

MGRT

Direktorat za notranji trg

Sektor za varstvo potrošnikov in konkurence

**Kotnikova 5,
1000 Ljubljana**

Ljubljana, 15.09. 2014

Zadeva: Pripombe SOEK ob predlogu sprememb Zakona o varstvu potrošnikov

Spoštovani!

V Sekciji operaterjev elektronskih komunikacij (SOEK), ki je ustanovljena v Združenju za informatiko in telekomunikacije pri Gospodarski zbornici Slovenije smo pri pripravi predloga sprememb Zakona o varstvu potrošnikov sodelovali v delovni skupini GZS. Naša stališča so že povzeta v pripombah, ki jih je pripravila GZS, pošiljamo pa vam še gradivo, ki dodatno opredeljuje stališča predvsem za člen 43b ter v prilogi pojasnila glede 27a člena.

K 3. členu ZVPot

Člen št. 3 obstoječega ZVPot navaja sledeče:

»Podjetja in druge organizacije, ki zagotavljajo potrošnikom javne storitve in dobrine, so dolžni zagotoviti redno in kakovostno opravljanje storitev ter skrbeti za ustrezen razvoj in dvig kakovosti storitev.

Če potrošnik pri pogodbah o zagotavljanju javnih storitev in dobrin zamudi z izpolnitvijo obveznosti, ga mora upnik s pisnim opominom pozvati k izpolnitvi obveznosti in mu določiti naknadni rok za izpolnitev, ki ne sme biti krajši od 15 dni, če drug zakon ne določa daljšega roka. Pred iztekom dodatnega roka za izpolnitev upnik ne sme prekiniti zagotavljanja javne storitve ali dobrine.«

Tako v prvem kot v drugem odstavku navedenega člena zakon operira s pojmom »zagotavljanje javnih storitev in dobrin«, pri čemer tega termina zakon nikjer ne definira. Posledično se v praksi pojavlja veliko vprašanj na koga se ta določba v bistvu nanaša in kdo so subjekti, ki jih tangira in so dolžni postopati na način, kot je tu določen. Zato apeliramo na predlagatelja oziroma zakonodajaka, da ustrezno definira pojem javnih storitev in dobrin tako, da bo jasno in nedvoumno kdo so tisti potrošniki, ki se jih z dotično določbo želi ščititi in posledično, kdo so tisti subjekti, ki se jim pri »zagotavljanju javnih storitev in dobrin« nalaga obveznost pisnega opominjanja in določanja roka za naknadno izpolnitev v minimalnem trajanju 15 dni.

K 12.č členu ZVPot

12.č člen veljavnega ZVPot določa, da se določila poglavja III. ZVPot uporabljajo tudi za oblike oglaševanja, ki niso namenjene potrošnikom. Če natančno pogledamo poglavje III. ZVPot - oglaševanje blaga in storitev, potem lahko ugotovimo, da se v drugem odstavku 12b člena tudi govori o oglaševanju, ki je namenjeno podjetjem. Posledično se sprašujemo ali 12.č člen govori zgolj o tem,

da določila glede primerjalnega oglaševanja veljajo tudi za podjetja? Vsekakor ugotavljamo, da je določba nejasna. Predlagamo, da predlagatelj oziroma na koncu zakonodajalec ustrezno zapiše določbo člena 12.č, da bo nedvomno izražena volja, ki je bila zasledovana in da bo določba 12. člena povsem določno navajala kateri del velja neposredno tudi za podjetja (in ne samo za potrošnike) in to tudi tako, da ne bo nepotrebnega podvajanja v okviru poglavja, kar vnaša negotovost in nejasnost v razumevanje določb.

K 21b. členu ZVPot

1. odstavek 21b. člen veljavnega ZVPot se glasi:

»Če blago, za katero je izdaja garancije obvezna, ne deluje brezhibno ali nima lastnosti, navedenih v garancijskem listu ali oglaševaskem sporočilu, lahko potrošnik najprej zahteva odpravo napak. Če napake niso odpravljene **v skupnem roku 45 dni od dneva**, ko je proizvajalec, prodajalec ali pooblaščen servis od potrošnika prejel zahtevo za odpravo napak, mora proizvajalec potrošniku brezplačno zamenjati blago z enakim, novim in brezhibnim blagom.«

Predlagamo, da se 1. odstavku 21b. člena doda nov 2. odstavek, ki se glasi:

»Če se potrošniku ponovi ista napaka na blagu v roku treh (3) dni od prvotne odprave napake s strani proizvajalca, prodajalca ali pooblaščenega servisa, se skupni rok 45 dni ne pretrga.«

Obrazložitev:

V trenutni zakonodaji niso predvideni primeri, ko potrošnik dobi vrnjeno blago iz garancijskega popravila vendar napaka ni odpravljena oz. se ista napaka ponovi v nekem razumnem roku po prevzemu blaga iz garancijskega servisa in se zato ta skupni rok 45 dni ne prekine.

Zaradi pravne praznine, ki je nastala in pomanjkljive ter neenotne prakse posameznih zavezancev, bi bilo v novem zakonu koristno določiti rok, v katerem mora potrošnik reklamirati prvotno garancijsko popravilo oz. ponovitev napake na blagu, da se čas od dneva, ko je prevzel blago iz prvotnega garancijskega popravila do dneva, ko je blago ponovno dal na garancijsko popravilo zaradi iste napake, všteva v skupen rok 45 dni. Na ta način bi zaščitili potrošnika, zmanjšali število potrošniških sporov, ki nastanejo zaradi nedoločnosti veljavne zakonodaje in hkrati odpravili pravno praznino.

K 24. členu ZVPot

24. člen opredeljuje kdaj se pogodbeni pogoji štejejo za nepošteno. Na načelni ravni pozdravljamo zakonsko ureditev in definiranje nepoštenih pogodbenih pogojev, a vendar moramo opozoriti, da navedena definicija povzroča nemalo zapletov in problemov v praksi. Definicija je namreč zelo splošna in abstraktna, kar je sicer normalno, saj gre za zakonsko določbo, a žal tudi zelo nejasna in neopredeljiva - zavezanci, ki moramo ravnati skladno z njo, opažamo, da je v zvezi z njo v praksi dosti problemov in negotovosti. Ti problemi se nanašajo največkrat na takšne pogodbene pogoje, za katere objektivno ocenjujemo, da so pošteni, pa vendar je bilo (zgolj na I. stopnji) ugotovljeno drugače, kar predpisujemo predvsem nedorečeni in preveč odprti določbi. Kot primer naj navedemo, da je bil kot nepošten pogodbeni pogoj opredeljeno naštevanje, kot so: in podobno, zlasti, na primer, ali na drug ustrezen način, ali na drug zanesljiv način... . To vsekakor ne more biti nepošten pogodbeni pogoj, kar je bilo kasneje tudi potrjeno, pa vendar je bil sprva opredeljen kot tak. Glede na to, da je sankcija v tovrstnih postopkih (poleg globe) lahko tudi prepoved opravljanja dejavnosti, ki prične učinkovati takoj, moramo opozoriti, da je jasnejša in določnejša opredelitev nepoštenih pogojev nujna. Prav tako je nujno, da se doda več konkretnih primerov, ki bodo kot taki nakazovali razumevanje prvega

odstavka 24. člena in njegov obseg tako, da bo na vseh stopnjah odločanja jasno, kje je tista meja, ko lahko govorimo o nepoštenih pogodbenih pogojih. Na drugi strani pa bo tudi gospodarskim subjektom jasno kakšen je namen zakonodajaka.

Pogledali smo tudi primerjalno prakso v Avstriji, kjer imajo v njihovem Zakonu o varstvu potrošnikov (»Konsumentenschutzgesetz«) tudi naveden poseben člen glede nepoštenih pogodbenih pogojev (člen 6: Unzulässige Vertragsbestandteile), vendar pa imajo za razliko od ureditve v Sloveniji navedenih kar nekaj primerov nepoštenih pogodbenih pogojev in samo na koncu eno kratko določbo v smislu, da se posamezen pogoj šteje kot nepošten, če je nerazumljiv potrošniku. Nimajo torej navedenih toliko splošnih in abstraktnih določb, ki bi bile nejasne in neopredeljive kot jih imamo pri nas, ampak je predvidenih več konkretnih primerov nepoštenih pogodbenih pogojev.

