



Gospodarska zbornica Slovenije, združenje za informatiko in telekomunikacije,
Dimičeva ulica 13
1504 Ljubljana

Nova Gorica, 9. 9. 2021

PRAVNO MNENJE O ZEKOM-2 (PRAVICE UPORABNIKOV)

UVODOMA

Z naročnikom pričujočega pravnega mnenja, Sekcijo operaterjev elektronskih komunikacij (v nadaljevanju SOEK) pri Gospodarski zbornici Slovenije, smo se dogovorili za izdelavo neodvisnega pravnega mnenja glede naslednjih vsebin:

- opredelitev pomena popolne harmonizacije – 101. člen Direktive (EU) 2018/1972 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2018 o Evropskem zakoniku o elektronskih komunikacijah (v nadaljevanju direktiva) ter 257. uvodna izjava direktive;
- ocena (strokovna študija) osnutka zakona ZEKom-2 s poudarkom na poglavju XI. Pravice uporabnikov; ter
- strokovna ocena pripomb naročnika na osnutek zakona - XI. Poglavje - Pravice uporabnikov, ki jih je naročnik podal v postopku javnega posvetovanja in jih je posredoval izvajalcu, z opredelitvijo pomena popolne harmonizacije (101. člen ter točka 257 uvoda k direktivi).

V pričujočem pravnem mnenju v večini argumentov sledim zgoraj omenjenim pripombam naročnika, v določenih delih pa se z njimi ne strinjam. Najprej podajam razloge (argumente), zakaj se s pripombami strinjam, nato pa, zakaj z njimi ne soglašam. Na koncu opozorim na pravne posledice v primeru nepravilne implementacije direktive.

I. UPRAVIČENE PRIPOMBE SOEK

1. Načelo popolne harmonizacije v pravu EU, 101. člen direktive in 257. uvodna izjava direktive

Načelo popolne (izčrpne ali maksimalne) harmonizacije iz prava EU, ki izhaja iz sodne prakse Sodišča Evropske unije, pomeni, da enotna pravila EU nadomestijo morebitna različna



nacionalna pravila in pri tem ne pustijo mesta ali manevrskega prostora za drugačno zakonodajno delovanje držav članic.¹

Pri popolni harmonizaciji direktive je situacija v bistvu podobna določbam uredbe EU, ki veljajo neposredno, le da jih je v primeru popolne harmonizacije pri direktivi treba implementirati (tj. »preslikati – »*copy-paste*«) v nacionalno zakonodajo. Drugače je v primeru t. i. minimalne harmonizacije, kjer regulator EU postavi smernice, cilje ali načela, potem pa nacionalni zakonodajalec lahko te presega, saj pomenijo le minimum regulacije. V zgodovini delovanja EU je večino direktiv bilo takšne, tj. minimalne narave. Toda to so države članice pogosto izkoriščale, da bi se izognile tovrstnim zahtevam oz. jih nekako obšle.² Zato se je pojavil institut maksimalne ali popolne harmonizacije, ki je nekakšna kombinacija direktive in uredbe. Pri tem gre lahko za direktive, ki imajo v svojih določbah mešanico obeh načinov harmonizacije, kar je v logičnem smislu razlog, da se sprejme direktiva in ne uredba.

Nesporno je, da direktiva v 101. členu določa načelo popolne harmonizacije, ki ga določa na naslednji način:

»Države članice v svojem nacionalnem pravu ne ohranijo ali vanj ne uvedejo določb o zaščiti končnih uporabnikov, ki bi se razlikovale od členov 102 do 115 te direktive, vključno z bolj ali manj strogimi določbami za zagotovitev drugačne ravni zaščite, razen če ta naslov ne določa drugače.

Države članice lahko do 21. decembra 2021 še naprej uporabljajo strožje nacionalne določbe o varstvu potrošnikov, ki odstopajo od tistih iz členov 102 do 115, pod pogojem, da so navedene določbe veljale 20. decembra 2018 in so morebitne omejitve na notranjem trgu, ki iz njih izhajajo, sorazmerne s ciljem varstva potrošnikov.

