zmerom tedaj, kadar se tisti, ki je nekaj izpolnil brez pravne podlage, ni zavedal visečnosti posla.⁶³ Tukaj nastopi težava, saj bi se država članica morala zavedati obveznosti mirovanja, ki izhaja iz tretjega odstavka 108. člena PDEU. *Bühner* tozadevno sicer pojasni, da tolmačenje BGH ni obvezujoče in da ni pomensko zaključeno. Nadalje pa še, da bi se prejemnik lahko uprl vračilu samo, če bi se mogel na podlagi svoje dobrovernosti sklicevati na *venire contra factum proprium*, kar pa se zaradi dolžnosti skrbnosti po pravu EU oz. izjemnih primerov, ko obveznost vračila pomoči po pravu EU preneha, ne bi mogel. Vendar *Bühner* argumentira svoje stališče tudi s sklicevanjem *a contrario* na določbo par. 814 BGB, po kateri ni mogoče zahtevati nazaj tistega, kar je bilo dano, če se je dajalec zavedal, da dolg ne obstaja.⁶⁴ Težave povzroča tudi par. 184 BGB, po katerem ima naknadna odobritev viseče učinkovitega posla učinek *ex tunc*.⁶⁵ To je v nasprotju s sprejetim stališčem, da pozitivna odločitev Komisije EU ne konvalidira nezakonitosti pomoči *ex post facto*. Če bi dosledno sledili par. 184 BGB, bi nas to privedlo do sklepa, da

⁶¹ Prav tam; V. Fiebelkorn, H. A. Petzold, Durchführungsverbot gemäß Art. 88 III 3 EG, Rückforderungsverpflichtung und Nichtigkeitsfolge: Ist die BGH-Rechtsprechung praxisgerecht?, 2009, str. 327; S. Strievi, P. Werner, Nichtigkeit eines beihilfegewährenden Vertrages nach § 134 BGB i.V. mit Art. 88 III 3 EG, 2006, str. 107; M. Pütz, EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB, 2004, str. 2200–2201.

⁶² Npr. OLG Hamm, Urteil vom 8. 3. 2003, Az. 31 U 140/98. Tako M. Ebers, 2016, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, str. 685.

⁶³ BGH, Urteil vom 8. 10. 1975, NJW 1976, 104.

⁶⁴ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 184.

⁶⁵ Takšen učinek ima, kadar je visečnost posla določena z zakonom. Nasprotno velja, ko se zanjo dogovorita stranki. Takrat posledice nastopijo *ex nunc*. Tako B. Lorenz, Die Rückwirkung der Genehmigung von schwebend unwirksamen Verträgen (§ 184 BGB), 2009, str. 215.

tožniki v postopkih zasebnega uveljavljanja ne bi mogli zahtevati niti plačila obresti na nezakonito pomoč, če bi ta bila izplačana predčasno. *Bühner* zadevno težavo naslovi tako, da najprej odreče dosledno uporabo par. 184 BGB s pojasnilom, da gre za normo zasebnega prava in da se dejanje odobritve po tej določbi ne uporablja za uradne odobritve oz. avtorizacijo s strani oblastnih organov. Določba je zato je uporabna kvečjemu *mutatis mutandis*.⁶⁶ Takšna raba odpira maneverski prostor, da se ob upoštevanje učinkovitosti prava EU v skladu z načelom lojalnosti šteje, da ima naknadna odobritev učinek *ex nunc*.⁶⁷ Položaj tožnika v postopkih zasebnega uveljavljanja ter države članice v postopkih izterjave pomoči je torej do izdaje odločbe Komisije EU ekvivalentno varovan (se v bistvenem ne razlikuje)⁶⁸ v primeru ničnosti in viseče neučinkovitosti.

3.6 Primerjava ničnosti in viseče neučinkovitosti v nemškem pravu

Prednosti viseče neučinkovitosti napram ničnosti postanejo hitro razvidne. Viseča neučinkovitost:⁶⁹

- upošteva začasno naravo obveznosti mirovanja,
- upošteva, da pravo EU po naknadni odobritvi Komisije EU (pozitivni odločbi o združljivosti) ne terja več vračila celotne pomoči, temveč zadošča plačilo obresti za obdobje nezakonitosti do odobritve,
- upošteva možnost izdaje začasnih ukrepov za varstvo pravic tožnikov v postopkih zasebnega uveljavljanja prava državnih pomoči,
- v primeru pozitivne odločbe Komisije EU, za razliko od ničnosti, ohranja posel v veljavi in ni potrebe po sklepanju novega posla, stranki pa sta razbremenjeni koneksnih stroškov,
- omogoča polno izterjavo nezakonite pomoči, če Komisija EU ne odobri ukrepa ali sheme pomoči,
- upošteva načelo sorazmernosti oz. stopnjevitosti sankcij v civilnem pravu, in

⁶⁶ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 184–185.

⁶⁷ Če negotovosti ne bi mogli odpraviti z lojalno interpretacijo, bi v končni fazi bi prišli do sklepa, da se par. 814 BGB ne uporabi. Gl. R. Rosenau, Unionsrechtswidrige Beihilfen und zivilrechtliche Konsequenzen, 2019, str. 1135.

⁶⁸ M. Heidenhain, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG Bemerkungen zu BGH, EuZW 2003, 444 und EuZW 2004, 2005, str. 137.

⁶⁹ Gl. S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 156–159; in G. Quardt, D. Nielandt Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 204.

- ohranja skladnost nemške sodne prakse glede posledic civilnopravnih poslov, ki so odvisni od odobritve oblastvenega organa, kakor tudi uskladi to prakso z upravnopravno prakso na področju pogodb javnega prava.