Posebej pa naj še izpostavimo dva primera nepoštenih pogodbenih pogojev kot so opredeljeni v tretjem odstavku 24. člena:

- osma alineja 3. odstavka 24. člena: ta alineja se nam sama po sebi ne zdi nepošten pogodben pogoj. Namreč že po Obligacijskem zakoniku ima naročnik elektronskih komunikacijskih storitev, kot šibkejša stranka, določene pravice v zvezi s Splošnimi pogoji, ti se razlagajo v njegov prid, ravno zaradi ekonomske moči nasprotne pogodbene stranke. Nadalje nikakor ne nasprotujemo izbrisu te alineje v celoti, predlagamo pa da se ta bolj definira in sicer tako, da se kot nepošten pogodben pogoj opredeli zgolj tista pogodbena kazen, ki je nesorazmerna oziroma nepravilna, pač v duhu nepoštenosti, kot ga opredeljuje prvi odstavek 24. člena veljavnega ZVPot. Tako se zaščiti potrošnika in še vedno ohrani pogodbeno razmerje v duhu načela vestnosti in poštenosti, hkrati pa se omogoči subjektu, ki zagotavlja storitve, da zagotovi uravnoveščenost med pravicami in obveznostmi. Namreč sedaj iz veljavnega ZVPot izhaja, kot da pogodbena kazen sploh ni mogoče oziroma je že sama po sebi nepošten pogodben pogoj in to tudi v primerih hujših kršitev pogodbenih obveznosti potrošnika oziroma tudi v primeru zlorabe njegovih pravic, kar nikakor ni ne v korist potrošnika ne v korist subjektov, ki mu zagotavljajo storitve oz. blago. Se pa povsem strinjamo, da mora biti potrošnik varovan pred nepoštenim poslovanjem subjektov, zato vsakršna pogodbena kazen ne more biti dovoljena.

- deveta alineja 3. odstavka 24. člena: tudi ta alineja po našem mnenju sama po sebi ni nepošten pogodbeni pogoj. Preverjanje legitimnost posameznih prevzemov in združitvev podjetij je v pristojnosti Agencije za varstvo konkurence in ne Tržnega inšpektorata. Če Agencija za varstvo konkurence določen prevzem ali združitev podjetij potrdi, ne vidimo razloga, da bi se prenos pogodbenih pravic in obveznosti na tretjo osebo smatral kot nepošten pogodbeni pogoj. Glede na trenutno gospodarsko stanje in število prevzemov in združitvev, ki se dogajajo, bi predlagali, da se tudi ta alineja nomotehnično spremeni, tako da se šteje kot nepošten pogodbeni pogoj samo v primeru, če so izpolnjeni tudi pogoji iz prvega odstavka tega člena (v kolikor bo prvi odstavek ostal v takšen zapisu kot je sedaj).

Inšpektorji se v praksi po naših izkušnjah osredotočajo predvsem na primere nepoštenih pogodbenih pogojev iz 3. odstavka 24. člena, pri tem pa ne upoštevajo predpogojev iz prvega odstavka 24. člena, zato predlagamo, da se člen nomotehnično drugače zapiše in se še bolj poudari zahteva po izpolnitvi predpogojev iz prvega odstavka 24. člena. Namreč v praksi se dogaja, da odločevalci že na podlagi dejstva, da sta izpolnjena kriterija osme in devete alineje, brez izpolnjenih kriterijev iz prvega odstavka 24. člena, zaključijo, da gre za nepošten pogodbeni pogoj, kar pa nikakor ne more držati.

K 27.a členu ZVPot

Sedanja ureditev je po našem mnenju iz več vidikov sporna, neustrezna ter tudi ustavnopravno sporna.

I.

ZVPot v 3. členu ponudnikom storitev nalaga obveznost, da v primeru neplačil obveznosti končnih uporabnikov (potrošnikov) tem ne more odpovedati pogodbenega razmerja, če jih predhodno z opominom ne opozorijo na zamudo pri plačilu obveznosti, ter jim ne določijo dodatnega roka, v katerem naj zapadle obveznosti poravnajo, kakor tudi opozorijo na posledico zamude dodatnega roka. Za ponudnike storitev torej obstaja zakonska obveznost opominjati potrošnike na njihovo zamudo.

Nadalje pa ZVPot v 27.a členu določa, da obvestilo o zamudi ne sme biti obračunano višje od dejanskih stroškov obvestila in hkrati ne višje od nateklih zakonskih zamudnih obresti. Ponudnik storitev torej sme obvestilo obračunati v višini dejanskih stroškov šele, v kolikor natekle zakonske zamudne obresti dosežejo to višino.

Stroški opominjanja so stroški v zvezi z izdelavo in pošiljanjem opomina ter drugi s tem povezani stroški. Ti stroški so enako visoki ne glede na višino obveznosti potrošnika in trajanje zamude. Višina zakonskih zamudnih obresti pa je odvisna od višine obveznosti in od trajanja zamude potrošnika. Zaradi navedenega so potrošniki postavljeni v zelo neenakopraven položaj, v neenakopraven položaj pa so postavljeni tudi ponudniki različnih storitev, glede na povprečno ceno le-teh. Pri potrošnikih, čigar obveznosti do podjetja so visoke, znesek zakonskih zamudnih obresti lahko doseže fiksen strošek opomina. Pri potrošnikih, kjer pa je cena storitev oziroma blaga nizka, pa do tega, da bi višina zamudnih obresti dosegla strošek opomina praktično ne more priti. Kljub temu obstaja za obe kategoriji potrošnikov enaka obveznost opominjanja po ZVPot. Posledično je v neenakopraven (in podrejen) položaj v razmerju do potrošnikov postavljen ponudnik storitev, ki je dolžan potrošnike opozoriti na zamudo, pri tem pa lahko samo tistim potrošnikom, katerih zakonske zamudne obresti od zapadlih obveznosti presegajo znesek fiksnih stroškov opomina, naloži plačilo teh stroškov.

V kolikor bi ponudnik storitev čakal z opominjanjem dokler ne bi natekle zakonske zamudne obresti dosegle fiksnih stroškov opomina, bi lahko povzročil tudi propad podjetja, saj v skladu z ZVPot zoper neplačnike ne bi smel uvesti postopkov prisilne izterjave terjatev niti jim ne bi bil upravičen prenehati dobavljati storitve. Ponudnik storitev je ujet v določbe ZVPot, ki mu glede na dosedanjo razlago določb onemogočajo prisilno izterjati zapadle neplačane terjatve do potrošnikov in hkrati onemogočajo odpoved opravljanja nadaljnjih storitev. Ker je takšna situacija za ponudnika storitev ekonomsko nevzdržna, je ta prisiljen opomine pošiljati še preden znesek nateklih zakonskih zamudnih obresti doseže stroške opomina. Posledično ponudnik storitev izvede opominjanje za tiste potrošnike, kjer zakonske zamudne obresti ne dosegajo stroškov opomina, na lasten strošek. Zakonska obveznost ponudnika storitev sili v ravnanje, ki je ekonomsko neupravičeno in ki nasprotuje temeljni pravičnosti pogodbenih razmerij. Takšna ureditev ponudnikom storitev povzroča veliko ekonomsko škodo in nasprotuje ustavnim normam.

Nesmotno ter ustavnopravno nepravilno je stroške opominjanja prevaliti na ponudnika storitev, pri čemer stroške opominjanja neposredno povzroči sam potrošnik, z dejstvom neplačila pravilno izdanega računa.

