

Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo
Kotnikova 5
1000 Ljubljana

Ljubljana, 4. 3. 2019

ZADEVA: Pripombe in predlogi na osnutek predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1H)

Spoštovani,

s predmetno vlogo družba Petrol d.d., Ljubljana (v nadaljevanju: Petrol) na naslovno ministrstvo pošilja svoje pripombe in predloge na osnutek predloga ZPOmK-1H. V Prilogi 1 so povzete podane pripombe v obliki tabele skupaj z utemeljitvijo, v nadaljevanju pa Petrol pošilja načelne pripombe.

Trenutni sistem, še bolj pa je razvidno iz predlaganih sprememb, ne zagotavlja nepristranske presoje dokazov in odločanja. Isti organ je namreč tisti, ki v predhodni fazi, torej pred uvedbo postopka, zbira obvestila, uvede postopek in izvede preiskovalni postopek, ugotavlja kršitev ter na koncu naloži denarno kazen oziroma globo. V ZPOmK-1 so instituti, ki so po svoji naravi bližje kazenskemu kot upravnemu postopku, kar se z ZPOmK-1H le še pogloblja: možnost ustnih pojasnil pred uvedbo postopka, preiskava in sodna odredba Okrožnega sodišča v Ljubljani (kazenski oddelek), razmerje med kaznivimi dejanji in administrativni prestopki, ki je kopirano iz zakona, ki ureja prekrškovni postopek (člen 53.h ZPOmK-1), omemba trajajočih dejanj (člen 53.i ZPOmK-1), pogoj za sankcioniranje je namen ali malomarnost, potreba po izločitvi dokazov ipd. Vse to narekuje, da je glede na postopkovne zahteve konkurenčno procesno pravo postalo kopija kazenskega oziroma prekrškovnega procesnega prava. Iz tega razloga se zdi edino logična rešitev, da tudi Slovenija uvede ločitev med postopkom zbiranja dokazov (funkcija policije – zaposleni na AVK) in predlaganju sankcij (funkcija tožilstva – senat na AVK). Kontradiktornost ter odločanje pa bi moralo nujno biti v rokah sodišča. Tak postopek imajo tako v Avstriji¹ kot v Nemčiji, ki sta pravno gledano nam najbližja sistema.

¹ Dostopno na spletni strani avstrijskega nacionalnega organa:
https://www.bwb.gv.at/en/factual_information/legal_basis/.

Dodatno glede na to, da so navedeni instituti vse bolj podobni kazenskim, menimo, da bi bilo ustrežnejše, če bi se subsidiarno uporabljal zakon, ki ureja prekrške (potrebna sprememba 54. člena ZPOmK-1; delno enako urejeno tudi v hrvaški ureditvi), ustrežnejša pa bi bila tudi pristojnost prekrškovnega sodišča (prilagoditev črtanega 56. člena ZPOmK-1).

Glede na navedeno zgoraj in v Prilogi 1, menimo, da trenutna sprememba ne bo privedla do dejanskega skrajšanja postopkov iz razlogov, navedenih podrobneje v utemeljitvi, zagotovo pa predlog zaradi nejasnosti ne zagotavlja pravne varnosti udeležencem na trgu. Prav tako iz predloga sprememb ni razvidno, kateri organ je pristojen za naložitev predvidene sankcije v primeru kršitev določb s področja presoje koncentracij.

Lep pozdrav,

 135
*Petrol, Slovenska energetska družba, d.d., Ljubljana
1527 Ljubljana, Dunajska cesta 50*

Nina Bizjak, vodja skladnosti poslovanja

mag. Živa Južnič, pravna pisarna

Priloga:

Priloga 1: Preglednica podanih pripomb.

PREGLEDNICA PODANIH PRIPOMB ZA

Zakon oz. drug predpis:ZPOmK-1H.....

| | | |
|--|-----------------|---------------|
| Predlagatelj in kontaktna oseba: | Telefon: | Datum: |
| Petrol d.d., Ljubljana mag. Živa Južnič, pravna pisarna | 01/4714586 | 4. 3. 2019 |

