

ODVETNIŠKA DRUŽBA KRAŠEK o.p. d.o.o.
Cigaletova ulica 7
1000 Ljubljana
tel: 059 079 250 fax: 059 079 253
matična številka: 6278957000, ID DDV št.: SI 58517294,

PRIPOMBE IN PREDLOGI

**na osnutek predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona
o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1H)**

1. Uvod

Na spletni strani Ministrstva za gospodarski razvoj in tehnologijo je bil objavljen osnutek zakonodajnega gradiva Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence ZPOmK-1H. Ministrstvo je zainteresirano javnost pozvalo, da naj do 6.3.2019 pošlje svoje pripombe in predloge na osnutek predloga zakona. V zvezi s tem torej navajamo naslednje.

2. Spremembe postopka in pogojev za imenovanje in razrešitev direktorja

Predlog v 2., 3. in 4. členu, ki spreminjajo 12.č, 12.h in 12.k člen spreminja postopek in pogoje za imenovanje in razrešitev direktorja. Besedilo členov poenostavljeno:

- dopolnjuje pristojnost sveta za izvedbo javnega natečaja za imenovanje direktorja,
- spreminja postopek imenovanja direktorja tako, da javni natečaj izvede svet
- določa razlog za razveljavitev akta o izbiri in akta o imenovanju direktorja, če se s pravnomočno sodno odločbo ugotovijo nezakonitosti postopka, zmotne uporabe materialnega prava, dejanskega stanja ali če se ugotovi, da direktor v času imenovanja ni izpolnjeval pogojev,
- kot razlog za razrešitev dodaja neizpolnjevanje ciljev in rezultatov dela določenih v pogodbi,
- kot razlog za imenovanje vršilca dolžnosti dodaja razveljavitev akta o imenovanju.

2.1. Dopolnitev pristojnosti sveta za izvedbo javnega natečaja za imenovanje direktorja in sprememba postopka imenovanja direktorja

V obrazložitvi predloga sprememb zakona (stran 29) je navedeno, da iz sodne prakse izhaja, da zakon ne določa izrecno, kdo vodi postopek javnega natečaja, zato je treba uporabiti Zakon o javnih agencijah oziroma Zakon o javnih uslužbencih, na katerega le-ta napotuje. ZJA v 21. členu določa, da javni natečaj za imenovanje direktorja izvede svet v skladu z določbami zakona, ki ureja delovna razmerja javnih uslužbencev. Ker ZPOmK-1 med pristojnostmi sveta izrecno ne določa, da je svet pristojen za izvedbo javnega natečaja za imenovanje, se s predlagano dopolnitvijo 12.č člena ZPOmK-1 med pristojnostmi sveta navede, da je svet pristojen za izvedbo javnega natečaja.

Sodna praksa na katero se sklicuje predlagatelj, je sodba upravnega sodišča RS I U 1742/2016. V omenjeni sodbi je upravno sodišče na podlagi sedaj veljavnih pravil ocenilo, da naj bi moral natečajni postopek izvesti svet agencije in ne ministrstvo.

Predlagana sprememba je zato očitno nepotrebna. Če je upravno sodišče na podlagi sedaj veljavnih materialnopravnih in postopkovnih pravil ocenilo, da bi moral natečajni postopek izvesti svet Agencije, je torej posebna določitev takšne pristojnosti svetu nepotrebna. Očitno ta pristojnost izhaja iz določil Zakona o javnih agencijah in je zato dvakratno določanje te pristojnosti odveč.

Poleg tega je bila zoper omenjeno sodbo dopuščena in nato vložena revizija o kateri vrhovno sodišče še ni odločilo¹. V sklepu X DoR 2/2018-3 je vrhovno sodišče dopustilo revizijo glede

¹ Sklep Vrhovnega sodišča X DoR 2/2018-3 z dne 21.11.2017

vprašanja pravne narave odločitve o izbiri direktorja. Vrhovno sodišče bo torej kmalu odločalo o reviziji zoper sodbo, kjer se je sodišče prve stopnje postavilo na stališče, da naj bi moral postopek imenovanja izvesti svet Agencije. Vrhovno sodišče bo seveda morda o tem odločilo drugače.