Vsi zgornji razlogi govore v prid viseči neučinkovitosti kot preferenčni posledici kršitve zakonske prepovedne norme. Kot pomislek, ki ga *Bühner* ne naslovi, gre poudariti dvomljiv položaj, ki nastane, če Komisija EU izda pogojni sklep. Komisija EU lahko namreč pozitivnemu sklepu priloži pogoje, na podlagi katerih se pomoč lahko šteje kot združljiva z notranjim trgom, in lahko določi obveznosti, da zagotovi nadzor nad izpolnjevanjem sklepa.⁷⁰ Kadar je odobritev podana z omejitvami, razširitvami ali pridržki, se po nemškem civilnem pravu šteje, da tretji ni odobril posla. Lahko pa se šteje kot odobritev k novemu poslu.⁷¹ Menimo, da bi v tem primeru bilo treba posel s soglasjem obeh strank spremeniti. Omenimo v tej zvezi še, da tudi pri viseči neučinkovitosti pride v poštev nauk o omejeni uporabi »delne ničnosti«⁷² poslov. Če bi šteli, da Komisija EU odobri del ukrepa, v preostanku pa združljivost pogojuje, bi lahko odobreni del posla veljal naprej zgolj, če ni tako povezan s pogojevanim delom, da stranki ne bi sklenili posla brez slednjega.⁷² Sklep snujemo torej na bistveno enakem razlogovanju, kot ga vidimo pri BGH ob odločanju o delni ničnosti in ceni kot bistveni sestavini pogodbe. Seveda pride v poštev samo, če stranki nista pripravljena modificirati posla na podlagi pogojnega sklepa Komisije EU.

4 Slovenija

4.1 Uvodno

V praksi slovenskih sodišč še ni bilo primera, v katerem bi se moralo sodišče konkretno opredeliti do civilnopravne (ne)veljavnosti ukrepov nezakonite pomoči,⁷³ medtem ko se v pravni teoriji zasledi stališče, da bi sledeč primerjalnim trendom

⁷⁰ Določba 13. člena in četrtega odstavka 9. člena Uredbe 2015/1589 z dne 13. julija 2015 o določitvi podrobnih pravil za uporabo člena 108 Pogodbe o delovanju Evropske unije (UL L 248, 24. 9. 2015).

⁷¹ F. Bayreuther, BGB §184 Rückwirkung der Genehmigung, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 10.

⁷² Takšen sklep lahko izvedemo na podlagi vedenja o delni veljavnosti pogodb javnega prava v primeru delne odobritve. Gl. J. Rozek, VwVfG § 58 Zustimmung von Dritten und Behörden, 2020, rn. 48.

⁷³ Nedavno je Vrhovno sodišče v obrazložitvi (*obiter dicta*) določenih zadev nakazalo, da bi se takšni ukrepi lahko šteli za nične. Gl. VSRS sodba II Ips 57/2022, z dne 23. 11. 2021, ECLI:SI:VSRS:2023:II.IPS.57.2022 in zadeva VSRS sodba II Ips 11/2023, 26. 4. 2022, ECLI:SI:VSRS:2023:II.IPS.11.2023. Kljub temu velja poudariti, da se v teh zadevah Vrhovno sodišče ni podrobneje ukvarjalo z razlogi za ničnost, temveč je v večjem delu povzelo mnenja strokovnjakov, ki jih obravnavamo v pričujočem prispevku, vključno s predhodnim mnenjem avtorja pričujočega prispevka.

kazalo tudi v Sloveniji takšne posle opredeliti kot nične. To stališče je v nezanemarljivem obsegu izvedeno (tudi) iz spoznanj nemške prakse.⁷⁴

V nadaljevanju obravnavam različne možnosti sankcioniranja ukrepov nezakonite pomoči po slovenski civilnopравни ureditvi. Zdi se, da ničnost ni nujna posledica, temveč je tudi v našem pravnem redu mogoče zagovarjati visečo neučinkovitost posla kot ustrezno alternativo.

4.2 Načelo afirmacije in stopnjevanja sankcij

Obligacijski zakonik⁷⁵ (OZ) zagotavlja avtonomijo strank pri pogodbenem urejanju razmerij in temelji na načelu dispozitivnosti norm, za primer kršitev veljavnostnih predpostavk pa določa sankcijo neveljavnosti. Pri tem izhaja iz teorije o stopnjevanju neveljavnosti in kot obliki neveljavnosti opredeljuje nične ter izpodbojne pogodbe. Zakonodajalec lahko eksplicitno določi sankcijo, tako da navede, da ima kršitev neke norme za posledico ničnost ali izpodbojnost posla, pogosto pa oblika ni določena in je obliko neveljavnosti treba opredeliti v vsakem konkretnem primeru posebej z razlago zakona, njegovega namena in cilja. Naloga sodišč je torej, da ob upoštevanju konkretnih okoliščin življenjskega primera in ob upoštevanju teleološke interpretacije prepozna namene in cilje (*ratio legis*), ki jih zasleduje posamezna norma.⁷⁶ Stopnja neveljavnosti bo odvisna od teže in pomena napake pri sklepanju poslov, tako glede udeležencev razmerja, kakor tudi glede na (splošne in javne) interese.⁷⁷

Poudarimo naj, da morajo sodišča ravnati po načelu afirmacije, tako da naj posli, če je le mogoče, ostanejo v veljavi, neveljavnost pa naj bo pridržana kot sankcija *ultima ratio*, v tistih primerih, ko ni drugače mogoče doseči namena kršene norme.⁷⁸

⁷⁴ Gl. J. Sladič, Tožba konkurenta prejemnika slovenske državne pomoči, 2014, str. 88–89. Stališču se pridružuje tudi Varanelli, gl. L. Varanelli, 2017, Pogodbeno pravo III: Patologija pogodbe – Prvi del, str. 126–127.