V času vse večje plačilne nediscipline in hkrati vse večjih finančnih težav veliko podjetij je takšna ureditev ne samo pravno, temveč tudi finančno in dejansko nevzdržna. Potrošnika naravnost spodbuja k nerednemu plačevanju obveznosti, podjetja pa svojo gospodarsko konkurenčnost zgubljajo z nošenjem stroška opominjanja, ki zlasti pri podjetjih, ki opravljajo splošno dejavnost manjših mesečnih vrednosti (ki jo uporabljajo vsi prebivaki, kot na primer mobilna telefonija), predstavljajo na mesečni in letni ravni izjemno visoke zneske (glej prilogo).

Dodatno bi želeli izpostaviti, da tudi v Avstriji višina opomina ni navzgor omejena in podjetja v Avstriji potrošnikom opomine zaračunavajo tudi v višini 10 EUR.

Predlagali smo dve verziji zapisa tega člena – prva je tista, ki je bila v prvotnem predlogu spremembe ZVPot že predvidena, zato smo jo predvideli kot prvo rešitev. Po našem mnenju ta določba potrebuje še usklajevanje zneska 1 EUR s stroškom rasti življenjskih stroškov. Podredna rešitev pa se izogne vnaprejšnjemu določanju maksimalnih stroškov, s čimer se omogoči zaračunavanje v dejanski točni višini in se omogoči trajno uporabljivost tega člena, otežuje pa uresničevanje in preverjanje v praksi.

V prilogi je podrobnejša razlaga ustavnopravne nepravilnosti trenutno veljavne ureditve.

II.

Glede na to, da predmetne pripombe ob predlogu sprememb Zakona o varstvu potrošnikov podaja Sekcija operaterjev elektronskih komunikacij (SOEK), ki je ustanovljena v Združenju za informatiko in telekomunikacije pri Gospodarski zbornici Slovenije, podajamo tudi pripombe z vidika zakonske ureditve pogojev za zagotavljanje elektronskih komunikacijskih omrežij in za izvajanje elektronskih komunikacijskih storitev.

Na področju urejanja razmerij med operaterji kot izvajalci elektronskih komunikacijskih storitev ter uporabniki kot specialnejši zakon velja Zakon o elektronskih komunikacijah (Uradni list RS, št. 109/2012 in nasl.; v nadaljevanju ZEKom-1). Ta zakon ureja pogoje za zagotavljanje elektronskih komunikacijskih omrežij in za izvajanje elektronskih komunikacijskih storitev, med drugim določa tudi pravice uporabnikov in ureja druga vprašanja, povezana z elektronskimi komunikacijami. Tako je dolžen operater v razmerju do uporabnikov ravnati ne le v skladu z določbami ZVPot, temveč tudi v skladu z določbami ZEKom-1. Namen ZEKom-1 je med drugim tudi zagotavljanje univerzalne storitve in varstvo pravic uporabnikov, kot to izrecno določa 2. člen ZEKom-1. Namen tega zakona je pospeševanje razvoja elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev v Republiki Sloveniji in s tem gospodarskega in družbenega razvoja v državi nasploh, kot tudi razvijanje notranjega trga Evropske unije in uveljavljanje legitimnih interesov vseh njenih državljanov. S tem zakonom se v pravni red Republike Slovenije prenašajo številne Direktive, ki operaterje zavezujejo, zakon pa za primer kršitve določb predvideva tudi nadzor operaterjev s strani Agencije za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (v nadaljnjem besedilu: Agencija) kot neodvisnega regulativnega organa ter s strani drugih pristojnih organov, ki opravljajo naloge po tem zakonu.

Predmet ZVPot je urejanje pravic potrošnikov pri ponujanju, prodajanju in drugih oblikah trženja blaga in storitev s strani podjetij, določanje dolžnosti državnih organov in drugih subjektov, da te pravice zagotavljajo, pri čemer je potrošnik opredeljen kot fizična oseba, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve za namene izven njegove poklicne ali pridobitne dejavnosti (prim. določbe 1. in 2. odstavka 1. člena ZVPot). Predmet ZEKom-1 pa je urejanje pogojev za zagotavljanje elektronskih komunikacijskih omrežij in za izvajanje elektronskih komunikacijskih storitev, (med drugim) pa tudi določanje pravic uporabnikov ter urejanje pristojnosti, organizacije in delovanja Agencije; ob tem je uporabnik opredeljen kot fizična ali pravna oseba, ki uporablja ali zaprosi za uporabo javne komunikacijske storitve oziroma naročnik vsaka fizična ali pravna oseba, ki z izvajalcem javnih komunikacijskih storitev sklene pogodbo za uporabo teh storitev oziroma za njihovo zagotavljanje (prim. določbe 1. člena ZEKom-1, v povezavi z 34. in 69. točko 3. člena ZEKom-1). Pravice uporabnikov so podrobneje razčlenjene zlasti v X. in XI. poglavju ZEKom-1, ki med drugim določa, da morajo operaterji objaviti pregledne informacije o veljavnih cenah in tarifah ter o splošnih pogojih dostopa do in uporabe javno dostopnih telefonskih storitev (132. člen ZEKom-1), predpisuje obvezne sestavine pogodbe s končnim uporabnikom, med njimi tudi postopek v primeru neplačevanja storitev (prim. 1. odstavek 129. člena ZEKom-1), in pravila glede omejitev ali odklopitve zaradi razlogov na strani naročnika (prim. 122. člen ZEKom-1).

Glede na zgoraj povedano operaterja, ki je izvajalec univerzalne storitve zavezuje tudi 122. člen ZEKom-1, ki določa omejitve ali odklopitve storitev operaterja zaradi razlogov na strani naročnika. Operater lahko omeji dostop do svojih storitev oziroma naročnika odklopi ter prekine naročniško pogodbo le, če le-ta ni poravnal zapadlih obveznosti ali je kršil druge pogoje, določene v naročniški

pogodbi. Operater mora v splošnih pogojih določiti, kateri ukrep se izvede pri določenih kršitvah ter rok, v katerem se izvede. Izbrani ukrep ter rok morata biti sorazmerna tem kršitvam in nediskriminatorna. Ob kršitvah mora operater naročniku na zanesljiv način poslati opozorilo, v katerem navede razumen rok, v katerem mora naročnik prenehati s kršitvami ali poravnati svoje obveznosti, in ukrep, ki ga bo operater izvedel, če naročnik tudi po izteku tega roka ne bo prenehal s kršitvami ali ne bo poravnal svojih obveznosti. Da bi operater ravnal v skladu s to zakonsko določbo, je dolžan pošiljati neplačnikom opomin, saj ZEKom-1 izrecno določa, da se neplačevanje računov v nobenem primeru ne sme šteti za kršitev, ki bi zahtevala izvedbo ukrepa brez vnaprejšnjega obvestila. Ker morata biti izbrani ukrep opominjanja ter rok sorazmerna kršitvi (neplačilu računa) in nediskriminatorna, tako cena storitve opominjanja ne sme biti vključena v ceno storitev za vse naročnike, saj bi bil tak ukrep diskriminatoren do naročnikov, ki račun plačajo redno, do dneva zapadlosti ter torej s plačilom računa ne pridejo v zamudo; zaradi zahteve po nediskriminatornosti mora operater tudi do vseh uporabnikov izvesti enak opominjevalni postopek (torej do uporabnikov potrošnikov kot do uporabnikov ki se po ZVPot ne štejejo za potrošnike, in mora torej operater vsem uporabnikom nediskriminatorno zaračunavati stroške opomina).

