



**JAVNA AGENCIJA REPUBLIKE SLOVENIJE  
ZA VARSTVO KONKURENCE**

Dunajska 58, 1000 Ljubljana

T: 01 478 35 97

F: 01 478 36 08

E: gp\_avk@gov.si

www.varstvo-konkurence.si

**MGRT  
Kotnikova 5  
1000 Ljubljana**

---

Številka: 900-2/2019-1  
Datum: 4.3.2019

**Zadeva: MNENJE O PREDLOGU ZAKONA O SPREMEMBAH IN DOPOLNITVAH  
ZAKONA O PREPREČEVANJU OMEJEVANJA KONKURENCE**

Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence, Dunajska 58, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: agencija), je dne 4.2.2019 prejela dopis, s katerim je bila seznanjena, da je pristojno ministrstvo (»MGRT«) sprejelo odločitev, da se posreduje v javno obravnavo novela ZPOmK-1H, ki poleg določb, ki se nanašajo na enotni postopek in so bile oblikovane skupaj s pomočjo agencije, vsebuje še določbe, povezane z odpravo pravne praznine v zvezi s sodbo Upravnega sodišča št. I U 1742/2016-34.

Agencija predlogu sprememb, ker so te neusklajene z agencijo (zlasti del, ki se nanaša na določbe povezane z odpravo pravne praznine) in glede na spremenjene okoliščine, kot je npr. sprejetje Direktive (EU) 2019/1 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2018 o krepitvi vloge organov držav članic, pristojnih za konkurenco, da bodo učinkoviteje uveljavljali pravila konkurence, in o zagotavljanju pravilnega delovanja notranjega trga (v nadaljevanju: direktiva ECN+), ki ureja to področje (celoten predlog), nasprotuje. Agencija predlaga, da se predlog zakona umakne iz nadaljnje obravnave in se ga ustrezno popravi v skladu s sprejeto direktivo.

Zaradi dejstva, da so predlagane spremembe, ki se nanašajo na določbe, povezane z odpravo pravne praznine, neusklajene z agencijo, ter upošteva sprejetje direktive ECN+, ki ureja določene segmente navedene tematike, agencija predlogu ministrstva nasprotuje.

Agencija izpostavlja, da je presenečena, prvič, ker je pristojno ministrstvo v javno obravnavo posredovalo predlog zakona, z vsebino katerega agencija ni bila seznanjena (del, ki se nanaša na odpravo pravne praznine), kar odstopa od dosedanjega partnerskega načina sodelovanja, drugič, ker je ta, predlagana, ureditev, nedodelana, nesistemska, arbitrarna in posega v neodvisnost agencije, tretjič, ker celoten predlog zakona, ki bistveno posega v ureditev delovanja agencije in uveljavljanja pravil varstva konkurence, ni več relevanten, saj ne upošteva zahtev direktive ECN+, ki ureja to področje in je bila sprejeta pred tremi meseci, ter posledično, ker predlog zakona resno ogroža cilj direktive ECN+, bi sprejetje predloga zakona po mnenju agencije predstavljalo kršitev prava EU, kot to izhaja iz sodne prakse.

Iz zakonodajnega gradiva izhaja, da zakon v slovenski pravni red ne prenaša določb direktiv EU in ni sprejet z namenom usklajevanja s pravnim redom EU (glej točko 5. zakonodajnega gradiva, na str. 4), vendar to v skladu s prakso sodišča EU ni veljaven argument.

Tako iz sodne prakse Sodišča EU izhaja, da »države članice med tekom roka za prenos direktive ne smejo sprejemati predpisov, ki bi resno ogrozili cilj te direktive (glej sodbi z dne 18. decembra 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, točka 45, in z dne 2. junija 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, točka 32). Glede tega ni pomembno, ali so take določbe nacionalnega prava, ki so bile sprejete po začetku veljave zadevne direktive, namenjene prenosu te direktive ali ne (glej sodbo z dne 4. julija 2006, Adeneler in drugi, C-212/04, EU:C:2006:443, točka 121).«<sup>1</sup> Kot bo pojasnjeno v nadaljevanju, pa predlog zakona resno ogroža cilj, ki ga zasleduje direktiva ECN+.

Agencija meni, da je izhodiščno smiselno najprej povzeti dosednji razvoj dogodkov. Iz njega izhaja, da agencija konkretno že vsaj od leta 2015 dalje opozarja pristojne organe na neučinkovit sistem uveljavljana pravil varstva konkurence na ozemlju Republike Slovenije, zlasti v delu, ki temelji na kaznovalnem pravu (prekrškovni postopek). Prvi koraki v smeri izboljšave sistema so bili sprejeti v letu 2015, ko so se sprejemale spremembe Zakona o prekrških. Takrat je agencija opozarjala, da predlagane spremembe (predvidena uvedba zakona, ki bi urejal regulatorne prekrške) zadeve še poslabšuje. Takrat je pristojni organ, Ministrstvo za pravosodje prisluhnil pomislekom agencije in predlog zakona spremenil tako, da je za »regulatorne prekrške«, kamor spadajo tudi ravnanja s področja varstva konkurence, predvidel možnost, da se v področni zakonodaji uredi možnost enotnega upravnega in prekrškovnega postopka, t.i. postopek »administrativnega sankcioniranja« za pravne osebe.