Države članice do 21. decembra 2019 obvestijo Komisijo o vseh nacionalnih določbah, ki se uporabljajo na podlagi tega odstavka.«

Popolna harmonizacija se nanaša na člene 102 do 115 direktive, ki urejajo pravice končnih uporabnikov. Možna je sicer tudi drugačna ureditev s strani nacionalne države, vendar le tedaj, ko ji to možnost izrecno daje direktiva v členih 102 do 115, kar izhaja iz 101. člena (»razen če ta naslov³ ne določa drugače«). Direktiva sicer omogoča določeno prehodno obdobje, ko je še možna drugačna (tj. strožja) raven varstva potrošnikov, ki pa se nepreklicno izteče 21. 12. 2021. Ker je morala takšna strožja raven zaščite pričeti veljati že 20. 12. 2018, je tu bržkone mišljenja prejšnja ureditev (v našem primeru po ZEKom-1). Drugi in tretji odstavek 101. člena direktive kot izjema od prvega odstavka se tako ne nanašata na ureditev v ZEKom-2, katerega edino vodilo pri implementaciji v ZEKom-2 mora biti popolna implementacija z izjemami, ki so izrecno zapisane v direktivi.

¹ EU Directives; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=URISERV:l14527> (27. 8. 2021).

² T. i. »gold-plating« (slovenski prevod bi bil »pozlatitev«), pri čemer je šlo za to, da so države članice pri implementaciji širile domete direktiv. [Evropska komisija opredeljuje »gold-plating«](#) kot "prekoračitev norm, smernic ali postopkov na nacionalni, regionalni ali lokalni ravni, ki krši pričakovano politiko, ki naj bi se dosegla s takšno regulacijo". Glej Mateo Boci; Jan Marten De Vet; Andreas Pauer (February 2014). ['Gold-plating' in the EAFRD: To what extent do national rules unnecessarily add to complexity and, as a result, increase the risk of errors?](#) (PDF) (IP/D/AL/FWC/209-056 ur.). Bruselj: Generalni direktorat za notranje politike unije.

³ »Naslov« se nanaša na Naslov III (Pravice končnega uporabnika) in zadeva člene 98 do 116 omenjene direktive.



Da gre v primeru členov 102 do 115 za popolno harmonizacijo, priznava tudi predlagatelj ZEKom-2⁴ (str. 21). Toda v samem besedilu členov in ponekod v obrazložitvi temu ne sledi in poseže – nasprotno – po minimalni harmonizaciji, za kar ni podlage v direktivi in pomeni njeno nepravilno implementacijo.

Namen evropskega regulatorja glede (»umirjene«)⁵ popolne harmonizacije⁶ direktive v delu, ki ureja pravice končnega uporabnika, je razviden iz uvodne izjave št. 257.⁷ To je ključni del direktive, ki je pomemben za razlago zavezujočih določb direktive glede končnih uporabnikov. Ta se glasi:

»Različno izvajanje pravil o varstvu končnih uporabnikov je povzročilo znatne ovire na notranjem trgu, ki vplivajo tako na ponudnike elektronskih komunikacijskih storitev kot tudi na končne uporabnike. Te ovire bi bilo treba zmanjšati z uporabo istih pravil, ki zagotavljajo visoko skupno raven varstva v Uniji. Umerjena popolna harmonizacija pravic končnega uporabnika, zajetih v tej direktivi, bi morala znatno povečati pravno varnost za končne uporabnike in ponudnike elektronskih komunikacijskih storitev ter znatno zmanjšati ovire za vstop na trg ter nepotrebna bremena zagotavljanja skladnosti, ki izhajajo iz razdrobljenosti pravil. S popolno harmonizacijo bi se odpravile ovire za delovanje notranjega trga, ki so posledica takih nacionalnih določb v zvezi s pravicami končnih uporabnikov in ki hkrati varujejo nacionalne ponudnike pred konkurenco iz drugih držav članic. Da bi se dosegla visoka skupna raven varstva, bi bilo treba v tej direktivi ustrezno izboljšati več določb v zvezi s pravicami končnih uporabnikov glede na najboljše prakse v državah članicah. S popolno harmonizacijo pravic končnih uporabnikov se poveča njihovo zaupanje v notranji trg, saj pridobijo enako visoko raven varstva pri uporabi elektronskih komunikacijskih storitev, ne le v matični državi članici, ampak tudi med bivanjem, pri zaposlitvi ali med potovanjem v drugih državah članicah. Popolna harmonizacija bi morala zajeti samo področja, ki jih urejajo določbe o pravicah končnih uporabnikov iz te direktive. Zato ne bi smela vplivati na nacionalno pravo v zvezi z zadevnimi vidiki varstva končnih uporabnikov, vključno z nekaterimi vidiki zagotavljanja preglednosti, ki jih ne zajemajo te določbe. Na primer ukrepi, ki se nanašajo na obveznosti glede preglednosti, ki jih ne zajema ta direktiva, bi morali šteti za združljive z načelom popolne harmonizacije, dodatne zahteve v zvezi z vprašanji preglednosti, ki jih zajema ta direktiva, kot je objava informacij, pa bi morale šteti za nezdružljive. Poleg tega bi morale imeti države članice možnost, da ohranijo ali uvedejo nacionalne določbe o vprašanjih, ki jih ta direktiva posebej ne ureja, zlasti da bi se odzvale na novo nastale situacije.«