Če bi operater zaradi neplačevanja računov izvedel ukrep omejitve dostopa do storitev brez vnaprejšnjega obvestila, bi storil prekršek, kot to določa 234. člen ZEKom-1. Vendar ZEKom-1 ne določa, da mora operater tak ukrep opominjanja izvesti brezplačno, saj se v skladu z ZEKom-1 brezplačno izvajajo le sledeče storitve (kot ZEKom-1 izrecno določa): možnost brezplačnega dostopa do številka za klice v sili; brezplačna selektivna zapora izhodnih klicev ali premijskih SMS ali MMS, ali, kjer je to tehnično mogoče, drugih vrst podobnih aplikacij; brezplačna opozorila v primeru nenavadnih in prekomernih vzorcev porabe; posredovanje osnovne stopnje razčlenitve računa; brezplačen prenos klica v sili organu, ki ga obravnava; za številki za klice v sili mora operater brezplačno posredovati informacije o številki in lokaciji kličočega; uporabnik ali naročnik, ki je soglašal z obdelavo osebnih podatkov, ima možnost, da na brezplačen način začasno zavrne obdelavo takšnih podatkov; naročnik mora imeti možnost, da brezplačno prepreči prikaz identitete priključka, s katerega kliče ter da brezplačno za dohodne klice prepreči prikaz identitete kličočega priključka; klicani naročnik mora imeti možnost, da brezplačno in z enostavnimi sredstvi prepreči kličočemu uporabniku prikaz identitete priključka v zvezi; naročnik mora imeti možnost, da brezplačno prepreči avtomatsko preusmeritev klicev s strani tretjih oseb na svoj terminal; preden se naročnikovi podatki vključijo v tiskan ali elektronski imenik, ki je dostopen javnosti ali ga uporabljajo imeniške službe, morajo biti naročniki brezplačno obveščeni o namenu tega imenika ter o vseh nadaljnjih možnostih uporabe teh podatkov; naročnik mora imeti možnost, da brezplačno zavrne uporabo svojega elektronskega naslova za neposredno trženje; zavrnitev soglasja za uporabo osebnih podatkov za neposredno trženje mora biti za naročnika brezplačna.

Čeprav ZEKom-1 izrecno ne ureja vprašanja zaračunavanja stroškov opomina naročnikom neplačnikom, pa zakonska ureditev na področju opravljanja dejavnosti elektronskih komunikacij vendarle jasno vodi k naslednjim temeljnim ugotovitvam:

- ZEKom-1 ureja pravna razmerja med uporabniki oziroma naročniki elektronskih komunikacijskih storitev in operaterji kot lex specialis; ob tem ne razlikuje med pravnimi in fizičnimi osebami, saj se pojem naročnika nanaša na vsako fizično ali pravno osebo, ki z izvajalcem javnih komunikacijskih storitev sklene pogodbo za uporabo teh storitev oziroma za njihovo zagotavljanje s strani izvajalca;
- zakonska ureditev omejitve ali odklopitev iz razlogov na strani naročnika, ki torej ne razlikuje med fizičnimi in pravnimi osebami (potrošniki po ZVPot in podjetji), veže operaterjeve ukrepe le na naročnikovo kršitev pogodbenih obveznosti (neporavnane zapadle obveznosti naročnika), njihovo (vnaprejšnjo) določenost v splošnih pogojih, na sorazmernost kršitvam in nediskriminatornost;
- o vseh naročnikovih ugovorih oziroma sproženih sporih glede višine zneska na računu operaterja odloča Agencija, ki tudi sicer nadzira izvajanje določb ZEKom-1 o spoštovanju

pravic uporabnikov, in torej odloča o sporu na podlagi veljavne naročniške pogodbe in splošnih pogojev;

- če ZEKom-1 ne razlikuje med sankcijami za kršitve naročnikov glede na njihov status (fizične ali pravne osebe) in celo izrecno zapoveduje nediskriminatornost, če operater, nadalje, v splošnih pogojih in z objavo cenika, ki so sestavni del posameznih naročniških pogodb, (vnaprej) izrecno določi znesek stroška opomina v primeru naročnikove kršitve pogodbene obveznosti, potem glede na dejstvo, da je ZEKom-1 *lex specialis*, ni nikakršne pravne osnove za uporabo drugačnega pravila po splošnem predpisu, kar v razmerju do ZEKom-1 predstavlja ZVPot. Učinek takšne uporabe določb 27.a člena ZVPot bi bila namreč različna obravnava kršiteljev glede na njihov status, to pa bi vodilo tudi v nedopustno diskriminatornost ukrepov po določbah 122. člena ZEKom-1.

Iz predmeta in namena urejanja po ZEKom-1 je torej mogoče razbrati, da ima ta zakon - ob upoštevanju posebne narave elektronskih komunikacij in pogojev, potrebnih za njeno opravljanje, obsežnosti in podrobnosti regulacije na tem področju z namenom zagotavljanja učinkovite konkurence na trgu elektronskih komunikacij, varstva pravic uporabnikov in pospeševanja razvoja elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev v Republiki Sloveniji in na območju notranjega trga Evropske unije (prim. 2. člen ZEKom-1) -, v razmerju do ZVPot kot splošnega predpisa, ki ureja položaj potrošnika v razmerju do podjetij kot ponudnikov blaga in storitev, na določbe 27.a člena ZVPot derogacijski učinek. Iz tega pa izhaja, da se operater tudi s fizičnimi osebami (tako kot s pravnimi) lahko dogovori za plačilo pavšalnega stroška opomina v primeru naročnikove kršitve obveznosti (neporavnanih zapadlih obveznosti) ne glede na določbe 27.a člena ZVPot, pod pogojem, da to določajo splošni pogoji; samo tako lahko tudi nediskriminatorno obravnava vse naročnike in določa ukrepe v skladu z določbami 122. člena ZEKom-1.

K 43.b členu ZVPot

Predlagamo, da se peti odstavek 43.b člena spremeni kot sledi:

»Informacije iz prvega odstavka tega člena so sestavni del pogodbe in se lahko naknadno spremenijo le z izrecnim soglasjem pogodbenih strank, razen če drug zakon ne določa drugačnega načina naknadnega spreminjanja.«

Obrazložitev:

Obstoječe besedilo petega odstavka 43.b člena predloga Zakona je v neskladju z določbami Zakona o elektronskih komunikacijah (Uradni list RS, št. 109/2012, s spremembami; ZEKom-1) ter določbami na podlagi ZEKom-1 sprejetega Splošnega akta o obliki in načinu objave obvestila o spremembi pogojev iz naročniške pogodbe (Uradni list RS, št. 62/2013).

ZEKom-1 v odnosu do Zakona o varstvu potrošnikov kot specialnejši predpis ureja pravna razmerja med podjetjem - operaterjem javnih komunikacijskih storitev ter potrošniki -uporabniki oz. naročniki javnih komunikacijskih storitev. ZEKom-1 v odnosu do predlaganih sprememb ZVPot velja kot *lex specialis* (*Lex specialis derogat Lex generali*).

Predmet Zakona o varstvu potrošnikov je urejanje pravic potrošnikov pri ponujanju, prodajanju in drugih oblikah trženja blaga in storitev s strani podjetij, pri čemer je potrošnik opredeljen kot fizična oseba, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve za namene izven njegove poklicne ali pridobitne dejavnosti (prim. določbe 1. in 2. odstavka 1. člena ZVPot).

Predmet Zakona o elektronskih komunikacijah pa je urejanje pogojev za zagotavljanje elektronskih komunikacijskih omrežij in za izvajanje elektronskih komunikacijskih storitev, (med drugim) pa tudi

določanje pravic uporabnikov, pri čemer je uporabnik opredeljen kot fizična ali pravna oseba, ki uporablja ali zaprosi za uporabo javne komunikacijske storitve oziroma naročnik vsaka fizična ali pravna oseba, ki z izvajakem javno dostopnih elektronskih komunikacijskih storitev sklene pogodbo o zagotavljanju takih storitev (prim. določbe 34. in 69. točke 1. odstavka 3. člena ZEKom-1).

Določba petega odstavka 43.b člena ZVPot ureja način spreminjanja sestavnega dela pogodb, sklenjenih na daljavo in pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov. Tudi operater pa lahko z naročniki za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev sklepa pogodbe na daljavo in pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov. Tudi v tem primeru pa gre za pravno oz. pogodbeno razmerje med operaterjem in naročnikom, ki je podvržen zakonskim ureditvam Zakona o elektronskih komunikacijah.