⁷⁵ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

⁷⁶ Npr. pri razpolaganju enega zakonca s celotno stvarjo iz skupnega premoženja, pri čemer je druga stranka nedobroverna, je sodna praksa oblikovala stališče, da gre za izpodbojni in ne ničen posel, saj je namen norme v zaščiti drugega zakonca (VSRS II Ips 272/2015 z dne 14. 1. 2016, ECLI:SI:VSRS:2016:II.IPS.272.2015; II Ips 319/2013 z dne 10. 7. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:II.IPS.319.2013; II Ips 30/2013 z dne 23. 10. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:II.IPS.30.2013; II Ips 25/2011 z dne 3. 4. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:II.IPS.25.2011; II Ips 382/2011 z dne 12. 12. 2012, ECLI:SI:VSRS:2012:II.IPS.382.2011; II Ips 871/2009 z dne 16. 6. 2011, ECLI:SI:VSRS:2011:II.IPS.871.2009).

⁷⁷ A. Polajnar Pavčnik, 4. odsek: Neveljavnost pogodb, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem,, 2003, str. 505.

⁷⁸ Prav tam, str. 506.

4.3 Ničnost

4.3.1 Predpostavke in lastnosti ničnosti

OZ v 86. členu z generalno klavzulo določa, da je nična pogodba, ki nasprotuje ustavi, prisilnim predpisom ali moralnim načelom, če namen kršenega pravila ne odkazuje na kakšno drugo sankcijo ali če zakon v posameznem primeru ne predpisuje kaj drugega. Zapoved ničnosti je torej načelne narave, saj izbira sankcije (kadar ni določena z zakonom) ostaja v končni domeni sodišča, ki mora ugotoviti, ali namen kršenega pravila ne odkazuje na kakšno drugo sankcijo.⁷⁹

Nična pogodba je neveljavna *ab initio*, kar pomeni, da je pravni posel veljal le dejansko, ne pa pravno. Posel ni ustvaril nobenih učinkov (*quod nullum est nullum producit effectum*). Zaradi absolutnosti more ničnost uveljavljati vsak, ki ima za to interes. Nanjo pazi sodišče po uradni dolžnosti, zahtevk na njeno ugotovitev pa ne zastara. Ničnost učinkuje sama po sebi (je zgolj deklaratoren), njene posledice pa zajemajo vzpostavitev prejšnjega stanja s kondiciranjem tistega, kar je bilo dano. Obstajajo sicer izjeme od absolutnosti, in sicer glede delne ničnosti, glede možnosti konverzije, naknadne konvalidacije potom teorije realizacije in priznavanjem odškodninske odgovornosti za ničnost.⁸⁰

4.3.2 Tretji odstavek 108. člena PDEU kot prisilni predpis

Nobenega dvoma ne bi smelo biti, da je tretji odstavek 108. člena PDEU prisilni predpis. Ta določba je že gramatikalno razpoznavna kot prisilna (»država članica ne sme izvajati svojih predlaganih ukrepov«). Namen predpisa je v tem, da se zagotavlja predhodno preverjanje združljivosti priglašениh načrtov državne pomoči.⁸¹ Iz zadevnega predpisa izhaja jasno določena obveznost mirovanja, ki državi članici nalaga tipsko opredeljeno ravnanje (opustitev). Izjeme od te obveznosti so določene s posebnimi akti. Kršitev te obveznosti (predčasna implementacija pomoči) ima za posledico nezakonnost pomoči, nacionalna sodišča pa so dolžna zagotoviti, da bodo v skladu z nacionalnim pravom odpravljene vse posledice kršitve, tudi glede veljavnosti izvršilnih aktov ukrepov pomoči.⁸²

⁷⁹ A. Polajnar Pavčnik, 86. člen, v: *Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem*, 2003, str. 507–508.

⁸⁰ Prav tam.

⁸¹ K. Bacon, *European Union Law of State Aid*. Oxford, 2015, str. 553.

⁸² Zadeva *CELF*, tč. 41.

Generalna klavzula iz 86. člena OZ navaja zgolj dikcijo o »prisilnem predpisu«. Nobenega razloga ni, da bi omejevali to razumevanje zgolj na predpise nacionalnega prava in ne upoštevali neposredno učinkovitih določb prava EU. Določba tretjega stavka tretjega odstavka 108. člena PDEU je neposredno učinkovita, kar pomeni, da se lahko stranke pred nacionalnim sodiščem nanjo neposredno sklicujejo in da izhajajo iz takšne določbe za posameznike subjektivne pravice. Če bi kategorično odrekli takšnim določbam lastnost prisilnih predpisov, bi torej zapadli v navzkrižje. Takšne določbe so tudi brez nasprotovanja sprejete v nemški doktrini kot *Verbotsgesetz*.

4.3.3 Sankcija ničnosti kot namen kršenega pravila

Kadar zakon sam ne določa sankcije, je interpretativna naloga sodišča, da v vsakem primeru posebej presodi, ali namen kršenega pravila ne odkazuje na kakšno drugo sankcijo. V tej zvezi ne prihaja v poštev breme stranke po zatrjevanju druge sankcije. Gre za pravno vprašanje (*quaestio iuris*), zato mora sodišče po uradni dolžnosti s teleološko razlago dognati namen kršenega pravila.