Gre torej za uzakonitev stališča sodišča prve stopnje, ki se bo morda izkazalo za napačno. Tudi predlagatelj sam se vse do tega predloga zakona ni strinjal z mnenjem upravnega sodišča, da naj bi svet moral izvesti postopek javnega natečaja, saj je izvedel natečaje doslej izvedlo ministrstvo samo in ne svet AVK. Poleg tega je zoper sodbo sodišča prve stopnje predlagatelj vložil revizijo, kjer je zastopal stališča nasprotna tistim v omenjeni sodbi.

Najmanj kar je mogoče ugotoviti je to, da nikakor ne gre za kakšno ustaljeno sodno prakso, kot to zatrjuje predlagatelj. Gre za eno samo odločitev sodišča prve stopnje zoper katero je vloženo pravno sredstvo in kjer je vrhovno sodišče revizijo dopustilo. Očitno je, da vrhovno sodišče meni, da je odločitev upravnega sodišča najmanj dvomljiva. To pa izhaja tudi iz okoliščine, da je vrhovno sodiš

e razveljavilo odločitev upravnega sodišča o začasni odredbi v postopku imenovanja direktorja². Zato je nesmiselno uzakonjevati stanje, ki se bo morda spremenilo. Še posebej ker sama sprememba zakona sploh ni potrebna, ker kot rečeno gre za eno izmed možnih interpretacij obstoječih zakonskih določil, ki mu je sledilo tudi upravno sodišče.

2.2. Določitev razloga za razveljavitev akta o izbiri in akta o imenovanju direktorja, če se s pravnomočno sodno odločbo ugotovijo nezakonnosti postopka, zmotne uporabe materialnega prava, dejanskega stanja ali če se ugotovi, da direktor v času imenovanja ni izpolnjeval pogojev

2.2.1. Ureditev razrešitve in imenovanja regulatorjev v RS

V slovenski zakonodaji je običajno, da direktorje različnih regulatornih organov imenuje in razrešuje državni zbor na predlog vlade. Takšna določila je mogoče najti na primer za imenovanje direktorja Agencije za zavarovalni nadzor³, direktorja Agencije za trg vrednostnih papirjev⁴, direktorja Agencije za komunikacijska omrežja in storitve⁵. Redkeje direktorja imenuje neposredno vlada⁶, kot je to urejeno na primer pri Javni agenciji za civilno letalstvo. V vseh navedenih (in še številnih drugih) zakonih so kot razlog za razrešitev direktorja naštetih razlogi, zelo podobni tistim v dosedanem 12.k členu ZPOMK-1. Gre predvsem za to, da se

² Sklep Vrhovnega sodišča I Up 348/2016

³ 497. člen Zakona o zavarovalništvu (1) Člane strokovnega sveta agencije in direktorja agencije imenuje in razrešuje Državni zbor Republike Slovenije na predlog Vlade Republike Slovenije.

⁴ 477. člen Zakona o trgu finančnih instrumentov: (1) Direktorja agencije in člane sveta agencije imenuje in razrešuje Državni zbor Republike Slovenije na predlog Vlade Republike Slovenije.
(9) Direktor agencije oziroma član sveta agencije je predčasno razrešen z dnem, ko Državni zbor Republike Slovenije ugotovi, da je nastopil eden od razlogov iz 479. člena tega zakona

⁵ 181. člen Zakona o elektronskih komunikacijah: (1) Direktorja agencije imenuje vlada na predlog ministra po predhodno izvedenem javnem natečaju.

185. člen ZEKom: (3) Direktorja razreši vlada na lastno pobudo ali na predlog sveta agencije, če obstajajo razlogi iz prvega in drugega odstavka tega člena.

direktorja razreši, če sam to zahteva, če ne more več opravljati funkcije, če svojih nalog ne opravlja strokovno, če naloge namerno krši ali zanemarja in če ne izpolnjuje pogojev za imenovanje.