Pravice uporabnikov so podrobneje razčlenjene zlasti v XI. poglavju ZEKom-1, ki med drugim predpisuje obvezne sestavine pogodbe s končnim uporabnikom, ter tudi kogentno določen postopek sprememb sestavin pogodbe (prim. 1., 2. in 3. odstavek 129. člena ZEKom-1):

»(2) O vsaki spremembi pogojev, določenih v naročniški pogodbi, morajo biti naročniki obveščeni najmanj 30 dni pred predlagano uveljavitvijo sprememb. Pri tem morajo biti naročniki obveščeni, da imajo, razen če je sprememba pogojev, določenih v naročniški pogodbi, potrebna zaradi uskladitve s tem zakonom oziroma na njegovi podlagi sprejetimi predpisi, v istem roku pravico brez odpovednega roka, brez plačila stroškov prekinitve naročniškega razmerja in brez pogodbene kazni odstopiti od naročniške pogodbe, če se s predlaganimi spremembami ne strinjajo. Agencija lahko s splošnim aktom predpiše obliko in način objave obvestila.

(3) Določbe prejšnjega odstavka ne vplivajo in ne posegajo v zapadle in neplačane obveznosti naročnikov ter v obveznosti izpolnitve pogodbeno dogovorjenih obveznosti naročnikov.«

ZEKom-1 torej ne predpisuje, da se pogodbeni določila lahko naknadno spremenijo le z izrecnim soglasjem pogodbenih strank, temveč uzakonja uveljavljanje odstopnega upravičenja za tistega potrošnika, ki se s predlaganimi spremembami pogodbenih določil ne strinjajo.

Zakonska ureditev na področju opravljanja dejavnosti elektronskih komunikacij jasno vodi k naslednjim ugotovitvam:

- ZEKom-1 ureja pravna razmerja med uporabniki oziroma naročniki elektronskih komunikacijskih storitev in operaterji kot *lex specialis*;
- ZEKom-1 ob tem ne razlikuje med pravnimi in fizičnimi osebami, saj se pojem naročnika nanaša na vsako fizično ali pravno osebo, ki z izvajalcem javnih komunikacijskih storitev sklene pogodbo za uporabo teh storitev oziroma za njihovo zagotavljanje s strani izvajalca;
- zakonska ureditev načina spreminjanja pogodb, sklenjenih med operaterjem in naročniki, ki torej ne razlikuje med fizičnimi in pravnimi osebami (potrošniki po ZVPot in podjetji), veže operaterja glede postopka spreminjanja pogodbenih določb s specialno določbo zgoraj citiranega 2. odstavka 129. člena ZEKom-1;
- obstoječe besedilo petega odstavka 43.b člena predloga ZVPot je v neskladju z določbami 2. odstavka 129. člena ZEKom-1;
- gre za pravno situacijo, ko sta dve normi, ki pokrivata isti življenjski stan, med seboj v nasprotju. Norma enega pravnega akta zapoveduje določeno ravnanje na en način, norma drugega pravnega akta pa zapoveduje to določeno ravnanje na drugačen način, pri čemer sta si ta dva načina v nasprotju. Tako je potrebno izhajati iz dejstva, da je (oz. da naj bi bil) pravni red notranje skladen, ter da se pravne norme med seboj ne smejo izključevati, temveč dopolnjevati.

Glede na navedeno predlagamo, da naj se besedilo petega odstavka 43.b člena predloga Zakona dopolni tako, kot navedeno.

K 4.b in 5. poglavju ZVPot

Zakon v 4. poglavju o posebnih vrstah pogodb vsebuje določbe o pogodbah, sklenjenih na daljavo in pogodbah, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov, kjer 43č. člen določa 14-dnevno odstopno upravičenje potrošnika. Nadalje pa zakon v 5. poglavju o prodaji na obroke v 53a. členu določa 15-dnevno odstopno upravičenje.

Ker je lahko pri določenem podjetju vzpostavljen model prodaje, ki vsebuje elemente obeh tipov pogodb (npr. prodaja na obroke s sklenitvijo takšne pogodbe na daljavo ali zunaj poslovnih prostorov), bi bilo smiselno poenotiti rok za uveljavljanje odstopnega upravičenja.

Istočasno bi bilo smiselno poenotiti tudi dikcijo zakonskih določb, ki se navezujejo na pravice in obveznosti subjektov z zvezi uveljavitvijo odstopnega upravičenja (vračilo kupnine, vračilo blaga, itd.), saj bi se s tem odpravila kolizija zakonskih določb glede posledic odstopa od pogodbe (t.j. glede posledic razvezane pogodbe).

Namreč, izhajajoč iz splošnejših določb Obligacijskega zakonika (111. člen OZ), so učinki razvezane pogodbe sledeči:

- obe stranki sta prosti svojih obveznosti, razen obveznosti za povrnitev morebitne škode;
- če je ena stranka popolnoma ali deloma izpolnila pogodbo, ima pravico do vrnitve tistega, kar je dala;
- če imata obe stranki pravico zahtevati vrnitev danega, veljajo za vzajemno vračanje pravila, ki veljajo za izpolnitev dvostranskih pogodb;
- vsaka stranka dolguje drugi povračilo za koristi, ki jih je medtem imela od tistega, kar je dolžna vrniti oziroma povrniti;
- stranka, ki vrača denar, mora plačati obresti od dneva, ko je prejela izplačilo.

Pravne posledice odstopa od pogodbe, sklenjene na daljavo ali zunaj poslovnih prostorov ter pravne posledice odstopa od pogodbe glede prodaje na obroke bi bilo torej potrebno znotraj ZVPot medsebojno uskladiti, ter jih istočasno uskladiti tudi s splošnejšo določbo OZ.

K 53.a členu ZVPot

Člen 53.a določa:

»Potrošnik lahko v vsakem primeru odstopi od pogodbe, če to pisno sporoči prodajalcu v petnajstih dneh po podpisu. Potrošnik se tej pravici ne more vnaprej odpovedati.

Drugačno pogodbeno določilo je nično.«

Navedena določba je umeščena v poglavje ZVPot »5. Prodaja na obroke«. Drugi odstavek 49. člena ZVPot določa, da mora biti pogodba o prodaji na obroke sestavljena v pisni obliki. Nadalje prvi in drugi odstavek 50. člena ZVPot določata obvezne sestavne dele te pisne pogodbe: blago ali storitev; cena blaga ali storitve; skupen znesek vseh obročnih odplačil, všteti tudi tisto, kar je bilo plačano ob sklenitvi pogodbe; znesek posameznih obrokov, njihovo število ter njihovi roki; v pogodbi morajo biti izrecno navedene tudi pravice, ki jih ima potrošnik po tem poglavju zakona. Če pogodba o prodaji na obroke ne vsebuje navedenih obveznih sestavin, zakon izrecno določa, da lahko potrošnik odstopi od pogodbe. Torej je potrošnik s pisno pogodbo vnaprej seznanjen z vsemi njegovimi pravicami in obveznostmi iz naslova nakupa blaga ali storitve na obroke. Pri sklepanju take pogodbe torej zakonodajalec potrošnika štiti pred lastno nepremišljenostjo, štiti pa ga tudi pred morebitnimi zlorabami s strani prodajalca blaga ali storitev – potrošnik lahko odstopi od pogodbe.

Nadalje zakon v tretjem odstavku 50. člena ZVPot določa, da tudi če pravice iz drugega odstavka 50. člena ZVPot niso navedene v pogodbi, jih lahko potrošnik kljub temu uveljavlja ali pa odstopi od pogodbe. S tako zakonsko ureditvijo zakonodajalec še dodatno ščiti potrošnika.