| Št. člena in odstavek | Predlog spremembe predlagane določbe | Utemeljitev |
|---|---|--|
| ZPOmK-1H (1. člen) 12.(2) | »(2) Agencija kot nadzorni organ odloča o kršitvi 6. ali 9. člena tega zakona, 101. ali 102. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije, ali izvršljive odločbe iz 37., 38., ali 39. člena tega zakona in kršitelju naloži administrativno sankcijo.«. | AVK ni regulatorni organ, ker ne opravlja regulatorne dejavnosti na področju konkurenčnega prava (v manjšem delu sicer le na področju koncentracij, kar pa ni predmet tega odstavka). Dodatno ima glede 101. in 102. člena PDEU Evropska unija izključno pristojnost za določitev pravil o konkurenci, potrebnih za delovanje notranjega trga (glej člen 3 PDEU). Tako AVK nima pristojnosti »regulirati« tega področja, ima le pooblastilo EU za izvrševanje navedenih členov. |
| ZPOmK-1H (4. člen) 12.k(1), osma alineja | »- 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, in ki se jo javno objavi, ali « | Predlagamo, da so cilji in pričakovani rezultati direktorja AVK javno objavljeni. S tem se zagotavlja transparentnost delovanja agencije ter neodvisnost organa, saj se tako izogne morebitnim prežetim obvezam, kot so številno pričakovanim izdanih odločb na letni ravni ter število oziroma višino denarnih kazni oziroma glob. |
| ZPOmK-1H (5. člen) | »(7) Ne glede na prejšnji odstavek lahko agencija s soglasjem podjetja, ki zatrjuje obstoj poslovnih skrivnosti, preden zahteva pripravo nezaupne različice dokumenta zaradi določitve | V upravnem postopku revizor nima takšne vloge, kot jo ima v odškodninskih postopkih. Lahko nastopa le kot |

| | | |
|---------------------------|---|--|
| 18.(7) | relevantnih dokumentov, dovoli pregled zaupnih podatkov izvedencu, revizentu ali odvetniku stranke. Osebe, ki jim je dovoljen pregled teh podatkov, so dolžne varovati te podatke in jih ne smejo razkriti strankam postopka oziroma tretjim osebam. Ob takšnem sklepu je odvetnik prost zaveze razkritja zaupnih podatkov svoji stranki, stranka pa takega razkritja ne sme zahtevati.«. | izvedenec, kar pa je že opredeljeno, zato predlagamo črtanje. |
| ZPOMK-1H (6. člen) 28.(9) | »(9) Agencija s splošnim aktom uredi povračilo stroškov pričam v zvezi s preiskavo (prehrana, stroški prevoza, izpad dohodka).«. | Predlagamo črtanje navedenega odstavka. Glede na to, da tudi v kazenskem postopku ni povračila stroškov solenitnim pričam, ni razloga, da bi bilo tukaj urejeno drugače. Priče morajo biti neodvisne tako od preiskovancev kot tudi od preiskovalcev. Plačilo omaja neodvisnost prič, še posebej v primeru plačila nadomestila za izpad dohodkov, in ker je AVK tisti, ki določa podrobna pravila z izdajo podzakonskega akta. |
| ZPOMK-1H (9. člen) 35.a | Predlagamo črtanje celotnega člena. | Iz sistemskega vidika gre za uvedbo predkazenskega postopka, ki je sicer v kazenskem pravu natančno opredeljen kot postopek (poučitev o pravicah, ki jih ima osumljenec v kazenskem postopku; pouk na uradnem zaznamku; morebitni zapisnik; obvezna prisotnost zagovornika) in posledice kršitve tega postopka. Ker gre za dejansko za zbiranje potencialno obremenilnih informacij od oseb zaposlenih v podjetju, je vprašljivo, ali imajo te osebe pooblastilo za izjavljanje volje za podjetje, v katerem so zaposlene. Izpostavljam, da Zakon o splošnem upravnem postopku v primeru zaslišanja prič določa obveznost izvedbe ustne obravnave in tako kontradiktornosti postopka. Menimo, da trenutno predlagano besedilo tega člena pomeni nesorazmeren poseg v zasebnost pravnih oseb in je zato predlagani člen neustaven (predvsem iz vidika člena 36 Ustave (URS) ter členov 8, 8.1, 8.2 Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP)). |

Ne strinjamo se s pojasnilom k 9. členu, da predlog vsebuje dovolj varovalk, da onemogočajo zlorabo pooblastil. To pojasnilo je navedeno pavšalno, pojasnila dejansko ne opredelijo, katere so te varovalke. Navedeno je sicer, da morata biti pri zbiranju ustnih pojasnila predmet in namen nadzora. Iz izkušnji pri odgovarjanju na zahteve za posredovanje podatkov, ki jih je imel Petrol v zadnjih parih let, je da AVK predmeta ne opredeli, kot namen zbiranja podatkov pa navede le »spremljanje in analiziranje razmer na trgu«. Menimo, da bi morale biti varovalke bolj natančno opredeljene, iz katerih bi izhajali konkretni kriteriji za dovoljen poseg v zasebnost – predvsem dokazi in razlogi.