Zahvaljujoč sodni praksi Sodišča EU imamo v primeru klavzule o mirovanju to vprašanje v velikem delu odgovorjeno. Gotovo je, da pravo EU ne določa imanentne sankcije civilnopravne neveljavnosti in da nezakonitosti pomoči ne gre zamenjevati s kakšno konkretno obliko neveljavnosti po nacionalnem pravu. Iz prava EU tudi ne sledi, da mora sporni civilnopravni posel nujno biti neveljaven. Pravo EU narekuje zgolj, da nacionalna sodišča sprejmejo vse potrebne ukrepe, da bodo v skladu z nacionalnim pravom odpravljene vse posledice kršitve, »tudi glede veljavnosti« izvršilnih aktov ukrepov pomoči (ti akti so na civilnopravnem področju posli civilnega prava).

Če je posel po OZ ničen, sledi restitucija. OZ v 87. členu določa, da mora vsaka pogodbená stranka vrniti drugi vse, kar je prejela na podlagi nične pogodbe. Če to ni mogoče ali če narava tistega, kar je bilo izpolnjeno, nasprotuje vrnitvi, pa mora dati ustrezno denarno nadomestilo po cenah v času, ko je izdana sodna odločba. Iz tega vidika je ničnost vsekakor primerna posledica, da se doseže cilj, ki ga določa pravo EU (vzpostavitev prejšnjega stanja). Država članica lahko naperi dajatveni zahtevek, s katerim od prejemnika zahteva vračilo nezakonite pomoči, in kumulira vmesni ugotovitveni zahtevek na ugotovitev ničnosti posla oz. razmerja. Na ničnost

pa pazi sodišče tudi po uradni dolžnosti, kar dodatno utrjuje nadzor nad državnimi pomočmi; tako da je počez še kvazi-uradni nadzor nad pomočmi.

4.3.4 Tožba na ugotovitev ničnosti kot pravno sredstvo

Onkraj cilja restitucije je treba omeniti še subjektivno pravico, ki izhaja iz neposrednega učinka tretjega odstavka 108. člena PDEU. Posameznik ima (subjektivno) pravico, da od države članice zahteva, da ne izvaja ukrepov, ki se morajo v skladu s 108. členom v povezavi s 107. členom PDEU prigrasiti Komisiji EU. Vendar pa zadevne pravice ne gre mešati z načelno prepovedjo državnih pomoči, kot je to storilo BGH, ki je bistveno razširilo pojmovanje klavzule o mirovanju, tako da je vpeljalo še materialno razsežnost prepovedi. Presoja združljivosti pomoči ne spada v domeno nacionalnih sodišč, marveč Komisije EU, in leži izven vsebinskega okvirja klavzule o mirovanju in zatorej izven namena kršenega prisilnega predpisa.⁸³

Ničnost zato lahko nastopa v dvojni vlogi. Prvič, je možna sankcija (oblika) neveljavnosti po nacionalnem pravu. In drugič, je možno pravno sredstvo, s katerim lahko posamezniki uveljavljajo svojo subjektivno pravico. Med obema je treba dosledno ločevati. Ničnost kot sankcija je neodvisna od ničnosti kot pravnega sredstva. Ničnost kot pravno sredstvo pa je odvisna od ničnosti kot sankcije.

Praviloma, če ničnost ne bo sledila iz določb nacionalnega prava, tudi ne bo na voljo posamezniku kot oblika pravnega sredstva. Posameznik se bo namesto npr. tožbe na ugotovitev ničnosti posla moral zanesti na kondemnatorno tožbo, s katero bo od države članice zahteval izterjavo pomoči od prejemnika. Vprašanje (ne)učinkovitosti takšnega pravnega sredstva je ločeno od vprašanja (ne)veljavnosti posla. Šele, če bi ugotovili, da kondemnatorna tožba ali druge oblike pravnih sredstev po nacionalnem pravu ne zagotavljajo *effet utile* nacionalnega prava, bi vzniknilo vprašanje ničnosti kot učinkovitega pravnega sredstva, s katerim bi sanirali to pomanjkljivost. Na tem mestu pa omenimo, da pravo EU ne nalaga obstoja tožbe na ugotovitev ničnosti. Komisija EU kvečjemu prepoznava le-to kot možno pravno sredstvo za zaščito

⁸³ Zadeva C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEDI) in drugi proti La Poste in drugim*, ECLI:EU:C:1996:285, tč. 41; zadeva C-295/97, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA proti International Factors Italia SpA (Ifitalia), Dornier Luftfahrt GmbH in Ministero della Difesa*, ECLI:EU:C:1999:313, tč. 30–31; zadeva C-284/12, *Deutsche Lufthansa AG proti Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*, ECLI:EU:C:2013:755, tč. 28.

subjektivnih pravic posameznikov.⁸⁴ Spet tretjič je treba biti pazljiv pri ničnosti kot pravnem sredstvu, ki ga ima na voljo država članica. Tukaj ne gre za zasebno izvrševanje prava državnih pomoči, kljub temu pa morajo biti tudi sredstva države članice za izterjavo taka, da zagotavljajo takojšnjo izterjavo pomoči.

4.3.5 Prepoved, ki je naslovljena le eni stranki

Drugi odstavek 86. člena OZ določa, da če je sklenitev določene pogodbe prepovedana samo eni stranki, ostane pogodba v veljavi, razen če ni v zakonu za posamezen primer določeno kaj drugega, stranko, ki je prekršila zakonsko prepoved, pa zadenejo ustrezne posledice. Ker je obveznost mirovanja naslovljena samo na državo članico, je zakonski znak enostranske prepovedi izpolnjen. To poraja težave, saj se ničnost potem na načelni ravni odreka in je treba iskati druge sankcije. Kljub temu je skozi nauk teorije mogoče priti do drugačnega zaključka.