Izhajajoč iz zakonske ureditve, ki izhaja iz 49. in 50. člena ZVPot, ima torej potrošnik, ki kupi blago na obroke, že zadostno pravno varstvo:

- ker zakon predpisuje pisnost pogodbe prodaje na obroke, je v primeru neizpolnitve pogoja o obličnosti tak pravni posel ničen (prim. 55. člen OZ);
- v primeru, da pogodba ne vsebuje bistvenih sestavil, lahko potrošnik uveljavlja pravico do odstopa od pogodbe.

Nadalje pa 53a. člen ZVPot določa, da potrošnik lahko v vsakem primeru odstopi od pogodbe v odstopnem roku 15 dni. Izpostavljamo vprašanje, v čem je namen oz. pravni smisel takšne posebne ureditve odstopa od pogodbe pri prodaji na obroke, glede na to:

- da ZVPot v 49. n 50. členu že opredeljuje obličnost sklepanja pogodbe ter bistvene sestavine take pogodbe, ter se lahko potrošnik z vsemi njegovimi pravicami in obveznostmi, povezanimi z obročnim plačilom kupnine, seznanil na transparenten način ter pisni osnutek pogodbe pred podpisom preuči;
- da pri »običajnem« nakupu blaga in storitve, kjer je med potrošnikom in prodajalcem dogovorjeno plačilo blaga in storitve v enkratnem celotnem znesku, zakon potrošniku ne daje pravice do odstopa od take pogodbe o nakupu, pa četudi je lahko za potrošnika plačilo kupnine v enkratnem celotnem znesku finančno celo bolj obremenjujoče kot obročen način plačila kupnine;
- da lahko pri »običajnem« nakupu blaga potrošnik to blago tudi vidi in preizkusi ob nakupu, se seznanil z njegovimi značilnostmi, zaradi česar ni smiselno, da ima pravico do razmisleka glede nakupa.

Ali potrošnik ob nakupu blago dejansko preveri in se seznanil z njegovimi značilnostmi, je to v njegovi domeni, njegova skrbnost, in ni pravično, da posledice opustitve skrbnega pregleda stvari nosi prodajalec oz. subjekt, ki mu storitev/blago zagotavljajo. Zatorej ni razloga, da bi imel potrošnik pravico do odstopa od pogodbe v roku 15 dni od sklenitve pogodbe o prodaji blaga na obroke, kot jo opredeljuje 53a. člen ZVPot, saj njegove pravice v zadostni meri varujeta že 49. in 50. člen ZVPot.

V zvezi s tako pravno ureditvijo je treba tehtati pravice in interese obeh pravnih subjektov – potrošnika in prodajalca. Menimo, da predmetna zakonska določba prekomerno posega v pravice in interese prodajalca oz. gospodarskih subjektov, kri prodajajo blago in storitve na obroke. Namreč, na nasprotni strani so gospodarski subjekti tisti, ki nosijo in bodo nosili finančno breme tovrstnih odstopov od pogodbe o prodaji na obroke, ki se jih lahko potrošniki (glede na zapisano zakonsko določilo 53a. člena ZVPot) poslužujejo »kar tako«. Stroški gospodarskih subjektov, povezani z odstopom potrošnika od pogodbe o prodaji na obroke niso zanemarljivi, sploh če upoštevamo, da je npr. bilo blago, ki je vrnjeno na podlagi odstopa od pogodbe, že bilo v uporabi in ga v nobenem primeru ni mogoče vrniti v stanje pred uporabo.

Pogledali smo tudi primerjalno prakso v Avstriji in na Hrvaški, kjer v njihovem Zakonu o varstvu potrošnikov (»Konsumentenschutzgesetz« in »Zakon o zaščiti potrošača«), sklepanje pogodb o prodaji na obroke sploh ni normirano.

Glede na navedeno predlagamo črtanje zakonske določbe 53a. člena ZVPot.

K 1. odstavku 54. člena ZVPot

1. odstavek 54. člena pravi:

»Če se pogodba razveže, mora prodajalec vrniti prejete obroke z zakonitimi obrestmi od dneva, ko jih je prejel, in mu povrniti nujne stroške, ki jih je imel za blago.«

Sprašujemo se zakaj je potrebno tudi vračilo zakonitih obresti in zakaj je potrebno vračilo nujnih stroškov? Kaj nujni stroški sploh so? A so mišljene zakonite zamudne obresti? Tu namreč ni prišlo do zamude, zato tovrstne obresti ne morejo priti v poštev. Zato v prvi vrsti predlagamo brisanje tako zakonitih obresti, kot tudi nujnih stroškov. Če pa obstaja racionalen razlog za plačilo zakonitih zamudnih obresti in/ali ev. nujnih stroškov, bi bilo logično, da potemtakem tudi potrošnik povrne vse administrativne stroške, ki jih je imel prodajalec s tem, da je omogočil potrošniku nakup blaga, da je omogočil nakup na obroke, da je izvedel obračun in vračilo obrokov (in ev. zamudnih obresti/nujnih stroškov).

H končnim določbam

Glede na pretekle izkušnje ugotavljamo, da je za gospodarske družbe implementacija kakršnihkoli sprememb zakonodaje zelo otežena oziroma celo nemogoča, če ni določenega vacatio legis. V dotičnem primeru predvidevamo, da bo sprememba obsežnejše narave, zato to toliko bolj velja. V splošnem lahko rečemo, da se na ravni subjektov, ki jih spremembe tangirajo, terja določitev novih postopanj, morebitne prilagoditve poslovnih modelov, morebiti tudi pogodbenih razmerij ev. na veleprodajni kot maloprodajni rabi – kaj vse je v tem trenutku težko reči, saj je to odvisno od vsebine sprememb. Vsekakor to terja svoj čas. In v kolikor gospodarski subjekti tega nimamo, sledi neuskajenosti postopanja z veljavno zakonodajo, kar verjamemo, da ni v interesu nikogar.

Predlagamo, da se uvede ustrezen vacatio legis, upoštevajoč dejansko in realno sposobnost gospodarskih subjektov za implementacijo sprememb, vse s ciljem, da nam bo omogočen potreben čas za prilagoditev sistemov in delovanje skladno z zakonodajo.

Na koncu želimo še izpostaviti, da se pa priporočamo tudi za nadaljnjo sodelovanje. Seveda smo na voljo tudi za ustna pojasnila obrazloženega.

S spoštovanjem,

Dušan Zupančič
Direktor Združenja za informatiko in telekomunikacije pri GZS

Špela Dekleva
Predsednica Sekcije operaterjev elektronskih komunikacij SOEK pri ZIT, GZS

PRILOGA – Nasprotovanje ureditve 27.a člena in 8. točke 78. člena ZVPot ustavnim normam:

1. Ureditev nasprotuje 14. členu Ustave RS, ki določa:

»V Sloveniji so vsakomur zagotovljene enake človekove pravice in temeljne svoboščine, ne glede na narodnost, raso spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj, invalidnost ali katerokoli drugo osebno okoliščino.«

Navedena določba predstavlja navodilo zakonodajaku, da vse subjekte v RS v bistveno enakih primerih obravnava enako. V dikciji 14. člena Ustave RS so sicer izrecno navedene zgolj osebne okoliščine, vendar se pravica enake obravnave razteza tako na pravne kakor na fizične osebe (tako tudi L. Šturm, Komentar Ustave Republike Slovenije, Ljubljana, 2002, stran 180). Ni dvoma, da velja načelo enakega položaja subjektov pred zakonom tudi za druge okoliščine, ki se nanašajo na obstoj subjekta in niso neposredno osebne narave.

Določbi 27.a in 78. člena ZVPot urejata razmerje med ponudnikom storitve in potrošnikom. Določata, da lahko ponudnik v razmerju med navedenima prisilno uveljavlja svoje terjatve šele, ko na zapadlost obveznosti potrošnika pisno obvesti in dodatno, da lahko obvestilo obračuna zgolj v limitiranem znesku (do višine natekljih zakonskih zamudnih obresti, a ne več kot znašajo stroški opomina). Ureditev je diskriminatorna do ponudnikov storitev manjše vrednosti.