Takšna, od prejšnje morebiti strožja (tj. manj ugodna) ureditev za potrošnike in druge končne uporabnike izhaja iz namena evropskega zakonodajalca po enotni ureditvi v EU. Pomembna je dosledna implementacija tega dela, kot je določen v besedilu direktive, z določenimi izjemami, ki jih izrecno predvideva direktiva. Popolna harmonizacija se nanaša le na področja, ki jih izrecno urejajo določbe direktive o pravicah končnih uporabnikov. Direktiva ne preprečuje

⁴ Na str. 21 predloga ZEKom-2. Navsezadnje to izhaja iz uvodne izjave št. 257 same direktive kot njenega integralnega dela.

⁵ Ker gre za nekaj izjem od popolne implementacije, ki so izrecno predvidene.

⁶ Ki torej pozna nekatere izjeme od popolne harmonizacije v smislu višjih standardov od direktive, ki jih lahko zagotovijo države članice.

⁷ Uvodne izjave v sekundarni zakonodaji EU (uredbe in direktive) dajejo podlago za uporabo namenske (ali teleološke) razlage operativnega dela takšne zakonodaje, še posebej v primeru, ko ta ne bi bila dovolj jasna. Glej Bengoextea, J. (1993). *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press; Beck, G. (2013). *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the European Union*: Oxford: Hart Publishing.



nacionalnemu pravu regulacije določenih vidikov varstva končnih uporabnikov, vključno z nekaterimi vidiki zagotavljanja preglednosti, ki jih ne zajemajo te določbe. Na primer ukrepe, ki se nanašajo na obveznosti glede preglednosti, ki jih ne zajema ta direktiva, bi morali šteti za združljive z načelom popolne harmonizacije, dodatne zahteve v zvezi z vprašanji preglednosti, ki pa jih zajema ta direktiva, kot je objava informacij, pa bi morale šteti za nezdružljive. Poleg tega bi morale imeti države članice možnost, da ohranijo ali uvedejo nacionalne določbe o vprašanjih, ki jih ta direktiva posebej ne ureja, zlasti da bi se odzvale na novo nastale situacije.

Vprašanje, ali torej nacionalni zakonodajalec lahko ukrepa mimo direktive – glede (dodatnega) varstva končnih uporabnikov, je torej bistveno povezano s tem, ali direktiva neko vprašanje ureja ali pa ga ne in je takšno dodatno varstvo posledično dopustno. Toda to ne pomeni, da v primeru določenega varstva končnih uporabnikov, ki ga daje direktiva, lahko zakonodajalec odredi višje varstvo v smislu, da tega tako ali tako ne ureja direktiva in odločitev prepušča nacionalnemu zakonodajalcu. Seveda tudi z ureditvijo področja, ki ga direktiva ne ureja, zakonodajalec ne sme poseči na področje, ki je z direktivo urejeno.

2. Zagotavljanje informacij pred sklenitvijo pogodbe (3. tč. 1. odst. 186 člena osnutka ZEKom-2)

Načelo popolne harmonizacije je z zožujočo razlago direktive najprej prekoračeno v gornjem delu 186. člena predloga ZEKom-2. Problem je v tem, da direktiva v Prilogi VIII, uporabo katere veli njen 102. člen in se nanaša na informacije, ki jih je treba zagotoviti uporabnikom pred sklenitvijo pogodbe v zvezi s ceno (102. člen direktive), tj. informacije o priključnini, naročnini oz. cenah storitev, če se storitve zaračunavajo po porabi, pogojuje njihovo zagotovitev z besedno zvezo »če in kolikor je to mogoče«. Takšen dodatni pogoj pa je iz osnutka zakona izpadel, kar pomeni, da na ta način nacionalni zakonodajalec postrožuje določbe direktive, saj zahteva, da se omenjene informacije priskrbijo tudi, če to ni mogoče. To pa po načelu popolne harmonizacije ni dovoljeno, saj je evropski zakonodajalec popolnoma uredil to področje.