V luči navedenega je agencija pripravila predlog sprememb konkurenčno pravne zakonodaje (takrat novela ZPOMK-1G). Ta predlog je v veliki meri odpravljal pomanjkljivosti obstoječega sistema. Zakonodajni predlog sprememb je bil deležen javne obravnave junija in septembra 2016 in je bil vključen v predlog zakona sprememb ZPOMK-1, ki v slovenski pravni red prenaša direktivo o odškodninah v konkurenčno pravnih zadevah.<sup>2</sup> Po javni obravnavi je MGRT iz predloga zakona umaknil predlog, ki se je nanašal na odpravo pomanjkljivosti obstoječega sistema (enotni postopek). Ureditev enotnega postopka pa je bila, po navodilih MGRT, odložena na čas po sprejetju zakona, ki v pravni red prenaša direktivo o odškodninah. Zakon (ZPOMK-1G), ki prenaša v slovenski pravni red direktivo o odškodninah, je bil sprejet v začetku aprila 2017

V tem času, torej od avgusta 2017 dalje, je Ministrstvo za javno upravo pripravilo spremembe zakona, ki se nanašajo na javne agencije, ki subsidiarno ureja tudi status agencije. S tem zakonom, predlog sprememb zakona o javnih agencijah (v nadaljevanju spremembe ZJA), so bile predvidene spremembe, ki bi poslabšale že tako neustrezen položaj agencije (statusno pravni položaj, neodvisnost, financiranje, nadzor nad delovanjem) – ZJA bi veljal neposredno, morebitne izjeme pa bi bilo treba ponovno določiti na novo v področni zakonodaji. Agencija je takšnemu predlogu nasprotovala, prav tako je v zvezi z njim intervenirala Evropska komisija.<sup>3</sup> Zaenkrat je bil nepremišljen poseg v položaj agencije preprečen, saj predlog sprememb ZJA ni bil posredovan v nadaljnjo obravnavo.

Agencija je od julija 2017 dalje, v sodelovanju z MGRT, skoraj leto dni usklajevala nov predlog sprememb, ki se nanašajo na enotni postopek, in kar je tudi predmet direktive ECN+. V veliki meri je bil predlog sprememb usklajen že jeseni 2018, do novembra 2018 pa so bili pripravljene tudi osnutki podzakonskih aktov.

Kot že navedeno, je Evropski parlament 11. decembra 2018 sprejel direktivo ECN+. Sedaj, februarja 2019, pa je agencija prejela predmetni osnutek zakona, ki se nanaša tudi na vsebino, ki je predmet direktive ECN+, a predlog zakona z direktivo ni usklajen.

Agencija izpostavlja, da je vse spremembe ZPOMK-1, vse od izpostavitve težav leta 2015 dalje, ki jih je tudi usklajevala z MGRT, pripravila v luči izboljšave veljavnega sistema in se pri tem ni ozirala na sprejeto direktivo ECN+. Spremembe so bile pripravljene v luči možnega in omejitvev,

<sup>1</sup> Glej točko 31 Sodbe Sodišča EU z dne 27 oktobra 2016, Emilu Milevu, C-439/16 PPU, EU:C:2016:818

<sup>2</sup> Direktiva 2014/104/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. novembra 2014 o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije Besedilo velja za EGP UL L št. 349.

<sup>3</sup> Pismo Evropske komisarke M. Vestager g. Koprivnikarju, ministru za javno upravo, z dne 13. 11. 2017 in 23. 1. 2018.

ki so jih zahtevali/podali ostali udeleženci v postopku zakonodajnega usklajevanja/sprejemanja. Tako spremembe ZPOmK-1, ki so bile usklajevane z agencijo, čeprav stremijo k ciljem, ki jih naslavlja direktiva ECN+, cilja direktive ne uresničujejo v polni meri oziroma so z njo v pomembnih delih celo v nasprotju.

Agencija še ugotavlja, da predlog sprememb ZPOmK-1H, v delu, ki se nanaša na odpravljanje »pravne praznine«, uveljavlja nekatere rešitve iz predloga sprememb ZJA, do katerih sta se tako agencija kot tudi evropska komisija že negativno opredelila, in s čimer je bilo pristojno ministrstvo seznanjeno. Sedaj pa se poskuša, kot to izhaja iz predloga zakona, te spremembe skozi stranska vrata ponovno uvesti. Zlasti te spremembe so v nasprotju s cilji direktive ECN+.

### **Glede odprave »pravne praznine«**

Iz sporočila ministrstva z dne 4.2.2019 izhaja, da predlog zakona odpravlja pravno praznino, ki jo je ugotovilo Upravno sodišče s sodbo I U 1742/2016-34. Agencija meni, da je ta zaključek preuranjen. Predmetna zadeva je predmet revizije pred Vrhovnim sodiščem. Glede na navedeno obstajajo velika tveganja, da predlog zakona v tem delu ne bo usklajen s sodbo Vrhovnega sodišča in bi bilo, najprej, smiselno počakati na izid tega postopka, nato morebitne pomanjkljivosti sistema odpraviti v luči zahtev direktive ECN+.

### **K 2. členu.**

Ta člen določa, da svet agencije izvaja postopek javnega natečaja za imenovanje direktorja.

Glede na obrazložitev tega člena, ki navaja, da »[i]z sodne prakse izhaja, da ZPOmK-1 izrecno ne določa kdo vodi postopek javnega natečaja, zato je treba uporabiti [ZJA] oziroma... ZJA v 21. členu določa, da javni natečaj za imenovanje direktorja izvede svet v skladu z določbami zakona, ki ureja delovna razmerja javnih uslužbencev.« je ta določba, ki »kopira« določbo ZJA in sodno prakso, nepotrebna.