V nobenem od naštetih zakonov (in vseh drugih veljavnih v Sloveniji, ki smo jih uspeli pregledati) ni podobnega določila, kot ga sedaj predlaga zakonodajalec. Ravno tako česa podobnega ni v primerjalnih zakonih iz drugih držav (Italija, Hrvaška Madžarska), ki jih predlagatelj sam navaja v svojem predlogu spremembe zakona (na strani 14 in 15 predloga) niti nismo podobnih določil zasledili pri primerjanju zakonov drugih držav članic EU. Določilo predlaganega osmega odstavka 12.h člena je torej unikum v slovenski zakonodaji in tudi v zakonodaji držav članic Evropske unije. Pri vprašanju, kakšen je torej namen takšne povsem specialne ureditve se glede na neuspeh poskus ministrstva, da razreši direktorja Agencija za varstvo konkurence zdi očitno edini logičen zaključek, da je taka posebna ureditev prirejena posebej za konkretnega direktorja konkretne agencije.

Če to drži pa gre pri tem za grob poseg v načelo samostojnosti in neodvisnosti organa za varstvo konkurence, ki bi ga morala vsaka država članica Evropske unije varovati in ščititi, še posebej od uveljavitve Direktive 2019/1 dalje.

2.2.2. Predlog spremembe

Predlog uzakonja razrešitev direktorja, če bi naknadno v sodnem postopku sodišče ocenilo, da je prišlo v postopku imenovanja do kakršnekoli napake v postopku, ugotavljanju dejanskega stanja ali pri uporabi materialnih predpisov.

Predlagatelj s tem povsem po nepotrebnem, v nasprotju s siceršnjo prakso v Republiki Sloveniji in v Evropski uniji odprl izjemno široko polje pravedanja in s tem pravne negotovosti za vsakokratnega direktorja, uslužbenca Agencije, Agencijo kot celoto in posledično vse ostale udeležence trga v Republiki Sloveniji.

Načeloma je odločanje o imenovanju predstojnikov ključnih državnih organov in regulatorjev tipična politična pristojnost najvišjih državnih organov (Vlade, Državnega zbora). Tipična izvolitev ali imenovanje funkcionarja je akt politične volje določenega organa (npr. imenovanje predsednika vlade, ministra) ali »akt politične diskrecije« kot je to na primer v primeru petega odstavka 83. člena ZJU⁷. V takšnih primerih sodno varstvo sploh ni dopustno.

6 179.g člen Zakona o letalstvu: (1) Agencijo vodi, predstavlja in zastopa direktor agencije, ki ga na predlog ministra, pristojnega za promet, na podlagi izvedenega javnega natečaja imenuje vlada za dobo pet let, in je lahko imenovan ponovno.

7 5) Funkcionar oziroma organ, pristojen za imenovanje, lahko na predlog funkcionarja, pristojnega za predlaganje imenovanja, v enem letu od nastopa funkcije razreši generalnega direktorja v ministrstvu, predstojnika vladne službe, generalnega sekretarja v ministrstvu, predstojnika organa v sestavi ministrstva, načelnika upravne enote in direktorja občinske uprave oziroma tajnika občine, ne glede na razloge iz drugega odstavka tega člena. Razrešitev po tem odstavku je ne glede na to, kdaj je funkcionar nastopil funkcijo, možna tudi v enem letu od imenovanja uradnika na položaj.

2.2.3. Pravna narava odločitve o izbiri

V konkretnem primeru vrhovno sodišče še odloča o vprašanju, kakšne narave je ministrova odločitev o izbiri. V zvezi s pravno naravo takšnih odločitev je vrhovno sodišče v več odločitvah ugotovilo, da so v postopku imenovanja nekaterih funkcionarjev akti o izbiri tako imenovani »akti politične diskrecije«⁸. Glede na določila 3. člena ZUS-1 to niso upravni akti in zoper akte politične diskrecije sodno varstvo ni dovoljeno. Če navedeno drži, bo torej vrhovno sodišče v kratkem odločalo o tem, ali je zoper odločitev ministra o izbiri kandidata sploh dovoljeno sodno varstvo. Če bo vrhovno sodišče odločilo, da zoper akt o izbiri direktorja splih ni sodnega varstva, potem je predlagana sprememba povsem nesmiselna. Predlagana sprememba namreč temelji na pomanjkljivostih ugotovljenih v sodnem postopku, ki ga bo vrhovno sodišče morda razglasilo za nedopustnega.