Direktiva v 6. tč. 102. člena kot izjemo od popolne harmonizacije sicer omogoča strožjo ureditev, ko določa: »Države članice lahko v svojem nacionalnem pravu ohranijo ali uvedejo določbe, na podlagi katerih morajo ponudniki zagotoviti dodatne informacije o ravni porabe in začasno preprečiti nadaljnjo uporabo zadevne storitve v primeru presežene finančne ali količinske omejitve, ki jo določi pristojni organ.« Toda ta določba se ne nanaša na podatke o »priključnini, naročnini, oz. cenah storitev, če se storitve zaračunavajo po porabi«, ki se nanašajo na informacije pred sklenitvijo pogodbe, izjema iz direktive pa se nanaša na stanje med izvrševanjem že sklenjene pogodbe in ne pred njeno sklenitvijo, o čemer govori 186. člen ZEKom-2.

Države članice lahko v nacionalnem pravu ohranijo ali uvedejo določbe v zvezi z vidiki, ki jih 102. člen direktive (Zahteve po zagotavljanju informacij za pogodbe) ne ureja, zlasti zato, da bi se odzvale na novo nastale situacije. V tem primeru ne gre za takšne situacije, saj je to področje z direktivo izrecno urejeno.



Predlog naročnika za ustrežnejšo formulacijo v osnutku ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, je tako ustrezen.

3. Trajanje naročniške pogodbe in njena prekinitvev (2. odst. 190. člena osnutka ZEKom-2)

Nadalje je predlagatelj zakona neupravičeno presešel okvire, ki jih je v 3. odst. 105. člena direktive (Trajanje in prekinitvev pogodbe) določil evropski regulator, ki je hkrati tudi za poglavje končnih uporabnikov določil načelo najvišje harmonizacije, kar seveda pomeni, da nacionalno pravo ne ureja področja ne blažje ne strožje, razen če sama določba napotuje oz. daje pooblastilo za takšno drugačno ravnanje.

Direktiva ureja samodejno podaljšanje pogodbe v tretji točki 105. člena. Direktiva ne predvideva omejitve trajanje samodejnega podaljšanja na maksimalno 24 mesecev onkraj začetnega obdobja, ki ne sme biti omejeno na več kot 24 mesecev (1. točka 105. člena direktive) – le to obdobje je časovno omejeno. V tej zvezi direktiva le omogoča državi članici, da omeji trajanje takšnega podaljšanja, pri čemer pa ne predpisuje maksimalnega roka.

Prav tako ne določa roka za obveščanje o samodejnem podaljšanju, to je vsaj 30 dni prej, določa le, da se to stori, »preden se pogodba samodejno podaljša«.

Predlog naročnika za ustrežnejšo formulacijo v osnutku ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, je ustrezen razen zadnjega dela, kjer predlagam boljšo rešitev (glej II. del mnenja).

4. Obdobje vezave pri sklenitvi naročniške pogodbe (3. odst. 191. člena osnutka ZEKom-2)

V navedeni določbi sta drugi in tretji stavek brez ustrezne podlage v direktivi in pomenita strožje pogoje, kot jih določa direktiva, ki v tem primeru ne določa izjeme od načela popolne harmonizacije. To pomeni prekoračitev določb direktive.

Glede prepovedi pogojevanja odpovedi pogodbe po izteku zavezujočega obdobja s strani izvajalca storitev s tehničnimi ali praktičnimi pogoji ter prepovedi zaračunavanja administrativnih stroškov v okviru prehajanja med posameznimi paketi pri istem izvajalcu storitev gre za vprašanje, ki ga Direktiva 2018/1972/EU izrecno ne naslavlja, zato ga je po mnenju predlagatelja zakona menda v skladu s pojasnili Evropske komisije dopustno urejati na nacionalni ravni.