Ta razlaga je trenutno še predmet revizije pred vrhovnim sodiščem. Predlagana ureditev pa odstopa od dosedanje prakse in razlage ZPOmK-1, iz katere izhaja, da te naloge opravlja pristojno ministrstvo. Vsi dosedanji direktorji so bili izbrani po enakem postopku.

Ni jasno zakaj ministrstvo, če se ne strinja s sodno prakso, ZPOmK-1 ne spremeni tako, da to nalogo bolj jasno<sup>4</sup> dodeli pristojnemu ministrstvu in s tem ohrani dosedanji način imenovanja direktorja. Takšna ureditev, ki je konsistentna in predstavlja kontinuiteto, ni protiustavna.

Predlagana rešitev je tudi nepotrebna in bo glede na posebnosti agencije vodila v dodatne zaplete in absurdne situacije. Posebnost agencije je, da je direktor, drugače kot pri drugih agencijah, tudi član sveta agencije in njegov predsednik.

Da bi določba lahko obstala, bi bilo treba najmanj dopolniti določbe v zvezi s konfliktom interesa direktorja in članov sveta (npr. pri ponovnem imenovanju) (drugi odstavek predmetnega člena), prav tako se lahko pojavijo situacije, ko svet zaradi izteka mandata nekaterih članov (kar se je že zgodilo) ali konflikta interesov (kar se je že zgodilo), ne bo mogel veljavno odločati in postopka ne bo možno izpeljati. Zakon tudi ne ureja morebitne procesne zagate, ko se minister ne bo strinjal z načinom/zakonom izvedbe postopka, ki ga bo samostojno izpeljal svet agencije.

Iz ZJA izhaja, da člane sveta predlaga in imenuje ustanovitelj, enako določa tudi ZPOmK-1. Direktor je predsednik sveta Agencije. Glede na navedeno ni logično, da določene člane sveta lahko predlaga in imenuje vlada (vsi razen direktorja), drugega člana sveta, ki je tudi direktor agencije, pa ustanovitelju predlaga svet sam.

---

<sup>4</sup> Ministrstvo je v sporu pred upravnim sodiščem zagovarjalo stališče, da ZPOmK-1 že ureja to nalogo in je ta v pristojnosti ministrstva.

Predlagana ureditev je smiselna za organe oziroma agencije, kjer svet izvaja izključno nadzorne naloge, in direktor, kot operativni vodja, ni njegov sestavni del. Agencija pa ni takšen organ.

### K 3. členu

Prvi odstavek se nanaša na enako vsebino kot 2. člen. Zato agencija na tem mestu ne ponavlja že navedenega. Izpostaviti je treba, da glede na »sodno prakso« ta sprememba ni potrebna, saj ZPOmK-1, po mnenju sodišča, določa zgolj, da minister zgolj izbere kandidata, ne vodi pa postopka natečaja. Določba je tako didaktične narave.

Predlagani osmi odstavek ureja pravno praznino ZPOmK-1, saj ne ureja situacije, »ko sodišče s pravnomočno sodbo po imenovanju direktorja ugotovi nezakonitost javnega natečaja ali izbirnega postopka ali kršitev postopkovnih pravil, ali kršitev materialnega prava ali napačno ugotovitev dejanskega stanja ali če ugotovi, da v trenutku postopka javnega natečaja ali izbirnega postopka direktor ni izpolnjeval pogojev za imenovanje.« Predlog predvideva, da »se akt o izbiri, akt o imenovanju in pogodba o zaposlitvi razveljavijo. O razveljavitvi akta o izbiri odloči ministrstvo, pristojno za varstvo konkurence, o razveljavitvi akta o imenovanju odloči državni zbor na predlog vlade.«

Obrazložitev te določbe je nezadostna, ureditev pa je nedodelana, arbitrarna in ni primerljiva z ostalimi že uveljavljenimi rešitvami, ki to področje smiselno urejajo in se nanašajo na javne uslužbence.

Iz obrazložitve izhaja, da je sodna praksa določila, da postopek javnega natečaja ureja ZJA oziroma Zakon o javnih uslužbencih (Uradni list RS, št. 63/07 – uradno prečiščeno besedilo, 65/08, 69/08 – ZTFI-A, 69/08 – ZZavar-E in 40/12 – ZUJF; v nadajevanju ZJU). Glede na navedeno pravna praznina ne obstaja. ZJA v 22. členu določa, da se »[o]dločba o izbiri kandidatke oziroma kandidata, akt o imenovanju in pogodba o zaposlitvi ... razveljavijo, če oseba v trenutku izbire ni izpolnjevala pogojev za imenovanje za direktorja ali če je bilo imenovanje izvedeno brez javnega natečaja. Za razveljavitev se smiselno uporabljajo določbe [ZJU].«

ZJU, na katerega napotuje ZJA, pa v petem odstavku 65. člena določa, da »[v] primeru, da upravno sodišče ugotovi, da je tožba utemeljena iz razloga [ker je bil izbran kandidat, ki ne izpolnjuje natečajnih pogojev], lahko prisodi prizadetemu odškodnino v višini najmanj ene in največ treh najnižjih mesečnih bruto plač za delovno mesto, za katero se je potegoval.« Prav tako lahko v tem primeru »**upravno sodišče [odločitev] o izbiri razveljavi** ter [pristojnemu organu] **naloži razveljavitev akta o imenovanju in pogodbe o zaposlitvi, organu pa po razveljavitvi obeh aktov naloži ponovitev izbirnega postopka.** Odškodnino sodišče odmeri glede na težo kršitve in glede na posledice, ki jih je utrpel tožnik.«