Strošek opominjanja je fiksni materialni strošek, ki pri vsakem povprečno učinkovitem ponudniku znaša približno enako (strošek manipulacije s papirjem ter stroški opreme in zaposlenih). Strošek ni odvisen (oz. takšna odvisnost ni izrazita) od narave storitve, ki jo ponudnik sicer ponuja, hkrati je višina omejitve obračuna stroška opomina zelo odvisna od narave storitve, ki jo ponudnik opravlja, saj večja kot je vrednost izvedene storitve, višja je podlaga za obračun zamudnih obresti in tako vsota natekljih zamudnih obresti hitreje doseže višino stroška opominjanja. Tako lahko ponudnik hitreje svojo obveznost iz 27.a člena ZVPot izvede brez nastanka dodatnih stroškov za ponudnika (tj. na način, da strošek opominjanja prevali na potrošnika, ki je sam povzročil potrebo po opominjanju).

Hipotetičen primer:

Ponudnik storitev ponuja storitve mobilnih telekomunikacij, kjer povprečna višina obveznosti v zamudi znaša 20,00 EUR. Višina zaračunanega opomina znaša 1,50 EUR. Zakonske zamudne obresti v primeru zamude plačila obveznosti povprečnega potrošnika dosežejo vrednost 1,50 EUR v 10,56 mesecih.

Hipotetični ponudnik A prodaja osebna vozila. Povprečna višina obveznosti v zamudi znaša 20.000,00 EUR. Višina zaračunanega opomina znaša 1,50 EUR, oz. 0,0075 % vrednosti obveznosti. Zakonske zamudne obresti od navedenega zneska presežejo dejanski strošek opominjanja prej kot v 1 dnevu.

Hipotetični ponudnik B prodaja pisarniški material, kjer povprečna višina obveznosti v zamudi znaša 5,00 EUR. Višina zaračunanega opomina znaša 1,50 EUR, oz. 30 % vrednosti obveznosti. Zakonske zamudne obresti od navedenega zneska presežejo dejanski strošek opominjanja šele v 43 mesecih.

Naveden hipotetični primer izkazuje, kako zelo je aktualna ureditev diskriminatorna do ponudnikov, ki ponujajo dajatve ali storitve nizke vrednosti mnogim potrošnikom in v korist ponudnikom, ki ponujajo dajatve ali storitve visoke vrednosti redkim potrošnikom. Za takšno diskriminatorno obravnavo ureditev nima nikakršne stvarne podlage. V vsakem primeru je strošek opominjanja fiksni strošek, ki povsem odgovarja dejanskemu izdatku ponudnika.

Najmanj navedbi »oziroma višino zamudnih obresti« (78. člen ZVPot) oziroma »hkrati pa tudi ne višine zamudnih obresti« (27.a. člen ZVPot) sta oblikovani izrazito diskriminatorno in brez kakršnekoli stvarne podlage postavljata ponudnike, katerih storitve so cenovno blizu stroškom opominjanja v manj ugoden položaj v primerjavi s ponudniki, katerih storitve so bistveno dražje od stroška opominjanja. Najmanj v navedenem delu določbi 78. člena in 27.a. člena ZVPot nasprotujeta Ustavi RS.

2. Ureditev nasprotuje 33. členu Ustave RS, ki določa: »Zagotovljena je pravica do zasebne lastnine in dedovanja.«

Zasebna lastnina v smislu 33. člena Ustave RS predstavlja širok spekter upravičenj in pravnih razmerij upravičenca – vse tiste pravne položaje s katerimi se uresničuje varovanje svobode na premoženjskem področju. Varstvo zajema vse stvarne pravice, posest, terjatve, pravice intelektualne lastnine, kapitalske deleže in podjetja (G. Virant in L. Šturm, Komentar Ustave Republike Slovenije, Ljubljana, 2002, strani 342 in 343). Predmet varstva v okviru zasebne lastnine je premoženjsko stanje upravičenca (ponudnika storitev) in terjatve zoper potrošnike, katerih imetnik je ponudnik storitev. Ureditev 78. in 27.a. člena ZVPot nedvomno posega v lastninsko pravico ponudnikov storitev, saj onemogoča hitro in uspešno izterjavo zapadlih terjatev do potrošnikov brez nesorazmernih stroškov, ki jih ponudnik storitev ne more prevaliti na potrošnika. Hkrati ureditev ponudnika storitev sili v izdajanje opominov (dodatni strošek izterjave – gre za poseg v lastninsko pravico) preden natekle zakonske zamudne obresti dosežejo vrednost stroškov opominjanja. Posledično ponudnik storitev nima druge izbire kot da izdaja opomine na svoj strošek – izključno zaradi zakonske obveze, da mora potrošnika opomniti na plačilo zapadlih obveznosti preden mu lahko odpove pogodbeno razmerje in preden sme uvesti postopek prisilne izterjave zapadlih a neplačanih obveznosti.

Ureditev iz 78. in 27.a. člena ZVPot predstavlja prekomeren poseg v pravico ponudnikov storitev do zasebne lastnine in je kot taka neustavna. Najmanj v navedenem delu določbi 78. člena in 27.a. člena ZVPot nasprotujeta Ustavi RS.

3. Ureditev nasprotuje 67. členu Ustave RS, ki določa: »Zakon določa način pridobivanja in uživanja lastnine tako, da je zagotovljena njena gospodarska, socialna in ekološka funkcija.«

Ustava RS res pooblašča zakonodajalka za posege v način pridobivanja in uživanja lastninske pravice, a le v okvirih zagotavljanja javne koristi lastninske pravice. Tudi v tem primeru je poseg legitimen le, če je sorazmeren. Torej, če odgovarja ustrezno veliki javni (v predmetnem primeru gospodarski ali socialni) družbeni koristi. Poseg zakonodajalka v ustavne pravice ponudnika storitev v predmetnem primeru ni podan v sorazmernem obsegu (podrobneje v točki 5). Ureditev iz 78. in 27.a. člena ZVPot nasprotuje pravici do lastnine iz 67. člena Ustave RS.

4. Ureditev nasprotuje 74. členu Ustave RS, ki določa: »Gospodarska pobuda je svobodna.«

Pravica do svobodne gospodarske pobude zajema širok spekter upravičenj, ki omogočijo poslovanje v skladu z namenom gospodarskih družb – pridobivanje dobička (1. in 2. odstavek 3. člena Zakona o gospodarskih družbah). Pri svobodni gospodarski pobudi gre za podjetniško pravico do zasebne lastnine, pri čemer je smisel podjetniške lastnine pridobivanje dohodka (B. Pernuš Grošelj, Komentar Ustave Republike Slovenije, Ljubljana, 2002, stran 714). V razmerju do države je svobodna gospodarska pobuda kategorija, ki preprečuje državi, da bi s posegi v poslovanje subjektov tem preprečevala pridobivanje prihodkov in posledično dobička. Smiselno zajema pravica do svobodne gospodarske pobude tudi prepoved državi posegati v poslovanje subjektov na način, da se navedene obremenijo z nesorazmernimi obveznostmi.