Takšno mnenje ni upravičeno, saj nacionalna ureditev vendarle posega na področje, ki ga »zajema« direktiva, četudi tu ni bila izrecna. Direktiva sicer ureja vse vsebinske elemente, ki so sicer zajeti v spornih stavkih ZEKom-2, katerih črtanje predlaga naročnik: sklenitev naročniške pogodbe, vezava, prekinitvev pogodbe. Zato je zmotno stališče MJU, da direktiva tega vprašanja ne naslavlja, zato naj bi ga bilo možno urejati na nacionalni ravni. Tudi argument predlagatelja zakona, da zadnji stavek tretjega odstavka 191. člena ne presega Direktive 2018/1972/EU, saj



naj bi bil dodan le zaradi večje jasnosti in pravne varnosti, ne zdrži, saj izvajalce storitev prekomerno omejuje v primerjavi z določbami direktive.

Predlog naročnika za ustrežnejšo formulacijo v osnutku ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, je ustrezen.

5. Sprememba pogodbenih pogojev I. (3. odst. 192. člena osnutka ZEKom-2)

Predlagatelj zakona neupravičeno širi besedilo direktive iz 4. odst. 105. člena, ki daje pravico do prekinitve pogodbe brez kakšnih koli »dodatnih stroškov« za uporabnike, ko gre za spremembo pogodbenih pogojev s strani ponudnika, razen če so spremembe izključno v korist uporabnika, so zgolj administrativne narave in nimajo negativnih posledic za uporabnika ali so naložene s pravom EU ali nacionalnim pravom. Določba ZEKom-2 med to, kar naj bi bili dodatni stroški po direktivi, uvršča »stroške prekinitve naročniškega razmerja oz. druge administrativne stroške, pogodbene kazni, zneske prejete ugodnosti ali druga dogovorjena nadomestila«. Po jezikovni, logični in namenski razlagi ti stroški, ki jih navaja ZEKom-2, lahko presegajo dodatne stroške, ki naj bi nastali zaradi enostranske spremembe pogodbe s strani izvajalca, saj lahko segajo za nazaj in so nastali, ko do spremembe pogojev (še) ni prišlo in jih je že po obligacijskem načelu enake vrednosti dajatev uporabnik dolžan poravnati.

Z uporabljenimi dikcijami nacionalni zakonodajalec neupravičeno presega dikcijo evropskega regulatorja »dodatni stroški«, ki se nanašajo na prekinitev pogodbe zavrženje spremembe pogodbenih pogojev s strani ponudnika. Takšna širša dikcija prinaša možnost vključitve stroškov še iz drugih pravnih naslovov v tovrstnem pogodbenem razmerju, kot pa je zgolj prekinitev pogodbe zavrženje spremembe pogodbenih pogojev. To je ne le v neskladju z direktivo temveč tudi z univerzalnimi načeli obligacijskega prava, saj daje možnosti končnim uporabnikom za neupravičeno pridobitev oz. obogatitev.

Predlog naročnika za ustrežnejšo formulacijo v osnutku ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, je ustrezen.

6. Sprememba pogodbenih pogojev II. (5. odst. 192. člena predloga ZEKom-2)

Točka 6 105. člena direktive določa, da v primeru, če se uporabnik, ki ima pravico odpovedati pogodbo, odloči obdržati terminalsko opremo, ima izvajalec storitev pravico zahtevati nadomestilo do višine njene vrednosti, določene ob sklenitvi pogodbe. Predlog zakona v tem delu dodaja, da se pri ugotavljanju vrednosti oz. stanja terminalske opreme »upoštevajo njena normalna raba,« ki lahko pomeni zmanjšanje dejanske vrednosti takšne opreme, presojano po njeni vrednosti ob sklenitvi pogodbe, kar zožuje določbo direktive in ne pomeni njene maksimalne harmonizacije, za kar ni podlage v direktivi.

Tudi predlog naročnika, naj se v 5. odst. 192. člena predloga ZEKom-2 zapiše, da kar velja v primeru vračila terminalske opreme, »smiselno podobno velja tudi za vračilo sorazmernega dela v primeru prejema drugih ugodnosti (npr. popust pri mesečni naročnini)«, se zdi ustrezen. Tega direktiva sicer ne omenja, vendar pa izhaja iz obligacijskega prava (Obligacijski zakonik -



OZ), denimo iz načela enake vrednosti dajatev (8. člen OZ), ki ima svoj konkretni izraz v institutu neupravičene pridobitve, da kdor je bil brez pravnega temelja obogaten na škodo drugega, je prejeta dolžan vrniti, če je to mogoče, sicer pa nadomestiti vrednost dosežene koristi. V tem primeru je problem v tem, da bi v primeru odpovedi pogodbe zaradi spremenjenih pogojev, uporabnik brez pravnega temelja obdržal, kar mu ne gre, in s tem bil obogaten na škodo izvajalca. Zaradi jasnosti in preglednosti medsebojnega razmerja med izvajalcem in uporabnikom se zdi to določbo smiselno umestiti v ta zakon.