ZJU v 74. členu ureja tudi primer razveljavitve pogodbe, ko to ni posledica zahteve sodišča v sodnem sporu, ki ga sproži neizbrani kandidat (kar je bilo predmet sodbe upravnega sodišča v zadevi I U 1742/2016-34), ampak da za to pobudo sam javni uslužbenec, uradni svet, predstojnik, Računsko sodišče ali inšpektor (76. člen ZJU). V tem primeru je pogodbo možno, enako kot v sodnem sporu, razveljaviti zgolj, če »javni uslužbenec ne izpolnjuje pogojev za delovno mesto, za katero je bila pogodba sklenjena, oziroma če pred sklenitvijo pogodbe ni bil izveden predpisan postopek javnega natečaja.« Po drugi strani pa se pogodba ne razveljavi, »če gre za manjše kršitve postopka ali zaradi poteka časa ali drugih pomembnejših okoliščin ne bi bilo smiselno prekiniti delovnega razmerja z javnim uslužbencem.«

Odločanje o razveljavitvi pogodbe je v zadnjem primeru (ko ne gre za zahtevo sodišča) možno zgolj v treh letih od sklenitve pogodbe. V tem primeru pa ima javni uslužbenec, kateremu je razveljavljena pogodba, pravico od delodajalca zahtevati odškodnino v skladu s splošnimi pravili o odškodninski odgovornosti (77. člen ZJU).

Agencija meni, da pravna praznina, kot jo ugotavlja ministrstvo, sploh ne obstaja, saj bi sodišče lahko, v konkretnem postopku, tako tudi v zadevi I U 1742/2016-34, samo naložilo razveljavitev pogodbe (glede na smiselno uporabo ZJA, ki se sklicuje ZJU), česar pa ni storilo.

Nov 8. odstavek 12.h člena ZPOmK-1 pa bistveno odstopa od veljavne ureditve. Odstop pa ni pojasnjen. Razveljavitev pogodbe je tako avtomatična, tudi če tega sodišče ne naloži, in velja za vse možne kršitve (to je, ne samo, če kandidat ne izpolnjuje pogoja za imenovanje ali če ni bil izveden postopek javnega natečaja, kot to velja za javne uslužbenke). Razveljavitev je tako avtomatična poleg razlogov, ki jih določa ZJU (neizveden postopek javnega natečaja ali neizpolnjevanje pogojev) tudi, če je bil javni natečaj ali izbirni postopek nezakonit (kaj to pomeni, glede na nadaljnja dva razloga, ni jasno), če so bila kršena katera koli procesna ali materialna pravila, ali če je bilo napačno ugotovljeno dejansko stanje. Zakaj v teh primerih ponovitev postopka in odprava napak ne zadošča, v predlogu zakona ni pojasnjeno.

Predlagana določba presega razveljavitvene razloge, ki veljajo za ostale direktorje agencij in javne uslužbenke. Predlog zakona pa tudi ne ureja možnosti odškodnine nepravilno imenovanemu direktorju za kršitve, za katere sam ni odgovoren. Določba je tako nesorazmerna in neenakopravno obravnava enake položaje, zakaj je takšno razlikovanje potrebno pa ni pojasnjeno, kar je arbitrarno.

Predlog zakona je v tem delu tudi pomanjkljiv, saj se nanaša zgolj na postopke, povezane z direktorjem, ne pa tudi na tiste, povezane s člani sveta agencije. Tudi v tem primeru lahko pride do enakih nepravilnosti in sodnih sporov, saj je način izbire člana sveta podoben (zakon določa pogoje za imenovanje), osebe, ki kandidirajo za člana sveta pa imajo enake pravice (načelo enake obravnave).<sup>5</sup>

Glede na navedeno agencija predlaga črtanje določbe 2. in 3. člena in uporabo veljavnih določb ZJA in ZJU oziroma dopolnitev področne zakonodaje (ZJA), ki bo enako veljala za vse direktorje javnih agencij in člane svetov agencij. Vsekakor pa je določbe treba oblikovati skladno z zahtevami direktive ECN+, to je zlasti z njenim členom 4, ki se nanaša na neodvisnost agencije, kot njenih organov odločanja, kar je predstavljeno tudi v nadaljevanju.

#### **K 4. členu**

Katero pravno praznino ureja ta člen, zakonodajno gradivo ne pojasnjuje. Iz besedila izhaja, da uvaja nov razlog za predčasno razrešitev direktorja agencije. Razrešitev direktorja bo tako mogoča, »- če ne doseže ciljev in rezultatov dela, določenih v pogodbi, s katero se za dobo, za katero je bil imenovan, določijo cilji in pričakovani rezultati njegovega dela, ali«.

Iz obrazložitve izhaja, da je razlog za uvedbo navedene določbe 21. člen ZJA, ki vsebuje enako vsebino, ter da je Vlada RS sprejela »'Usmeritve za opravljanje nadzora nad zakonitostjo, učinkovitostjo in uspešnostjo dela javnih agencij', s katerimi je naložila pristojnim ministrstvom, da ob predložitvi letnega poročila o delu javne agencije od direktorja zahtevajo poročilo o delovanju, poslovanju in opravljanju nalog iz pristojnosti javne agencije, v katerem mora biti posebej opredeljeno doseganje ciljev in pričakovanih rezultatov dela iz pogodbe, s katero se za dobo, za katero je bil direktor imenovan, določijo cilji in pričakovani rezultati njegovega dela. Nadalje je določano, da če pristojno ministrstvo na podlagi poročil direktorja javne agencije ugotovi, da direktor ne opravlja svojega dela v skladu z zakonom in ustanovnim aktom ali da cilji in pričakovani rezultati njegovega dela iz prej navedene pogodbe niso bilo doseženi, se predlaga ukrep v skladu s 23. členom ZJA « Namen določbe pa je odpraviti morebitni dvom ali obstoječi razlogi v ZPOmK-1 vsebujejo predmetni razlog za razrešitev.