Vrhovno sodišče bo odločalo, ali gre za akt politične diskrecije, ali gre za politično izbiro, ali gre za kaj tretjega ali pa za običajno upravno odločbo, ki mora izpolnjevati pravila upravnega postopka in zoper katero je dopustno pravno varstvo. Glede na naravo obravnavane funkcije, glede na predviden postopek in glede na to, da je vrhovno sodišče dopustilo revizijo glede tega vprašanja, se zdi najbolj verjetno, da bo odgovor, da gre za akt politične diskrecije. To se zdi najbolj logično v delu, kjer minister izmed kandidatov, ki izpolnjujejo pogoje, izbere enega izmed njih. Nobenega dvoma ni, da v tem primeru ne obstaja obveznost ministra, da izmed kandidatov izbere tistega, ki je »najboljši«. Takšna obveznost bi namreč zahtevala postopek ugotavljanja sposobnosti in usposobljenosti vseh kandidatov (npr. pisanje testa, ustno izpraševanje, ocenjevanje dosedanjih objavljenih člankov, akademskega dela in podobno). Nato pa na tej podlagi še izdelavo ustrezno obrazložene odločbe, kjer bi ostali kandidati v sodnem postopku lahko izpodbijali odločitev o izbiri ministra. Zgolj tak postopek bi omogočil primerno pravno varstvo kandidatov. Ker takega postopka ne predvideva veljaven zakon niti predlagana novela, ostane edini možni zaključek, da je izbira (enega od kandidatov, ki izpolnjujejo pogoje) akt politične izbire. Zoper takšne akte pa kot rečeno sodno varstvo ni dopustno.

2.2.4. Vloga Državnega zbora, kot najvišjega demokratično izvoljenega organa v Republiki Sloveniji

Akt o izbiri enega izmed kandidatov, je zgolj prvi v verigi »aktov politične diskrecije« zoper katere ni sodnega varstva. V postopku imenovanja sodelujeta nato še vlaga in državni zbor. Pri tem je povsem jasno, da ne obstaja obveznost vlade, da predlaganega kandidata ali kogarkoli drugega predlaga v imenovanju državnemu zboru in ne obveznost državnega zbora, da predlaganega kandidata tudi imenuje. Poanta te ugotovitve je seveda v tem, da ni mogoče govoriti o kakšni pravici do izbire katerega koli od kandidatov, ki izpolnjujejo pogoje, saj je vendar parlament tisti, ki direktorja imenuje ali pa njegovo imenovanje zavrne, in to brez dvoma brez kakršnihkoli obrazložitev in pravnih sredstev.

Ker direktorja Agencije za varstvo konkurence **imenuje najvišji demokratično izvoljeni organ v Republiki Sloveniji in ker za takšno imenovanje ni potrebna obrazložitev in zoper takšno imenovanje ni pravnega sredstva**, je s tem direktorju Agencije podeljena najvišja stopnja demokratične legitimnosti, saj imenovanje opravijo poslanci kot neposredno, tajno in demokratično izvoljeni predstavniki ljudstva in ne morda kakšna izbirna komisija, svet

⁸ Sklep Vrhovnega sodišča X Ips 24/2016 z dne 29.8.2018

agencije. Imenovanje v državnem zboru naj bi direktorju dajalo najvišjo stopnjo legitimnosti. Udeležencem trga, potrošnikom, Agenciji, direktorju, uslužbencem agencije in vsem ostalim prizadetim pa najvišjo stopnjo pravne gotovosti v zvezi z delovanjem organa pristojnega za varstvo konkurence. Imenovanje direktorja Agencije za varstvo konkurence v državnem zboru je Republika Slovenija predstavila kot enega izmed pomembnih orodij za zagotovitev neodvisnosti delovanja organa za varstvo konkurence Evropski uniji in njenim članicam⁹.