Tudi glede uporabnine, katere vnos v zakon predlaga naročnik, ki naj bi jo bil dolžan uporabnik plačati v primeru vrnitve terminalne opreme, je predlog smiseln, saj sledi istim argumentom obligacijskega prava, ki so navedeni v gornjem odstavku (načelo enake vrednosti dajatev).

Predlog naročnika za ustrežnejšo formulacijo v osnutku ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, je ustrezen.

7. Prenosljivost števil (195. člen predloga ZEKom-2)

Odst. 6 195. člena predloga zakona govori o tem, da je postopek prenosa številke za končnega uporabnika brezplačen, vendar beseda brezplačen nima opore v 4. odst. 106. člena direktive, katerega implementacijo pomeni. Direktiva govori o tem, da se »ne uporabljajo nobene neposredne dajatve za končne uporabnike« v primeru prenosa številke. V kolikor sta brezplačnost in odsotnost neposrednih dajatev vsaj za odtenek pojma z različno vsebino, je uporaba besede brezplačen neupravičena glede na besedilo direktive in lahko pomeni njeno zožitev, kar ni v skladu z načelom maksimalne harmonizacije. Glede tega vprašanja klavzula izjeme od načela maksimalne harmonizacije iz 2. odst. 6. točke 106. člena direktive (t. i. »umirjena« popolna harmonizacija), ki se nanaša na postopek zamenjave in prenosa, ne daje podlage za strožjo ureditev s strani nacionalnega regulatorja.

Predlog naročnika za ustrežnejšo formulacijo v osnutku ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, je ustrezen.

8. Kakovost javnih telekomunikacijskih storitev (4. odst. 199. člena predloga ZEKom-2)

Odst. 4 199. člena predloga zakona daje agenciji možnost sprejetja splošnega akta, ki bi predpisal nadomestilo za izvajalce storitev potrošnikov ob nedelovanju ali slabši kakovosti delovanja javnih komunikacijskih storitev. Ta določba nima podlage v direktivi, še posebej v 104. členu, ki narekuje implementacijo na tem področju. Direktiva v tem delu ne predvideva nikakršnih tovrstnih nadomestil, zato tudi kakršen koli splošni akt v tej zvezi nima opore v njej in zato pomeni prekoračitev načela maksimalne harmonizacije.

Predlog naročnika za ustrežnejšo formulacijo v osnutku ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, je ustrezen.



9. Sprememba splošnih pogojev operaterjev, rok za izdajo podzakonskih aktov in vakacijska doba (315., 316. in 317. člen predloga ZEKom-2)

Člen 315 predloga zakona predvideva rok štirih mesecev za prilagoditev splošnih pogojev operaterjev določbam novega zakona, obenem pa 316. člen istega predloga postavlja rok šestih mesecev za sprejetje podzakonskih aktov za uveljavitev novega zakona. Takšna neustrezna časovna dinamika bo povzročila, da bodo naročniki deležni več sprememb glede pogojev storitev, kot bi jih bilo potrebnih. Najprej bodo operaterji prilagodili svoje pogoje in šele zatem bodo lahko sprejeti novi podzakonski akti, kar pomeni, da bo ponovno treba spreminjati splošne pogoje, ki morajo biti usklajeni tudi s podzakonskimi akti. Takšno pretirano in predvsem nepotrebno spreminjanje pogojev je ustavno sporno v smislu varovanja zaupanja v pravo in pravne predvidljivosti kot podnačel ustavnega načela pravne države iz 2. člena Ustave RS. Ravno tako je ogrožena pravna varnost iz 2. člena Ustave RS, saj pomeni prekratka vakacijska doba, glede na številne korenite spremembe zakonodaje, kar je velik zalogaj za operaterje in naročnike, samovoljo oz. arbitrarnost nacionalnega regulatorja.

Predlog naročnika za ustrežnejšo formulacijo v osnutku ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, je ustrezen.