Ta določba in obrazložitev se bistveno ne razlikujejo od določbe iz predloga novele ZJA iz avgusta 2017, ki je spremenila 23. člen ZJA. Kot že navedeno, je v zvezi z navedenimi spremembami ZJA novembra 2017 in januarja 2018 pri pristojnem ministrstvu posredovala že evropska komisarka, pristojna za konkurenco. Iz sporočil komisarke izhaja, da predvidene spremembe, ki ne zagotavljajo neodvisnosti agencije za varstvo konkurence in omogočajo vmešavanje drugih zakonodajnih ali izvršilnih organov v delo agencije, ne sledijo ciljem, ki jih zagovarja komisija, to

<sup>5</sup> Glej npr. sodbo Upravnega sodišča IV U 88/2014, ECLI:SI:UPRS:2014:IV:U:88:2014

je neodvisnost in učinkovitost članov Evropske mreže organov za varstvo konkurence. Takšna določba pa tudi ne sledi ciljem direktive ECN+.

Direktiva ECN+ je bila sprejeta in velja. Direktiva v 17 recitalu zahteva, da bi bilo treba »[n]eodvisnost delovanja nacionalnih upravnih organov, pristojnih za konkurencu, . . . okrepiti, da bi se zagotovila učinkovita in enotna uporaba členov 101 in 102 PDEU V ta namen bi bilo treba v nacionalnem pravu predpisati izrecno določbo, ki bi zagotavljala, **da so nacionalni upravni organi, pristojni za konkurencu, pri uporabi členov 101 in 102 PDEU zaščiteni pred zunanjimi posegi ali političnim pritiskom, ki bi lahko ogrozili neodvisno presojo zadev v njihovi obravnavi.** Zato bi bilo treba v nacionalnem pravu **vnapij določiti razloge, na podlagi katerih se razrešijo osebe, ki v okviru nacionalnega upravnega organa, pristojnega za konkurencu, sprejemajo odločbe, . . .**, da bi se odpravil kakršen koli razumni dvom o njihovi nepristranskosti in nedovzetnosti za zunanje dejavnike...«. V zvezi z obsegom nadzora pa v 22 recitalu, da »[n]eodvisnost delovanja nacionalnih upravnih organov, pristojnih za konkurencu, ne bi smela izključevati sodne presoje ali parlamentarnega nadzora v skladu z nacionalnim pravom. Zahteve glede odgovornosti bi morale prispevati tudi k zagotavljanju verodostojnosti in legitimnosti ukrepov nacionalnih upravnih organov, pristojnih za konkurencu. **Sorazmerne zahteve glede odgovornosti vključujejo objavo rednih poročil o dejavnostih nacionalnih upravnih organov, pristojnih za konkurencu, ki se predložijo vladnemu ali parlamentarnemu organu. Nadzirali ali spremljali bi se lahko tudi njihovi finančni odhodki, če to ne bi vplivalo na neodvisnost nacionalnih upravnih organov, pristojnih za konkurencu.**«

Glede obsega vsebine poročila, ki je namenjen nadzoru delovanja agencije, pa v 27 recitalu, da »...[t]a poročila bi morala vključevati informacije o imenovanjih in razrešitvah članov organa odločanja, znesku sredstev, dodeljenih v zadevnem letu, in vseh spremembah tega zneska glede na prejšnja leta...«.

Tretji odstavek 4. člena direktive pa izrecno določa, da se »[o]seb, ki sprejemajo odločitve, . . . v nacionalnih upravnih organih, pristojnih za konkurencu, . . . iz teh organov ne sme razrešiti zaradi razlogov, povezanih **s pravilnim opravljanjem njihovih nalog ali pravilnim izvajanjem njihovih pooblastil za uporabo členov 101 in 102 PDEU**, kot je opredeljeno v členu 5(2) te direktive. **Razrešijo se lahko samo, če ne izpolnjujejo več pogojev, ki se zahtevajo za opravljanje njihovih nalog, ali če so storili hujšo kršitev po nacionalnem pravu.** Pogoji, ki se zahtevajo za opravljanje njihovih nalog, in opredelitev hujše kršitve se vnapij določijo v nacionalnem pravu, pri čemer se upošteva potreba po zagotovitvi učinkovitega uveljavljanja pravil konkurence.«

Agencija meni, da predlagana določba posega v neodvisnost delovanja agencije in je v nasprotju z direktivo ECN+. To izhaja tudi iz konkretnih izkušenj agencije, saj je v preteklosti že bila deležna neutemeljenih očitkov<sup>6</sup> s strani pristojnega ministrstva, da ne izpolnjuje ciljev in svojih nalog. Agencija pa zoper neutemeljene očitke ne more ustrezno reagirati, saj navedenih zaključkov ne more izpodbijati.

Norma je tudi neustrezna, saj ni jasno, kako bodo cilji in pričakovani rezultati v pogodbi o zaposlitvi določeni, kaj se zgodi, če do dogovora ne pride, kako se lahko prepreči poseg v neodvisnost delovanja agencije, kaj se zgodi v primeru spremembe prioritete razmer, če svet ne podpira ciljev direktorja, itd.

Vsekakor pa neizpolnitev katerega koli cilja ali pričakovanega rezultata ne more predstavljati hujše kršitve po nacionalnem pravu, kot to zahteva direktiva ECN+.