Gospodarska družba je v skladu z določbami ZVPot zavezana, da mora v primeru, če potrošnik zamudi z izpolnitvijo obveznosti, le-tega (pred drugimi načini uveljavljanja terjatev zoper potrošnika) s pisnim opominom pozvati k izpolnitvi obveznosti in mu določiti naknadni rok za izpolnitev. Hkrati upnik (gospodarska družba) pred potekom dodatnega roka za izpolnitev ne sme prekiniti zagotavljanja storitev. Gospodarskim družbam je torej z zakonom naloženo, da morajo poskusiti svoje terjatve najprej izterjati izven sodno. Zakonodajalec je z drugim odstavkom 27. člena ZVPot, s katerim je stroške (obveznega) opomina omejil navzgor z višino zakonskih zamudnih obresti, nabžil gospodarskim družbam nesorazmerno breme, saj jim je zavoljo zaščite interesov potrošnikov, ki so v konkretni situaciji dolžniki, v večini primerov nabžil vse stroške pošiljanja opominov (poština, stroški dela, pisarniški material,...), saj so stroški pošiljanja pri nizkih zneskih terjatev znatno višji od višine zakonskih zamudnih obresti, ki bi jih v skladu z zgornjim določilom ZVPot lahko zaračunavali potrošnikom. Z navedeno ureditvijo je zakonodajalec gospodarskim družbam, ki s pošiljanjem opominov dolžnikom izpolnjujejo svoje zakonske dolžnosti, naložil veliko finančno breme, ki ga predstavljajo dejanski stroški opominjanja dolžnikov, po drugi strani pa zaščitil potrošnika, ki je z zamudo pri izpolnitvi svojih obveznosti sam povzročil potrebo po opominjanju zaradi neplačila obveznosti. Stroške opomina bi moral v celoti nositi potrošnik in ne gospodarska družba, saj je on z zamudo pri izpolnitvi povzročil potrebo po opominjanju.

Ureditev iz 78. in 27.a. člena ZVPot povzroča prekomerno obremenitev ponudnika storitev s stroški na podlagi zakona, ki izhajajo iz sfere potrošnika in ki so prevaljeni na ponudnika. Do stroška opominjanja pride namreč (1) zgolj v kolikor potrošnik zamudi s plačilom svojih obveznosti iz pogodbenega razmerja in (2) zgolj zaradi izrecne zakonske obveze, da je ponudnik dolžan potrošnika predhodno opomniti na obveznost poravnania dolgov. Gre za nujen strošek (zakonsko določen), izhajajoč iz sfere potrošnika (ki nastanek povzroči z zamudo plačila obveznosti), ki pa v pretežnem delu bremeni ponudnika storitev (saj višina zakonskih zamudnih obresti ne more doseči višine dejanskega stroška opominjanja).

Posledica ureditve je (1) povečevanje odhodkov ponudnika storitev in (2) manjša pravna varnost za ponudnika storitev v primeru, če se izdatkov do trenutka, ko višina zakonskih zamudnih obresti doseže strošek opomina, ne bi poslužil. Z ureditvijo je tako poseženo v svobodno gospodarsko pobudo ponudnika storitev.

Ureditev iz 78. in 27.a. člena ZVPot predstavlja prekomeren poseg v pravico ponudnika storitev do svobodne gospodarske pobude in je kot taka neustavna.

5. Test sorazmernosti posega v ustavne pravice:

Poseg v ustavne pravice ponudnika storitev bi bil dopusten, v kolikor bi bil skladen z ustavnimi sorazmernosti, kar pomeni, da bi bil poseg nujen, primeren in sorazmeren. Poseg v ustavne pravice ponudnika storitev iz 78. in 27.a. člena ZVPot navedenih standardov ne dosega.

a) Primernost v skladu z načelom sorazmernosti je poseg v ustavne pravice dopusten, v kolikor je sploh primeren za doseg zaželenega, ustavno dopustnega cilja (tako L. Šturm, Komentar Ustave Republike Slovenije, Ljubljana, 2002, stran 63). Cilj, ki se zasleduje z ureditvijo 78. in 27.a. člena ZVPot je varstvo potrošnikov pred prekomerno stroškovno posledico zamude, ki bi lahko nastala kot posledica zlorabe ponudnika storitev, močnejše stranke v potrošniškem razmerju, v kolikor bi ta arbitrarno določil strošek opominjanja. Upošteva se dejstvo, da obstajajo drugi mehanizmi za doseg istega cilja (tudi omejitev obračuna stroška opomina na višino enega eura ali na višino dejanskega stroška opominjanja) tako intenziven poseg v ustavne pravice ponudnika storitev gotovo ni primeren.

b) Nujnost v skladu z načelom sorazmernosti je poseg v ustavne pravice dopusten, v kolikor je nujen (neogibno potreben) za doseg zaželenega cilja, tako da le-tega ni mogoče doseči z drugimi, blažjimi

sredstvi (tako L. Šturm, Komentar Ustave Republike Slovenije, Ljubljana, 2002, stran 63). Blažje sredstvo za preprečitev neupravičene obogatitve ponudnikov v razmerju do potrošnikov zaradi opominjanja je že zapisano v ZVPot. Vsakršne zlorabe opominjanja je enostavno preprečiti z določilom, da obračunski stroški opomina ne smejo preseči dejanskih stroškov opominjanja. Takšno določilo je v ZVPot že vpisano (tako v 78. kakor tudi v 27.a. člen ZVPot), a je za ponudnike storitev, katerih vrednost je majhna, neuporabno, saj znesek zakonskih zamudnih obresti nikoli ne doseže stroška opomina. Glede na to, da je morebitne zlorabe zaračunavanja opominov mogoče enostavno preprečiti že z določilom, da obračun opomina ne sme presegati enega eura ali dejanskega stroška z opominom, tako intenziven poseg v ustavne pravice ponudnika storitev gotovo ni nujen.

c) Sorazmernost v skladu z načelom sorazmernosti je poseg v ustavne pravice dopusten, v kolikor je v razumnem sorazmerju s ciljem, torej s tisto dobrino, ki naj se s posegom zavaruje, in z razumno pričakovanim učinkom takega zavarovanja (L. Šturm, Komentar Ustave Republike Slovenije, Ljubljana, 2002, stran 63). Sorazmernost v predmetnem primeru ni podana. V letu 2013 je družba X, ki opravlja storitveno dejavnost, ki jo uporablja večina prebivalstva, izstavila približno 1.200.000 opominov, kar kaže na veliko plačilno nedisciplino v Sloveniji in posledično tudi na to, kako visoke stroške in izdatke je imel ponudnik storitev s pripravo in pošiljanjem teh opominov, ki jih je moral v večini zaradi trenutne zakonske ureditve nositi sam, čeprav so bili za nastanek le teh krivi dolžniki-potrošniki, ki svojih obveznosti niso poravnali v roku in tako kršili naročniško pogodbo. Gre torej za ogromen poseg v svobodno gospodarsko pobudo s strani države. Obremenitev potrošnika (ki je sam povzročil potrebo po opominjanju) s plačilom stroška opominjanja v višini 1 EUR pa predstavlja le neznatno obremenitev za potrošnika.

Iz navedenega izhaja očitna in občutna nesorazmernost med uporabljenim sredstvom (omejitev višine obračuna na višino zakonskih zamudnih obresti) in posegom (hud poseg v svobodno navedene ustavne pravice ponudnika storitev). Sorazmernost med navedenima ni podana, posledično posegi v ustavne pravice ponudnika storitev niso dopustni.

Izrecno poudarjamo, da ne nasprotujemo ureditvi, da je potrebno potrošnika pred (1) odpovedjo pogodbenega razmerja oziroma (2) pred uvedbo postopka prisilne izterjave zapadle obveznosti na to opozoriti s posebnim opominom in v celoti sprejema racio – javni interes, ki je podlaga ureditvi. Ne moremo pa sprejeti ureditve, ki gospodarski družbi, kljub temu, da sama ni v ničemer odgovorna za zamudo plačila obveznosti potrošnika, nalaga nesorazmerni strošek opominjanja potrošnika, v kolikor želi svoj ekonomski položaj zavarovati.

Pri presoji skladnosti aktualne ureditve ZVPot je potrebno upoštevati, da do opominjanja potrošnika pride zaradi potrošnikovega neizpolnjevanja obveznosti po sklenjeni naročniški pogodbi. Potrošnik je tisti, ki pogodbene obveznosti krši in ki povzroči potrebo po opominjanju. V zamudi z izpolnitvijo pogodbenih obveznosti je potrošnik in ne ponudnik storitve, ki mu ni moč očitati nikakršne odgovornosti v zvezi z potrebo po opominjanju. Aktualna ureditev, po kateri je strošek opominjanja, ki je neposredna posledica protipravnega ravnanja potrošnika, naložen ponudniku storitev, je v nasprotju z načelom pravičnosti.