II. NEUPOŠTEVANE PRIPOMBE SOEK

1. Drugi odstavek 190. člena predloga ZEKom-2

Naročnik glede zadnjega stavka zgoraj omenjene določbe (»Izvajalec storitev končnim uporabnikom svetuje glede najboljših tarif vsaj enkrat letno.«) meni, da bi jo morali iz osnutka zakona izpustiti, saj da nima podlage v direktivi. Direktiva ima v 3. tč. 105. člena morda nekoliko blažjo formulacijo: »Ponudniki končnim uporabnikom zagotovijo informacije glede najboljših tarif vsaj enkrat na leto.«). Razlika je glede »svetovanja« in »zagotavljanja informacij«. Ne strinjam se z naročnikom, da tu ni prav nobene podlage za omenjeni stavek, predlagam pa, da se »svetovanje« spremeni v »zagotavljanje informacij«, ⁸ saj se zdi slednja besedna zveza pravilnejši odraz ureditve v direktivi. Hkrati pa direktiva daje podlago za »svetovanje« potrošnikom.

2. Uporaba določb 192. člena le za potrošnike, za druge uporabnike pa, ko ti to zahtevajo (predlog novega člena)

Predlog naročnika za nov odstavek v osnutku ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, se ne zdi ustrezen. Ta predlagani odstavek je v bistvu del trenutno veljavnega ZEKom-1. Naročnik predlaga, da bi se tudi ZEKom-2 v tem delu uporabljal le za potrošnike, za druge končne uporabnike pa le tedaj, ko bi ti to zahtevali. Toda za to direktiva ne daje izrecne podlage. Direktiva širi področje uporabe tega dela tudi na mikropodjetja, mala podjetja ali neprofitne organizacije, srednja in velika podjetja pa tako ali tako niso zajeta. Odstavek 8 192. člena ZEKom-2 tako sledi direktivi.

⁸ Zagotavljanje informacij se zdi manj aktivna dejavnost oz. storitev v primerjavi s svetovanjem.



3. Zamenjava izvajalca storitev dostopa do interneta (1. in 2. odstavek 194. člena osnutka ZEKom-2)

Predlog naročnika za ustrežnejšo formulacijo 1. odst. 194. člena osnutka ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, se ne zdi povsem ustrezen, vsaj v delu, ki izpušča besedno zvezo »vključno z informacijami o nadomestilih za primer zamude ali zlorabe«. Za takšno dikcijo nacionalnega zakonodajalca se zdi podlaga v 7.-9. točki 106. člena direktive. V skladu z direktivo država lahko določi, da morajo ponudniki končnim uporabnikom zagotoviti tudi informacije o pravici do nadomestila v primeru zamud ali zlorab v postopku prenosa. V tem smislu lahko nacionalni regulator tudi določi trenutek, ko naj se podajo tovrstne informacije, kar določa 1. odst. 194. člena ZEKom-2 in kar naročnik predlaga, da se črta.

Predlog naročnika za ustrežnejšo formulacijo 2. odst. 194. člena osnutka ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, je neustrezen. Naročnik očita nacionalnemu zakonodajalcu, da glede na besedilo direktive neupravičeno dodaja določene dele, in sicer: (i) uvaja dolžnost, da prenosni izvajalec dokazuje, da je neprekinjenost storitve s tehničnega vidika neizvedljiva, direktiva pa ne določa, da mora to dokazovati; (ii) uvaja breme dokazovanja za prenosnega izvajalca. To v direktivi ni izrecno omenjeno, toda podlaga za natančnejšo ureditev s strani nacionalnega zakonodajalca (t. i. »umirjena« popolna harmonizacija) v takšnih primerih vendarle obstaja v 2. odst. 6. točki 106. člena direktive. Direktiva določa, da »Nacionalni regulativni organi lahko določijo podrobnosti postopka zamenjave in prenosa, ob tem pa upoštevajo nacionalne določbe o pogodbah in tehnični izvedljivosti ter dejstvo, da morajo končnim uporabnikom zagotavljati neprekinjenost storitev.«

4. Spremljanje in nadzor porabe storitev (3. člen 198. člen osnutka ZEKom-2)

Predlog naročnika za ustrežnejšo formulacijo 3. člena 198. člena osnutka ZEKom-2, ki bo v skladu z direktivo, je neustrezen. Naročnik predlaga brisanje posebnega odstavka tega člena, ki daje dolžnost Agenciji, da s posebnim aktom podrobneje uredi način izvajanja tega člena. Toda direktiva v 6. točki 102. člena direktive določa, da države članice lahko v svojem nacionalnem pravu ohranijo ali uvedejo določbe, na podlagi katerih morajo ponudniki zagotoviti dodatne informacije o ravni porabe in začasno preprečiti nadaljnjo uporabo zadevne storitve v primeru presežene finančne ali količinske omejitve, ki jo določi pristojni organ. Tako se zdi, da pravna podlaga za takšno zakonsko določbo vendarle obstaja.