Agencija zato predlaga, da se navedena določba črta.

<sup>6</sup> Glej npr. Dopis Ministrstva za gospodarski razvoj in tehnologijo št. 306-19/2017-55 z dne 9. 5. 2018, s katerim je ministrstvo zavrnilo izdajo soglasja k letnemu poročilu za leto 2017.

## K določbam 5. do 25. člena, ki se nanašajo na enotni postopek

Agencija je sodelovala z ministrstvom pri pripravi sprememb ZPOmK-1, ki se nanašajo na enotni postopek. Sodelovala je v luči možnega in pri tem ni upoštevala določb direktive ECN+. Tako agencija, čeprav je sodelovala pri pripravi navedenih določb in so bile z njo usklajene, zaradi spremenjenih razmer predlaga, da se navedene določbe ustrezno popravi tako, da bodo te usklajene z direktivo ECN+. Predlog zakona bi bilo treba ustrezno popraviti in dopolniti z manjkajočimi določbami, kar je predstavljeno v nadaljevanju. V kolikor bi agencija predlog zakona, kot je bil posredovan v javno obravnavo, prejela pred njegovo objavo in ni bila seznanjena z dejstvom, da namerava MGRT nadaljevati s predmetnim zakonodajnim postopkom, bi agencija ministrstvo na te pomisleke opozorila že prej.

Glavno izhodišče direktive ECN+ je, da kazenski postopek za uveljavljanje pravil konkurence ni primeren, ker se v teh sistemih konkurenčno pravo EU ne izvaja v zadostni meri, kazni pa so nizke in se izrekajo redko. Ta sistem je treba nadgraditi bodisi s sodnimi postopki, ki niso kazenske narave, ali postopki, v katerih lahko konkurenčno pravni organ sam izda odločbo o kršitvi in naloži denarno kazen.<sup>7</sup>

Med slednje postopke teoretično spada tudi prekrškovni postopek, vendar ta postopek ni v skladu z zahtevami ECN+. Direktiva v 40 recitalu nalaga, da mora tak postopek omogočiti, da lahko nacionalni administrativni organi za varstvo konkurence neposredno sami v okviru lastnih postopkov, zlasti v upravnih postopkih, izrekajo učinkovite, sorazmerne in odvračilne globe.

Predlog zakona to problematiko naslavlja zgolj deloma (15. člen novele) in enotni postopek ureja zgolj za pravne osebe. Predloga zakona ne upošteva, da je v skladu z direktivo ECN+ treba enako obravnavati vse oblike podjetij, ne glede na njihovo pravnoorganizacijsko obliko in način financiranja. Predlagani enotni postopek se tako nanaša zgolj na pravne osebe, ostale oblike podjetij pa je treba obravnavati v skladu z obstoječim sistemom (upravni in prekrškovni postopek). Ta pa ne izpolnjuje zahtev direktive ECN+. Glede na genezo predmetne spremembe (ureditev enotnega postopka zgolj za pravne osebe) je bilo to ločevanje, v luči mogočega, še smiselno in smotno, vendar je takšna rešitev v nasprotju z direktivo ECN+, ki je bila sprejeta po tem, ko je bil predmetni predlog že oblikovan.

Prekrškovni postopek po ZPOmK-1 je kazenski postopek. Postopek uveljavljanja prava varstva konkurence v obliki, kot je voden (dvojni postopki (upravni in prekrškovni), iskanje neposrednega storilca prekrška in ugotavljanje subjektivnega naklepa ali malomarnosti tega storilca za izvršen prekršek, nejasnosti glede vsebine in obsega izreka in obrazložitve prekrškovne odločbe in s tem povezanim vprašanjem prepovedi ponovnega sojenja, primarnost kazenskopравnih institutov nad instituti konkurenčnega prava (npr. kdaj začne teči zastaranje, stek dejanj in vprašanje ali gre za več kršitev, za trajajoči prekršek, nadaljevanj prekršek, kaj predstavlja bit kršitve – sporna poslovna praksa, ki traja določeno obdobje, ali posamezna ravnanja, pogosto zgolj indici, ki to prakso dokazujejo, poskus prekrška ni kazniv, pravna in dejanska zmeta, temelj odgovornost podjetij, ki pomagajo pri kršitvi, ...) ne omogoča agenciji, da bi izrekala učinkovite, sorazmerne in odvračilne globe. Ureditev prekrškovnega prava pa močno odstopa tudi od sodne prakse sodišč EU in zahtev direktive ECN+.

Glede na zahteve direktive ECN+ bi bilo treba za vsa podjetja urediti enak postopek. Predlagana ureditev enotnega postopka, z določenimi popravki in dopolnitvami glede na direktivo ECN+, lahko predstavlja ustrezno osnovo, ki pa jo je seveda treba še nadgraditi.