Petrol se ne strinja, da je predlog novega preiskovalnega orodja skladen s citirano odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-40/12, objavljeno dne 6. maja 2013. V navedeni odločbi je Ustavno sodišče presoјalo dejansko situacijo, v kateri je bil že izdan sklep o uvedbi postopka, torej, postopek je že bil uveden, kar pomeni, da je bila izkazana verjetnost kršitve (pogoji za izdajo sklepa o uvedbi kršitve so navedeni v 24. členu ZPOMK-1: razlogi, pravna podlaga, obrazložitev). Nasprotno pa iz predlaganih ustnih pojasnil s temi varovalkami preiskovani ni seznanjen. Tudi inšpektorji se najavijo in pojasnijo, na podlagi katerih ustnih ali listinskih dokazov bodo izvajali inšpekcijo. Ustavno sodišče torej ni imelo v mislih, da zasebnost pravne osebe v določenih prostorih sploh ni varovana, temveč da je ob enaki dejanski situaciji, torej ko je izdan sklep o uvedbi postopka, lahko možen poseg brez sodne odredbe. Iz navedene ustavne odločbe tako ni možno razbrati, da sodišče to dovoljuje AVK brez uvedbe postopka, torej izdaje sklepa o uvedbi postopka. V tem delu je torej poseg nesorazmeren in zato neustaven. Poleg tega pa zaradi svoje nedoločnosti omogoča zlorabo pooblastil.

| | |
|--|--|
| | <p>Za odvrnitev zlorabe pooblastil, in sicer prakticiranja klasičnega t. i. fishing expedition, kar prepogosto že sedaj predstavljajo zahteve za posredovanje podatkov, menimo, da bi bilo nujno treba določiti strogo sankcijo, za prekoračitev pooblastil, tako da odgovorno osebo in osebo, ki dejansko opravlja preiskavo, ter opredeliti, da morajo biti dokazi, ki so najdeni ali zbrani na tej podlagi, izločeni, če so bile določbe o ustnih pojasnilih kršene.</p> <p>Upoštevati je treba tudi dejstvo, da preiskovane osebe odgovarjajo tudi pod pritiskom, da ovirajo državne organe (286. KZ-1), pri čemer je treba upoštevati dejstvo, da AVK ni ne pravosodni ne državni organ. Vsaj minimalno pa bi moral člen o ustnih pojasnilih določati, da je obvezna najava takšnega preiskovalnega orodja, kar je tudi sicer praksa inšpektorjev. To velja predvsem za manjša podjetja, ki nimajo zadostne neposredne pravne podpore in bi jih AVK tako neposredno zasliševal z zelo kompleksnega področja prava.</p> <p>Dodatno tudi Direktiva 2019/1¹ v 9. členu želi nacionalne organe za varstvo konkurence opolnomočiti z možnostjo razgovorov, vendar le s povabilom v lastne prostore organov in ne nenapovedno, v prostorih preiskovancev, prič idr.</p> <p>Menimo, da bi se lahko v slovenskem procesnem konkurenčnem pravu predhodno faza zbiranja podatkov v obliki ustnih pojasnil lažje uporabljala, če bi deloval sistem izločanja dokazov, kot je to predvideno v kazenskem postopku, kar je predlagano v dopisu k tej prilogi. Dokler pa isti organ zbira dokaze, zaslišuje osebe na trgu pred uvedbo postopka in potem ne samo ugotavlja kršitev, temveč tudi naloži sankcijo,</p> |
|--|--|

¹ DIREKTIVA (EU) 2019/1 EVROPSKEGA PARLAMENTA IN SVETA z dne 11. decembra 2018 o krepitevi vloge organov držav članic, pristojnih za konkurenco, da bodo učinkoviteje uveljavljali pravila konkurence, in o zagotavljanju pravilnega delovanja notranjega trga (UL L 11, 14.1.2019).