Prvič, s tem pravilom se zagotavlja predvsem varstvo pravnega prometa, zlasti če druga stranka za prepoved ni vedela.⁸⁵ V primeru nezakonite državne pomoči se v skladu s sodno prakso Sodišča EU prejemnik pomoči ne more sklicevati na dobro vero, češ da ni vedel, da obveznost mirovanja ni bila spoštovana.⁸⁶ Iz tega razloga odpade *ratio legis* konkretne določbe v primeru izvajanja nezakonite državne pomoči. Potrebe po zaščiti dobroverne stranke ni, saj sta obe stranki v slabi veri.

Drugič, zakon sloni na domnevi, da enostranske prepovedi praviloma niso usmerjene na vsebino in posledice pravnega posla, temveč gre za manj pomembne prepovedi, katerih kršitev ne pomenijo ravnanj, ki bi nasprotovala splošnim interesom. Norma naj ne bi bila najbolj posrečena in je zato rešitev treba iskati s pomočjo splošnih načel teorije o neveljavnosti; enostranska formulacija ne sme biti odločilnega pomena, vrednotenje mora temeljiti na smislu prepovedi, na dejstvu, da se prepoved nanaša na posel kot tak in ga želi preprečiti.⁸⁷ Navedeno skoraj povsem sovпада v okvir razprave glede tretjega odstavka 108. člena PDEU. Tako bo z ozirom na cilj obveznosti mirovanja, ki je v posledici usmerjen v vzpostavitev

⁸⁴ Obvestilo Komisije EU o izvrševanju pravil o državni pomoči na nacionalnih sodiščih (UL C 305/1, 30. 7. 2021), tč. 74.

⁸⁵ M. Juhart, Ničnost pravnega posla zaradi nasprotovanja prisilnim predpisom, 2011, str. 12.

⁸⁶ Zadeva C-169/95, Kraljevina Španija proti Komisiji Evropskih skupnosti, ECLI:EU:C:1997:10, tč. 51; zadeva C-24/95, Land Rheinland-Pfalz proti Alcan Deutschland GmbH., ECLI:EU:C:1997:163, tč. 25; in zadeva C-672/13, OTP Bank Nyrt. proti Magyar Állam in Magyar Államkinestár, ECLI:EU:C:2015:18, tč. 77.

⁸⁷ A. Polajnar Pavčnik, 86. člen, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem, 2003, str. 507–508.

prejšnjega stanja, potrebno dati prednost namenu in teži namena, ki ga ne gre opredeliti kot manj pomembnega ali določenega (zgolj) v zasebni interes.

Tudi če izhajamo iz stroge gramatikalne razlage drugega odstavka 86. člena, lahko zaključimo, da »zakon« določa drugače. Če je namreč Sodišče EU skozi interpretacijo klavzule o mirovanju opredelilo, da mora nacionalno sodišče zaradi kršitve klavzule sprejeti vse potrebne ukrepe »tudi glede veljavnosti«, torej klavzula daje podlago, da odločamo o veljavnosti posla in da torej ne obvelja pravilo OZ, po katerem »pogodba ostane v veljavi«. To seveda še ne pomeni nujno, da pravo EU narekuje neveljavnost posla. Zgolj omogoča nam takšen zaključek, kar pa po mojem mnenju zadošča, da subsumiramo klavzulo pod pojem »zakona, ki za posamezen primer določa kaj drugega« in s tem odstopimo od pravila predpostavljene veljavnosti.

Tudi BGH je v svojem razlogovanju pojasnilo, da enostranskost prepovedi ni bistvena. Bistven je namen določbe, ki odkazuje na ničnost. Res pa je, da se je BGH pri definiranju tega namena nekoliko prestopilo.

4.3.6 Delna ničnost

OZ v 88. členu določa, da zaradi ničnosti kakšnega pogodbenega določila ni nična tudi sama pogodba, če lahko obstane brez ničnega določila in če to določilo ni bilo ne pogodbeni pogoj ne odločilen nagib, zaradi katerega je bila pogodba sklenjena.

Menim, da je glede delne ničnosti mogoče smiselno uporabiti zaključke BGH. Nični element civilnopravnega posla, tj. tisti, ki predstavlja nezakonito pomoč, bo praviloma cena oz. bistvena sestavina posla. Predstavlja odločilni nagib, zaradi katerega sta stranki sklepali posel. Zato tudi ob uporabi salvatorične klavzule posla praviloma ne bo mogoče obdržati v veljavi.

Sicer si ni težko predstavljati, da je npr. nabavna cena, ki jo za neko storitev ali dajatev plača država, višja od tržne, in se z delno ničnostjo zgolj korigira, tako da se presežni del šteje za ničnega, vendar s tem sodišče poseže neposredno v odločilne ekonomske nagibe (in navsezadnje kavzo) strank za sklenitev posla. Težje si je predstavljati prodajo premoženja pod tržno ceno. Tedaj je ničnost neznatnega praktičnega pomena, saj je treba ceno zvišati. Sodišče pa nima pooblastil samodejno zviševati cene v nasprotju z avtonomijo volj strank. Iz istih razlogov odpade tudi možnost uporabe drugega odstavka 88. člena (vendar pa ostane pogodba v veljavi celo takrat,

ko je bilo nično določilo zanjo pogoj ali odločilen nagib, če je namen ugotovitve ničnosti prav v tem, da bi se pogodba znebila tega določila in bi veljala brez njega).