Agencija tudi v upravnem postopku upošteva elemente kazenskega prava pri pridobivanju sodnih odredb za preiskave podjetij. To izhaja iz dejstva, da so določbe o izvedbi preiskave v upravnem postopku, ki je nadzorstveni postopek, oblikovane po vzoru določb kazenskega procesnega prava (npr. primerjaj ureditev preiskave s hišno preiskavo in preiskavo elektronskih naprav v skladu z Zakonom o kazenskem postopku »ZKP«) in dejstva, da o odreditvi sodne preiskave odloča sodnik

<sup>7</sup> Predlog direktive Predlog DIREKTIVE EVROPSKEGA PARLAMENTA IN SVETA o krepitvi vloge organov držav članic, pristojnih za konkurenco, da bodo učinkoviteje izvajali pravila konkurence in zagotavljali pravilno delovanje notranjega trga, str. 17, dostopno na: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed\\_directive\\_sl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed_directive_sl.pdf).

preiskovalnega (kazenskega) oddelka Okrožnega sodišča v Ljubljani. Tudi takšna ureditev ne omogoča agenciji, da bi izrekala učinkovite, sorazmerne in odvračilne globe

Izpostavljeno področje predlog novele naslavlja zgolj deloma (glej 6 člen), saj zagotavlja možnost pritožbe na negativen odgovor sodišča. O pritožbi bi odločal zunaj obravnavni senat istega, kazenskega oddelka pristojnega sodišča

Kljub navedeni spremembi, ki je v skladu z zahtevami direktive ECN+ (glej člen 30(3)(b)), so izkušnje agencije, da sodišče pri presoji zahtev agencije upošteva procesne in materialne standarde, ki so v nasprotju s cilji nadzorstvenih postopkov, konkurenčnim pravom in zahtevami direktive ECN+

Poleg pristojnosti kazenskega sodišča, veljavna določba ZPOMK-1, ki se nanaša na preiskave, močno odstopa od zahtev direktive ECN+. Veljavna določba, česar predlog zakona ne naslavlja, za izvedbo preiskave zahteva, da mora agencija izkazati elemente, ki so tuje direktivi ECN+, npr. dodatni elementi, ki jih je treba izkazati za preiskavo elektronskih naprav. Iz prakse agencije izdaja, da je sodišče iz preiskave agencije izvzelo določene elektronske naprave (mobilne naprave) in jih agencija v sklopu preiskave ni smela pregledati.

Predlog zakona vsebuje tudi določbe, ki smiselno ali dobesedno izhajajo iz veljavne kazensko pravne zakonodaje. Npr. določbe 53.a, 53.b, 53.c, 53.f, 53.g, 53.h, 53.l člena predloga zakona. Nekritična uporaba teh določb lahko pripelje do razlage, ki bi cilje spremembe ZPOMK-1 podredila razlagi, ki je bližje kazensko-pravnemu področju, in bi se oddaljila od ciljev direktive ECN+. Npr. da je upravni postopek v bistvu postal kazenski postopek.

Zlasti je lahko problematična določba 53.c, saj že vsakršna kršitev, tudi če jo ne zakrivi agencija, lahko izključi uporabo dokazov, ki so skladni z direktivo ECN+ (glej recital 73 in s tem povezan 32 člen direktive ECN+). Tako je v skladu z direktivo ECN+ dopustno uporabiti prikrite posnetke, ki jih samostojno izdelata udeleženec v kršitvi, kar lahko krši človekove pravice oseb, ki upravičeno pričakujejo zasebnost.

Takšna ureditev je tako po mnenju agencije v nasprotju z direktivo ECN+ in bi jo bilo treba ustrezno popraviti, usklajevanje določbe o preiskavi elektronskih naprav, pristojnost odločanja o odreditvi preiskave pa prenesti na sodišča, ki bodo sicer odločala o konkurenčno pravnih zadevah. Prav tako bi bilo treba ustrezno uokviriti ostale določbe, ki so smiselno povzete iz kazensko pravne zakonodaje.

Predlog zakona je glede na direktivo ECN+ po mnenju agencije tudi pomanjkljiv. Tako ne ureja periodičnih kazni (člen 16), načina kaznovanja podjetniških združenj (člen 14(3) in (4), 15(2), razmerja med imuniteto pred kaznijo in kazenskimi sankcijami za posameznike (člen 23), sodelovanja med organi za varstvo konkurence v mreži ECN (člen 24 do 28), ravnanja z gradivom, pridobljenim v postopku prizanesljivosti, ali postopka poravnave (člen 31), uporaba dokazov (člen 32).

Predlog zakona tudi ne implementira določb, ki se nanašajo na statutarno, organizacijsko in finančno neodvisnost agencije (člen 4 in 5). Še več, predlog zakona je z njimi v nasprotju (glej pripombe k 4 členu predloga zakona).

Kot je agenciji znano, predstavlja predlog direktive ECN+ edini predlog direktive, kjer evropski zakonodajalec ugotavlja, da se v državah članicah pravo EU praviloma ne uveljavlja učinkovito, ter je treba zato, poleg materialno pravnih in procesnih institutov, ki jih je treba uskladiti s pravom EU na relevantnem področju, poskrbeti za večjo neodvisnost nacionalnih organov za varstvo konkurence, in sicer statusno, organizacijsko, finančno in kadrovsko.

V primerjavi z drugimi organi v Republiki Sloveniji, ki na ozemlju le-te v sodelovanju s pristojnimi evropskimi organi neposredno izvršujejo pravo EU, kot to velja za agencijo (npr. Banka Slovenije »BS«), ali v primerjavi z drugimi organi, katerih delo temelji na pravu EU (npr. Informacijski pooblaščenec »IP«, Državna revizijska komisija »DKOM«, Agencija za energijo »AE«, Agencija



za komunikacije in omrežne storitve »AKOS«, Agencija za zavarovalni nadzor »AZN«, Agencija za trg vrednostnih papirjev »ATVP«) ali nacionalnih določbah (Komisija za preprečevanje korupcije »KPK«, Računsko sodišče »RS«, Varuh človekovih pravic »VČP«), je položaj agencije, tako s stališča zakonodajne ureditve neodvisnosti, kot konkretnega položaja, daleč slabši.

Glede na zahteve predloga direktive ECN+ je treba položaj agencije vsaj izenačiti z najbolj neodvisnimi organi v Republiki Sloveniji.