| | | |
|--|--|---|
| <p>ZPOmK-1H (13. člen) 46.a (2)</p> | <p>(2) Odločba, ki jo agencija izda v poenostavljenem postopku, vsebuje podatke o priglašeni koncentraciji (imena udeležencev, narava koncentracije in zadevni gospodarski sektorji), ugotovitev, ali je koncentracija skladna s pravili konkurence ali ugotovitev, da ni podrejena določbam tega zakona ter navedbo pogojev, ki so izpolnjeni za sprejetje odločitve v poenostavljenem postopku. Agencija upošteva predvsem naslednje pogoje: [navesti]</p> | <p>gre za hujši poseg v pravico do nepristranskega odločevalca.</p> <p>Zakonodajalec pušča odprto vprašanje, pod katerimi pogoji bo agencija lahko oziroma morala voditi poenostavljeni postopek (kršitev načela določnosti). Tako je izvršilni veji prepuščena zakonodajna funkcija. S tem ni zagotovljena pravna varnost strankam v postopku presoje koncentracije, poleg tega je takšna določba odprta za zlorabo pooblastil, saj odločevalci, torej člani senata, niso strokovnjaki s področja vsakega upoštevnega trga.</p> |
| <p>ZPOmK-1H (15. člen) 53.b</p> | <p>»Podjetju ne sme biti izrečena administrativna sankcija za administrativni prestopok v zvezi z omejevalnimi ravnarji in za administrativni prestopok v zvezi s koncentracijami, če dejanje ni bilo s tem zakonom določeno kot administrativni prestopok preden je bilo dejanje storjeno, in če za takšno dejanje ni bila predpisana administrativna sankcija za administrativni prestopok.«</p> | <p>Manjka odebeljeno besedilo, da bi se zagotovilo načelo zakonitosti.</p> |
| <p>ZPOmK-1H (15. člen) 53.č (1) in (2)</p> | <p>(1) Agencija podjetju, ki je pravna oseba, z odločbo, s katero odloči o administrativnem postopku, naloži administrativno sankcijo v obliki denarne kazni (v nadaljevanju: denarna kazen), kadar podjetje namenoma ali iz malomarnosti krši določbe v zvezi z omejevalnimi ravnarji, in sicer:</p> <ul style="list-style-type: none"> - krši 6. ali 9. člen tega zakona ali 101. ali 102. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije; ali - ravna v nasprotju z obveznostjo, določeno v izvršljivi odločbi iz 37., 38. ali 39. člena tega zakona. <p>(2) Agencija podjetju, ki je pravna oseba, z odločbo, s katero odloči o administrativnem postopku, naloži denarno kazen, kadar podjetje namenoma ali iz malomarnosti krši določbe v zvezi s koncentracijami, in sicer:</p> <ul style="list-style-type: none"> - če agenciji ne priglasi koncentracije, ki je podrejena določbam tega zakona, ali je ne priglasi v roku iz 43. člena tega zakona; - če v nasprotju s 44. členom tega zakona izvršuje pravice ali obveznosti, ki izhajajo iz koncentracije; - če ne izpolni korektivnih ukrepov ali obveznosti, določenih v odločbi o skladnosti koncentracije s pravili konkurence; | <p>Določba ni jasna, saj ni razvidno, ali sta še vedno dva ali je sedaj en postopek. V 37. členu ZPOmK-1 je navedeno, da agencija izda odločbo o ugotoviti obstoja kršitve, v 53.č(1) ZPOmK-1H pa je navedeno, da se izda še odločbo, s katero odloči o administrativnem postopku, naloži administrativno sankcijo v obliki denarne kazni. Gre za dvojni postopek in ali je treba morebiti spremeniti še 37. člen ZPOmK-1?</p> <p>Glede na to, da se pravni osebi lahko naloži denarna kazen, če podjetje krši določbe namenoma ali iz malomarnosti (za razliko od hrvaške ureditve), je treba upoštevati, da mora biti navezna okoliščina odločba, s katero se ugotovi namen in malomarnost storilca kot fizične osebe (pravna oseb nima volje). Temelj odgovornosti pravne osebe je namreč fizična oseba: storilec stori dejanje v imenu, na račun ali v korist pravne osebe. Torej bo moral AVK sprva izvesti postopek zoper storilca kot fizično osebo in šele na tej</p> |