S predlaganim zakonom pa bo zakonodajalec opisane pozitivne posledice imenovanja v Državnem zboru izničil. Povsem vseeno bo, da direktorja imenuje državni zbor, če pa bodo lahko njegovo imenovanje razveljavili zaradi pomote kateregakoli uradnika na ministrstvu, pri vladi, pri Agenciji ali kje drugje. Imenovanje direktorja bo postalo pravno »šibkejše« kot izbira kateregakoli javnega uslužbenca, ki ga v delovno razmerje izbere direktor kakšnega centra za socialno delo ali na primer urada za meroslovje.

S tem ko predlagatelj odpira možnost za razveljavitev akta o izbiri in akta o imenovanju, zaradi kakršnihkoli napak v postopku izbire, bo torej vloga državnega zbora povsem relativizirana. Državni zbor nima nobenega vpogleda v vodenje postopka javnega natečaja in nobenega vpliva na njegovo vodenje. Ravno tako nima vpliva na postopek izbire, ki ga opravi minister in nima nobenega vpliva na odločitev vlade, ki direktorja predlaga državnemu zboru. Kakršnakoli napaka pri odločanju treh predhodno udeleženih organov tako povzroči, da se bi odločitev državnega zbora razveljavila. Predlagana ureditev je državnemu zboru v posmeh, saj mu odvzame še vlogo t.i. »negativnega« odločevalca (ki svojo voljo lahko uveljavi z zavrnitvijo predlaganih kandidatov). Njegovo voljo bi izničila katerakoli postopkovna ali drugačna napaka kateregakoli uradnika, ki bo sodeloval pri izbiranju. Vloga bo razvrednotena na nivo birokratskega organa, ki pač mora pritisniti štampljko na odločitve drugih.

Če naj ima odločitev najvišjega demokratično izvoljenega organa v državi kakršenkoli smisel, potem takšne odločitve ne bi smelo biti mogoče razveljaviti zaradi kakšnih pomanjkljivosti v postopku, kot je domnevno pomanjkljiva obrazložitev odločitve ministra o izbiri ali pa, če je natečaj razpisal en ali drugi organ.

2.2.5. Postopkovne napake v nobenem zakonu niso nujno razlog za razveljavitev odločitev

Celo v vseh postopkovnih zakonih (ZPP, ZKP, ZUS-1, ZUP), ki obsežno in celovito urejajo vodenje določenega sodnega ali upravnega postopka, je predvidena delitev na tako imenovane relativne in absolutne kršitve postopka. Absolutne so tiste, ki avtomatično pripeljejo do ugoditve pritožbi, relativne pa tiste, kjer je treba za ugoditev pritožbi dokazati, da je določena kršitev zakonskih določil o postopku privedla do vsebinsko napačne odločitve¹⁰. Absolutnih kršitev je praviloma nekaj (npr. 11 v ZKP¹¹) vse ostale (ki bi jih je glede na število členov teh zakonov lahko bilo morda nekaj sto) pa so relativne in mora stranka vsakokrat posebej dokazati, da je (sicer storjena) kršitev privedla do napačne in nezakonite odločitve organa. V navedena pravila je implicitno vgrajena ugotovitev, da je vodenje postopka zahtevna naloga s kompleksnimi pogosto nejasnimi pravili, kjer so zelo hitro mogoče različne

⁹ Iz časa pred tem je splošno je znan rek enega izmed prejšnjih direktorjev Urada za varstvo konkurence (ki ga je imenovala vlada), da ima službo do prihodnjega četrтка, ko ima sejo vlada RS...

¹⁰ Npr.: 339. člen ZPP

¹¹ 371. člen ZKP

interpretacije. Zato so samo najpomembnejše kršitve postopka tiste, ki privedejo do razveljavitev odločitev organov.

V primeru predlaganega zakona pa ni tako. Vsaka kršitev postopka bo nujno pripeljala do razveljavitve imenovanja direktorja, četudi na zakonitost izbire in imenovanja sploh ne bi vplivala. Gre za postopek imenovanja, ki je urejen z nekaj stavki in se zdi povsem enostaven, pa je kljub temu že pri enem samem sodno preizkušenem postopku imenovanja prišlo do več različnih interpretacij pravil imenovanja (najmanj interpretacija ministrstva in interpretacija sodišča).