Zadržan odnos je treba gojiti tudi do salvatorične klavzule v kombinaciji s substitucijsko klavzulo. Če bi se stranki dogovorili za primer delne ničnosti s substitucijsko klavzulo, ki bi nadomestila ceno oz. drug element nezakonite državne pomoči, tako da bi ta ustrezala tržnim parametrom, ne velja strankama nuditi pravnega varstva, saj je dogovor nastal ob zavedanju, da obstaja možnost, da gre za nezakonito državno pomoč in sta bili stranki pri sklepanju glede tega nedobroverni.

Po drugi strani je res, da bi stranki lahko prvotni dogovor priglasili Komisiji EU ter spoštovali obveznost mirovanja in bi v primeru pogojnega ali negativnega sklepa Komisije EU lahko preprosto uveljavili substitucijsko klavzulo, ki bi zadostila pogojem iz sklepa ali odpravila nezdržljive elemente ter bi se pomoč šele nato implementirala. S tem bi se izognili sklepanju novega (združljivega) posla, hkrati pa bi obe stranki ostali zavezanki iz prvotnega posla in ne bi mogli preprosto odstopiti od posla. Vendar ta situacija ni povezana s položajem nezakonite pomoči.

4.3.7 Izpodbojnost

Izpodbojnost je kot milejša oblika neveljavnosti določena kot alternativa ničnosti. Pride v poštev predvsem takrat, ko namen kršene določbe ne leži v varovanju splošnih interesov, marveč zasebnih. Vendar je že na prvi pogled jasno, da izpodbojnost za raziskovalni problem ne bo prišla v poštev. Za razliko od ničnosti učinki izpodbojnosti namreč praviloma nastopijo za naprej (*ex nunc*).⁸⁸ Dokler izpodbojni posel ni izpodbit, velja (zavezuje) in učinkuje. Posel je zgolj relativno neveljaven. To z vidika prava državnih pomoči ne more biti dopustno. Veljaven in učinkovit posel bi strankam omogočal, da uveljavljajo pravice in obveznosti iz posla v času obveznosti mirovanja, skratka, da implementirata ukrep pomoči in s tem povzročita nastop njene nezakonitosti. V tej konstelaciji bi nepriglašen ukrep zaradi nezakonitosti veljalo izpodbijati nemudoma po implementaciji v nasprotju s klavzulo o mirovanju in ne šele po sklepu Komisije EU. Pri tem velja ponovno poudariti, da za izvajanje državne pomoči v nasprotju s klavzulo o mirovanju zadošča, da je pomoč na razpolago upravičencu in ne, da je že prišlo do dejanskega prenosa. S

⁸⁸ VSL sklep I Cp 1826/98, z dne 29. 11. 2021, ECLI:SI:VSIJ:1998:ICP.1826.98.

sklenitvijo izpodbojnega posla stranka pridobi zahtevke po materialnem pravu na izpolnitev posla, zato je sleherni poskus »legalizacije« zaman.

4.3.8 Viseče neveljaven posel

Kadar je za sklenitev pogodbe potrebno soglasje koga tretjega, ga ta lahko da pred sklenitvijo pogodbe kot dovoljenje ali po sklenitvi kot odobritev, če ni z zakonom določeno kaj drugega (19. člen OZ). Vnaprej dano (preden stranki med seboj skleneta pogodba) soglasje (dovoljenje) ali naknadno dano soglasje (odobritev) je po mnenju teorije določeno kot posebna predpostavka za sklenitev posla. Pri tem imamo v mislih celotni posel in ne zgolj posamezne dele. Dokler to soglasje tretjega ni dano, se šteje, da posel ni sklenjen. Kadar imamo opravka z odobritvijo, ko je med samima strankama že doseženo soglasje, to medsebojno soglasje stranki zavezuje v tem smislu, da svojih izjav volje ne moreta enostransko preklicati. Vendar to še ne pomeni, da je pogodbeno sklenjena. Če tretji poda odobritev, potem se šteje, kot bi se uresničil odložni pogoj in *ex tunc* nastopijo učinki sklenjene pogodbe.⁸⁹ Koncept se v pravni teoriji torej razlikuje od nemškega pristopa k *schwebende Umwirksamkeit* v tem smislu, da se pri slednjem obravnavajo pravila glede soglasja v smislu konvalidacije poslov.

Kljub konceptualnim razlikam sem mnenja, da navedena določba v slovensko obligacijsko prava vnaša nemškemu pravu primerljiv koncept »viseče neveljavnega« posla.⁹⁰ Pravni posel do odobritve sploh ne nastane (in je zatorej neučinkovit; stranki nimata iztožljivih zahtevkov), kljub temu pa v internem razmerju zavezuje stranki. Takšen položaj je iz vidika prava EU zadovoljiv, saj ne pride do implementacije ukrepa, dokler traja obveznost mirovanja, če pa pride do prenosa koristi, potem je mogoče na podlagi splošnih pravil o neupravičeni obogatitvi zahtevati nazaj tisto, kar je bilo dano brez pravne podlage. Obstojita pa dve težavi. Prvič, vprašljivo je, ali je mogoče presojo združljivosti ukrepa podrediti konceptu soglasja k poslu. Komisija EU obravnava ukrep z vidika njegove združljivosti z notranjim trgom in država članica se mora vzdržati implementacije ukrepa do končne odločitve. Menim, da je določba OZ dovolj pomensko odprta, da pušča odprto pot interpretaciji soglasja v smislu pozitivnega sklepa Komisije EU. Drugič, če pri odobritvi res nastopijo učinki *ex tunc*, tedaj bi se posel legaliziral za nazaj, kar bi bilo sporno z vidika izterjave obresti

⁸⁹ V. Kranjc, 19. člen, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem, 2003, str. 222.