| | | |
|--|--|---|
| | - če ravna v nasprotju z odločbo o neskladnosti koncentracije s pravili konkurence; - če ravna v nasprotju z izvršljivo odločbo, ki jo je agencija izdala na podlagi 53. člena tega zakona. | podlagi ločen postopek zoper pravno osebo. To pa dejansko ni enotni postopek. |
| ZPOmK-1H (15. člen) 53.d in e | Predlagamo črtanje obeh členov. | Člena posegata v materialno konkurenčno pravo in povzemata ugotovitev v sodbah Sodišča EU, ki v vsakem primeru veljajo in se kot primarno pravo uporabljajo v slovenskem pravnem redu neposredno za 101. in 102. člen PDEU ter posredno za 6. in 9. člen ZPOmK-1 kot izhaja iz prakse Ustavnega sodišča Republike Slovenije ² . Težava bo nastala tudi v primeru, da se sodna praksa Sodišča EU spremeni, v ZPOmK-1 pa diktacija ostane. Uporabljajo se tudi nejasni pojmi, kot je »skoraj celotni kapital«. Predlagamo izrecno opredelitev. |
| ZPOmK-1H (15. člen) 53.f | Potrebno pojasnilo. | Ali to pomeni, da podjetja v celotni ali delni lasti države ali občine ne morejo kršiti ZPOmK-1? Ali to pomeni, da takšnemu podjetju ni treba priglasiti koncentracije? |
| ZPOmK-1H (15. člen) 53.i (1) in (4) | (1) Postopek administrativnega sankcioniranja ni dovoljen, če je poteklo več kot deset let od izvršitve administrativnega prestopka. (4) Denarna kazen se izvrši po izvršljivosti odločbe in po pravilih upravne izvršbe. | Menimo, da je postopek administrativnega sankcioniranja premalo opredeljen, da bi lahko predstavljala pravno varen postopek. Nikjer ni določeno, kdaj se ta postopek začne. Poleg tega ni opredeljenega relativnega zastaralnega roka. Ni opredeljeno po izvršljivosti katere odločbe se izvrši denarna kazen. Nadalje je glede trajajočih ravnanj določeno, da začne zastaranje teči, ko kršitev iz zadnjega administrativnega postopka preneha, kar je nerazumljivo. Če gre za enotno in trajajočo kršitev je to ena kršitev in ne za več kršitev, ker potem bi šlo lahko za nadaljevalno dejanje v smislu prekrška. |

² Glej odločbo Ustavnega sodišča RS št. Up-1201/05 z dne 6. 12. 2007, Ur.l. RS, št. 117/07 in Odl US XVI, 116 ter sklep Ustavnega sodišča RS št. Up-282/09 z dne 24. 11. 2009, Ur.l. RS, št. 103/09 in Odl US XVIII, 94, tč. 3.

| | | |
|---------------------|----------------------|--|
| | | Uporabljajo se pojmi iz kazenskega postopka, ali bo dovoljena <i>intra legem</i> analogija, ali se bodo uporabljala pravila o trajajočem dejanju ipd. |
| ZPOMK-1H (15. člen) | Premalo opredeljeno. | Dejansko gre za dodatno ustno obravnavo in pri tem ni določeno, katere kavele so zagotovljene, da se zagotovi načelo kontradiktornosti za vse udeležence v postopku. |
| 53.K | | |
| ZPOMK-1H (23. člen) | Premalo opredeljeno. | Ni jasno, kateri zakon se uporablja, če je bilo neko dejanje storjeno pred uveljavitvijo spremembe tega zakona in še ni bil začel postopek. Predlagamo izrecno določitev, da se za vsa dejanja oziroma kršitve določb ZPOMK-1, ki so bile storjene pred uveljavitvijo te novele, uporabijo dosedanji predpisi. Na podlagi 4. odstavka 23. člena predloga zakona je sicer mogoče sklepati, da bodo za dejanje oziroma kršitev, katerega trajanje sega v čas obeh zakonov, teoretično izdano več odločbe. Upoštevati je treba dejstvo, da ni jasno, ali se bo administrativna sankcija izrekala skupaj z ugotovitvijo kršitve (ena upravna odločba za čas do uporabe te novele, ena prekrškovna za čas do uporabe oziroma uveljavitve novele in ena upravna za ugotovitev kršitve za čas po uveljavitvi te novele oziroma ena za administrativno kršitev po času uveljavitve te novele). Navedeno je kontradiktorno s samim konceptom enotne, kompleksne in trajajoče kršitve. Z vidika pravne varnosti podjetij je bolj smiselno določiti, da za vsa dejanja oziroma kršitve, ki so se začela pred uveljavitvijo tega zakona, da se dokončajo po dosedanjih predpisih. Dodatno novela ne določa, kako je s postopki, ki v trenutku uveljavitve zakona, tečejo pred Upravnim sodiščem. Predlagamo, da se tako izrecno določi, da se vsi postopki, ki do začetka uporabe tega zakona še niso bili pravnomnočno končani, dokončajo po dosedanjih predpisih. |