Korak v pravo smer bi bil, če bi se tudi v praksi implementirale že zapisane določbe ZPOmK-1 in bi se agencijo v celoti izvzelo iz ureditve ZJA, oziroma bi se določilo, katere konkretne določbe ZJA veljajo za agencijo.

Tako že veljavni ZPOmK-1 npr. določa, da Državni zbor na predlog agencije sprejme proračun agencije (13.člen). Takšna določba velja tudi za druge neposredne proračunske uporabnike, npr. Informacijskega pooblaščenca, Državno revizijsko komisijo, Računsko sodišče, Komisijo za preprečevanje Korupcije, Varuha človekovih pravic. Kasneje je bila ta določba s 67. členom Zakona o izvrševanju proračunov Republike Slovenije za leti 2013 in 2014, »ZIPRS1314«, ki določa, da se do spremembe ZPOmK-1 agencija financira na enak način kot organi v sestavi, to je na enak način kot pred tem Urad za varstvo konkurence, zrelativizirana in ni bila nikoli implementirana. Do spremembe pa kasneje v tem delu ZPOmK-1 ni prišlo in je obveljala razlaga pristojnih ministrstev, da se agencija, ker zanjo velja tudi ZJA, ne glede na določbe ZPOmK-1 in ZIPRS1314, financira kot posredni proračunski uporabnik. Ker agencija, drugače kot nekatere druge agencije (npr. AKOS, AZN, ATVP, Agencija za energijo), nima lastnega vira prihodkov, čeprav za to obstaja podlaga (druga alineja 13. člena ZPOmK-1), je njeno financiranje v skladu z ZJN izključno odvisno od pogodbeno določenega zneska s pristojnim ministrstvom.

Prav tako bi bilo treba v cilju direktive ECN+ »oživiti« določbo ZPOmK-1, ki določa, da je agencija samostojna pri določanju števila zaposlenih (peti odstavek 5 člena ZPOmK-1). Trenutna ureditev, na podlagi katere pristojno ministrstvo agenciji pripravi izhodišča za pripravo finančnega načrta, kar vsebuje tudi kadrovske načrte oziroma kvote,<sup>8</sup> kar mora posredni proračunski uporabnik spoštovati, vodi v situacijo, da agencija že sedaj ne more uspešno in pravočasno izpolnjevati zakonskih nalog (npr. agencija še vedno nima na voljo zaposlenih ali proračuna za izvrševanje nalog, določenih v ZKme-1). Direktiva ECN+ se sicer ne nanaša na te druge naloge, a določa, da mora v tem primeru država članica zagotoviti dovolj sredstev za izvrševanje osnovnega poslanstva organa za varstvo konkurence in teh nalog (glej 24 recital).

Ta določba ZPOmK-1, enako kot določba, ki določa, da je agencija neposredni proračunski uporabnik, je tako mrtva črka na papirju. V praksi to pomeni, da je kadrovska fluktuacija na agenciji zelo velika, saj usposobljen kader s časom odhaja na bolj plačana delovna mesta v gospodarstvu, da agencija ne more ustrezno razvrstiti kadra na zahtevna delovna mesta ali pridobiti ustreznega kadra (odobrena sredstva so zadostna za najnižja strokovna delovna mesta, kjer povprečna neto plača znaša cca 1100 EUR). Tako agencija ne razpolaga z informatiki ali doktorji ekonomije ali ustrezno tehnično opremo, kar je tudi zahteva direktive ECN+ (npr. 24. recital navaja, da bi moral imeti nacionalni organ za varstvo konkurence zadostne vire v smislu usposobljenega osebja, ki je zmožno opravljati kompetentne pravne in ekonomske ocene, finančnih sredstev, tehničnega in tehnološkega strokovnega znanja in opreme, vključno z ustreznimi orodji informacijske tehnologije).

Direktor agencije je že simbolno razvrščen med nižje rangirane vodje državnih organov. Tako so višje razvrščeni direktor AKOS, AZN, ATVP, ki predstavljajo regulatorje na ozko določenem področju. Ta razkorak pa je še mnogo večji v primerjavi z drugimi še bolj neodvisnimi državnimi organi (neposredni proračunski uporabniki) npr. Računsko sodišče, KPK, Varuh človekovih pravic, DKOM, Informacijski pooblaščenec, Banka Slovenije pa je sploh izvzeta iz tega sistema.

<sup>8</sup> Glej npr. 58. člen in naslednje Zakon o izvrševanju proračunov Republike Slovenije za leti 2018 in 2019 (Uradni list RS, št. 71/17, 13/18 – ZJF-H in 83/18) in pred tem veljavne zakone, ki urejajo izvrševanje proračuna RS

Sprejetje predloga zakona v predlagani obliki bi poleg tega, da po mnenju Agencije lahko predstavlja kršitev prava EU, po nepotrebnem zapletel že tako kompleksno situacijo. Tako bi v primeru sprejetja zakona in nato implementacije direktive ECN+ v novem zakonu (rok je 2 leti od objave direktive januarja 2019) prišlo do novega prehodnega obdobja, kar bi lahko pomenilo dodatne materialne in postopkovne zaplete.

Glede na vse navedeno agencija predlaga umik trenutnega predloga zakona iz nadaljnje zakonodajne procedure in njegovo uskladitev z direktivo ECN+.

S spoštovanjem,

Pripravil:  
Davor Lekić



Andrej Matvoz  
DIREKTOR



Vročiti:

- naslovníku, po e-pošti in priporočeno

Vložiti:

- zbirka dokumentarnega gradiva, tu.