⁹⁰ V sodni praksi je sicer zaslediti en sam primer, kjer sodišče tako poimenuje institut: VSL sodba I Cpg 694/2019 z dne 7. 5. 2020, ECLI:SI:VSLJ:2020:ICPG.694.2019.

za obdobje nezakonitosti. Verjamem, da se lahko, kot je predlagano v Nemčiji, glede na gramatikalno odprtost besedila in ob zanašanju na lojalno razlago tudi odobritev interpretira kot bi imela učinke za naprej (*ex nunc*) ali pa se šteje (zaradi obveznosti priglasitve), da gre za naknadno dano dovoljenje in ima soglasje v tem primeru tudi učinek *ex nunc*.

5 Zaključek

Na podlagi zaokrožene in nadrobne analize iztočnic prava EU ter primerjalnopravnega uvida je mogoče zaključiti, da ničnost ni nujna manifestacija neveljavnosti civilnopravnih ukrepov formalno nezakonite državne pomoči. Ob lojalni razlagi ubeseditvev 19. člena OZ pušča dovolj razlagalnega prostora, da se civilnopravni akt, ki predstavlja ukrep (nezakonite) državne pomoči, obravnava tudi kot viseče neveljaven posel, kar ima lahko številne prednosti pred ničnostjo. Sicer drži, da obstoji v procesnem smislu večja težava pri uveljavljanju varstva tretjih, npr. konkurentov prejemnika državne pomoči. Tretjim je lažje uveljavljati ničnost posla oz. razmerja med državo in prejemnikom pomoči, saj ničnost lahko uveljavlja kdor izkaže, da ima (pravni) interes; pri tem pa se tretji ne rabi pretirano ukvarjati s specifikacijo zahtevka, saj zadošča, da pozna obstoj razmerja (tako, da ga individualizira) glede katerega uveljavlja ničnost. Nasprotno pa varstvo pri viseči neveljavnosti ni deklaratorno, temveč mora tretji podati dajatveni zahtevek, s katerim od prejemnika pomoči terja prenos koristi nazaj na državo, za kar pa mora tretji poznati tudi premoženjsko vrednost koristi ter zahtevek primerno substancirati. V končni fazi bi vendarle kazalo dati prednost ničnosti kot preferenčni obliki neveljavnosti in to predvsem zaradi pravnopolitičnih razlogov. Samo takšna oblika neveljavnosti namreč zagotavlja dosledno spoštovanje (*ex ante*) administrativnega nadzora nad državnimi pomočmi, ki ga vrši Komisija EU.

Literatura

- Armbrüster Christian, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 8. izdaja, F. J. Säcker, R. Rixecker, K. Rebman (ur.), C. H. Beck, München 2018.
- Bacon, Kelyn, European Union Law of State Aid, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Bartosch Andreas, Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfenverbots - Das CELF-Urteil vom 12. 2. 2008 und seine Auswirkungen auf Deutschland. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2008, str. 235–240.

- Bayreuther Frank, BGB §184 Rückwirkung der Genehmigung, v: Münchener Kommentar zum BGB, 8. izdaja, F. J. Säcker, R. Rixecker, K. Rebman (ur.), 8. izdaja, C. H. Beck, München 2018.
- Bühner, Stefan, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, Tectum Wissenschaftsverlag, Baden-Baden 2018.
- Dörner Heinrich, BGB § 184 Rückwirkung der Genehmigung, v: Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, 10. izdaja, R. Schulze, Nomos, Baden-Baden 2019.
- Ebers, Martin, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2016.
- Fiebelkorn Vera, Petzold Hans Arno, Durchführungsverbot gemäß Art. 88 III 3 EG, Rückforderungsverpflichtung und Nichtigkeitsfolge: Ist die BGH-Rechtsprechung praxisgerecht?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2009, str. 323–328.
- Heidenhain Martin, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG Bemerkungen zu BGH, EuZW 2003, 444 und EuZW 2004, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2005, str. 135–139.
- Jestaedt Thomas, Das Rückzahlungsrisiko bei formell rechtswidrigen Beihilfen, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1993, str. 49–52.
- Juhart Miha, Ničnost pravnega posla zaradi nasprotovanja prisilnim predpisom, Pravni letopis, 2011, št. 1, str. 9–17.
- Kranjc Vesna, 19. člen, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem, 1. knjiga, M. Juhart, N. Plavšak (ur.), GV Založba, Ljubljana 2003.
- Kühling Jürgen, Das Damoklesschwert der Nichtigkeit bei Missachtung des Durchführungsverbots aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2003, str. 498–514.
- Kühling Jürgen, Rechtskraftdurchbrechung durch EU-(Beihilfen-)Recht: Die Tragweite der EuGH Vorlage des LG Münster, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 2015, št. 1, str. 1–8.
- Lorenz Bernd, Die Rückwirkung der Genehmigung von schwebend unwirksamen Verträgen (§ 184 BGB), Let. 42 (2009), št. 7, str. 214–217.
- Ludwigs Markus, Staatliche Beihilfen, v: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 52. izdaja, M. Ludwigs, M. Dauses (ur.), C. H. Beck, München 2021.
- Mansel Heinz-Peter, BGB § 139, v: O. Jauernig (ur.), Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, C. H. Beck, München 2021.
- Markezines Basil S., Unberath Hannes, Johnston Angus C., The German Law of Contract: A Comparative Treatise, 2. izdaja, Hart Publishig, Oxford 2006.
- Pechstein Matthias, Nichtigkeit beihilfengewährender Verträge nach Art. 93 III 3 EGV, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, str. 495–497.
- Polajnar Pavčnik Ada, 4. odsek: Neveljavnost pogodb, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem, 1. knjiga, M. Juhart, N. Plavšak (ur.), GV Založba, Ljubljana 2003.
- Polajnar Pavčnik Ada, 86. člen, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem, 1. knjiga, M. Juhart, N. Plavšak (ur.), GV Založba, Ljubljana, 2003.
- Pütz Markus, EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB, Neue Juristische Wochenschrift, 2004, str. 2199–2200.
- Quardt Gabriele, Nielandt Dörte, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2004, str. 201–205.
- Riewe Johannes, BGH, Urteil vom 05. Dezember 2012, Az. I ZR 92/11: Zu niedriger Kaufpreis als Beihilfeelement bei einer Pipeline-Veräußerung durch die öffentliche Hand (CEPS Teilstück),