III. OCENA OSNUTKA ZEKOM-2 (GLEDE PRAVIC UPORABNIKOV) Z ZAKLJUČNIMI UGOTOVITVAMI

Zanimivo je, da tudi predlagatelj ZEKom-2 v obrazložitvi predloga in samih predlaganih členov priznava, da gre v primeru varstva pravic uporabnikov za popolno harmonizacijo, kjer zakonodajalec nima prostih rok kot v primeru, ko gre za običajno (oz. minimalno) harmonizacijo. Nekaj »prostih rok« mu dajejo le izrecne določbe direktive, ki pomenijo izjemo na popolne harmonizacije. Teh v direktivi – vsaj v delu, ki ureja pravice končnih uporabnikov –



resnici na ljubo ni veliko. Načelo popolne harmonizacije je tako ali tako zapisano v 257. uvodni izjavi direktive.

Toda v samem besedilu osnutka zakona se mestoma, kot je bilo predstavljeno zgoraj, zakonodajalec odmika od tega, kar je zapisal in čemur se zavezuje bodisi v obrazložitvi samega predloga zakona ali v obrazložitvah posameznih členov, kar pomeni nepravilno implementacijo direktive prava EU. V pravniškem žargonu bi lahko rekli, da je njegov osnutek ZEKom-2 »nesklepčen«, v smislu tega, da sklepi (tj. samo zavezujoče besedilo) ne izhajajo iz obrazložitve (razlogov za sprejem). Zakonodajalec v splošni obrazložitvi osnutka/predloga pojasni, katere pripombe deležnikov (s strani organizacij ponudnikov in uporabnikov) je oz. ni upošteval, ne pojasni pa, zakaj tako, predvsem, zakaj nekaterih argumentiranih predlogov ni upošteval. V tem smislu se zdi osnutek več kot pomanjkljiv. Bralec dobi občutek, da gre pri nekaterih členih za pogajanja med predstavniki ponudnikov in uporabnikov, češ nekaj bomo sprejeli od enih nekaj od drugih, kar je povsem napačen pristop – predvsem tedaj, ko gre za popolno harmonizacijo, kjer ne sme iti za politično »barantanje«, saj normodajalec nima diskrecije svoje normative presoje.

Zakonodajalec že tako zamuja z implementacijo direktive, nepravilnosti pri njeni implementaciji pa pomenijo imajo enak učinek kot zamuda in pomenijo dodatno kršitev. Četudi bo direktiva implementirana z ZEKom-2, bo vsaj v delu, ki je zgoraj nakazan kot njena prekoračitev, takšen zakon pomenil njeno nepravilno implementacijo.

V primeru, da je direktiva neustrezno implementirana, lahko sledijo v pravu EU določene pravne posledice, predvsem:

- posameznik ali podjetje lahko pred Evropsko komisijo sproži postopek glede neizpolnitve obveznosti države članice in Evropska komisija vloži tožbo zoper državo članico pred Sodiščem Evropske unije zaradi neizpolnitve obveznosti države članice. Če je ta izkazana, lahko sledi visoka denarna kazen za državo članico;
- posameznik ali podjetje kot odškodovanec lahko zoper državo članico vloži odškodninsko tožbo na nacionalnem sodišču zaradi škode, ki jo je utrpel zavljo neizpolnitve obveznosti države članice (glej tudi C-6/90 in C-9/90 Francovich in Bonifaci), pri čemer mora izkazati vse predpostavke nastanka škode.

Glede kršitve Ustave RS v zvezi z nepravilnimi prehodnimi določbami v predlogu ZEKom-2 je ob njihovi uveljavitvi možno vložiti (najmanj) pobudo (pod določenimi pogoji pa tudi zahtevo) na Ustavno sodišče RS.

Prof. dr. Marko Novak

Inštitut za raziskovanje v pravu Evropske pravne fakultete Nove univerze