- EWeRK: Zeitschrift Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft, 2018, št. 5, str. 166–171.
- Rosenau René, Unionsrechtswidrige Beihilfen und zivilrechtliche Konsequenzen, Juristische Ausbildung, 2019, št. 11, str. 1127–1136.
- Rozek Jochen, VwVfG § 58 Zustimmung von Dritten und Behörden, v: F. Schoch, J.-P. Schneider, Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG, C. H. Beck, München 2020.
- Säcker Franz Jürgen, Article 81(2) EC & Civil Law Effects, v: Competition Law: European Community Practice and Procedure, G. Hirsch, F. Montag, F. J. Säcker, Sweet & Maxwell, Edinburgh 2008.
- Schroeder Werner, Vernünftige Investition oder Beihilfe?, Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 1997, str. 805–845.
- Sladič Jorg, Tožba konkurenta prejemnika slovenske državne pomoči, Lexonomica, Let. 6 (2014), št. 1, str. 73–91.
- Strievi Stephanie, Werner Philipp, Nichtigkeit eines beihilfegewährenden Vertrages nach § 134 BGB i.V. mit Art. 88 III 3 EGV, Jus: Juristische Schulung, 2006, str. 106–110.
- Tilmann Winfried, Schreibauer Marcus, Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen, GRUR, 2002, str. 212–242.
- Ulrich Hanns, Private Enforcement of the EU Rules on Competition – Nullity Neglected, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Let. 52 (2021), str. 606–635.
- Varanelli, Luigi, Pogodbeno pravo III: Patologija pogodbe – Prvi del, GV Založba, Ljubljana 2017.
- Verse Dirk A., Wurmnest Wolfgang, Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilferecht, Archiv für die civilistische Praxis, Let. 204 (2004), št. 6, str. 855–882.
- Von Reuβow, Ulrich, Die Kompetenzen nationaler Gerichte im Anwendungsbereich des EG-Beihilferechts, Duncker & Humblot, Berlin 2005.
- Wendtland Holger, 2020. BGB § 141 Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts, v: BeckOK BGB, 58. izdaja, W. Hau, R. Poseck, C. H. Beck, München 2020.
- Wendtland Holger, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: BeckOK BGB, 58. izdaja, W. Hau, R. Poseck, C. H. Beck, München 2020.

SUMMARY

The contribution deals with the problem of civil law consequences of State aid, which has been implemented in breach of the standstill obligation. Namely, what form of invalidity (if any) should be ascribed to formally unlawful aid measures, which were granted by way of civil law transactions (e.g., contracts of purchase). The problem lies within the decentralized system of State aid enforcement. EU law provides only for the so-called unlawfulness or illegality of measures, leaving the specific civil law consequences of said measures to the national laws of the Member states, in line with the principle of national procedural autonomy. This can lead to a multiplicity of different solutions, wherein Member states apply different consequences to the unlawful measures, some more strict than others. Due to the overall problem of the underutilized use of state aid rules in national courts, many Member states have an underdeveloped doctrinal framework from which to source the civil law consequences regarding the issue of validity. One such example is Slovenian law, which has yet to produce case law on the issue, while legal theory has been keen on adopting solutions developed within German case law, in respect of shared legal traditions. The article will scrutinize whether this is in fact an optimal solution. Especially since the decisions found in German case law have been the subject of criticism in both professional and scientific literature, aiming at nullity being too stringent of an approach, when the law allows for

an arguably milder and more accommodating solution, i.e., pending ineffectiveness. It thus appears to be a valuable contribution to identify and dissect the pros and cons of the approach taken by the German judiciary as a precautionary recourse for future development of the legal doctrine in Slovenia. Granted, the Slovenian civil law, more specifically, the law of obligations, does not provide for the institute of pending ineffectiveness in the same manner as German, but parallels may be drawn, especially when both compared institutes require the application of the principle of consistent interpretation to achieve the *effet utile* of EU law. The contribution first provides an analysis of the EU legal framework regarding the issue. Even though the issue is to be finally determined by national law, EU law nonetheless does provide for indirect influence over the subject matter, by detailing the goals of the prohibition of premature implementation of state aid measures. The contribution then provides an in-depth overview of the German approach, attempting to succinctly present the quandaries unearthed by the respective doctrine. The final portion of the contribution is devoted to the potential legal consequences regarding invalidity under Slovenian law. In this respect, nullity, partial nullity, relative invalidity, salvation clauses and pending invalidity are considered and weighed against the backdrop of findings in German doctrine. The contribution finally proposes that nullity may not be the sole consequence in respect of invalidity. The law allows sufficient interpretative room to accommodate for *mutatis mutandis* pending ineffectiveness when coupled with the principle of loyalty and its corollary of consistent interpretation.