Pri tem pa izvedba natečaja (ki je bila povod za predlagano ureditev) pomeni pravzaprav zgolj in samo odločitev o vsebini javnega razpisa, ki vsebuje zakonsko določene pogoje za imenovanje na mesto direktorja, rok v katerem naj bi se kandidati prijavi in kam naj bi poslali gradivo. Res se zdi povsem nepomembno, ali bi tak postopek izvedel svet ali pa ministrstvo in je s tega vidika težko razumeti, kaj je upravno sodišče pravzaprav ocenilo kot domnevno nezakonito do te mere, da se je odločilo odločbo o izbiri razglasiti za nezakonito.

Morebitno sprejetje zakona bo torej imelo glavno posledico, da bo izničen učinek dokončnosti in pravne gotovosti imenovanje direktorja v državnem zboru. Vsakokratno imenovanje direktorja bo podvrženo nekajletnemu preizkušanju zakonitosti postopka in vsebine njegovega imenovanja. Vsakokrat ko bo imenovan, bo torej nastopilo nekajletno obdobje v katerem bo njegovo imenovanje negotovo, kar bo gotovo zelo negativno vplivalo na delovanje državnega organa.

2.3. Direktiva 2019/1

Evropski svet in parlament sta sprejela Direktivo EU 2019/1 o krepitvi vloge organov držav članic, pristojnih za konkurenco, da bodo učinkoviteje uveljavljali pravila konkurence in o zagotavljanju pravičnega delovanja notranjega trga.

V uvodnih ugotovitvah omenjene direktive je tako navedeno, da nacionalno pravo številnim nacionalnim organom za varstvo konkurence preprečuje, da bi imeli potrebna jamstva za neodvisno delovanje, vire ter pooblastila za uveljavljanje pravil konkurence in izrek glob, s katerimi bi lahko pravila konkurence učinkovito uveljavljali. To slabi njihovo zmožnost za učinkovito uveljavljanje

lenov 101 in 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije ter za uporabo nacionalnega konkurenčnega prava. Zaradi tega organi morda sploh ne morejo ukrepati ali pa so njihovi ukrepi za uveljavljanje pravil konkurence omejeni. Ker veliko organov nima jamstev za neodvisno delovanje, virov ter pooblastil za uveljavljanje pravil konkurence in izrek glob, so izidi postopkov za podjetja, ki so udeležena pri teh protikonkuren

nih ravnanjih, lahko zelo razli

ni in so odvisni od države

lanice, v kateri ta podjetja poslujejo. Morda se zanje pravila iz

lenov 101 in 102 PDEU ne bodo uveljavljala ali pa bo uveljavljanje neučinkovito.

Slovenija je članica v kateri je uveljavljanje pravil varstva konkurence med najbolj neučinkovitimi, če ne najbolj neučinkovito. Glede na javno dostopne podatke je bilo v Sloveniji od leta 1993 odkar obstaja organ za varstvo konkurence pravnomočno izrečenih in plačanih manj kot en milijon evrov glob. Očitno je, da je kršenje pravil varstva konkurence za udeležence trga bolj smotrno, saj je verjetnost, da jih bo doletela resna globa zanemarljiva.

S predlagano zakonodajno spremembo se bo neodvisnost in s tem učinkovitost organa za varstvo konkurence še bolj zmanjšala. Jasno je, da predlagana sprememba cilja v razrešitev konkretne osebe, iz razlogov, ki niso povezani z zagotavljanjem zakonitosti in neodvisnosti delovanja Agencije za varstvo konkurence. Ključno sporočilo omenjenega zakona je v tem, da bo vsakokratna oblast neposlušnega direktorja zamenjala, če je treba tudi tako, da bo za ta namen spremenila zakon, razloge za razrešitev v zakonu prilagodila konkretnim okoliščinam in na to mesto postavila nekoga ubogljivega. V konkretnem primeru je še posebej absurdno to, da gre za direktorja, ki ga je imenoval državni zbor na predlog konkretnega ministra, ki je enkrat že ugotovil, da izpolnjuje pogoje in ki je predlagal njegovo imenovanje. Po sprejetju neugodne odločitve pa se ga na vsak način, z javnim pozivanjem, z začetkom postopka razrešitve in sedaj še s spremembo zakona, skuša znebiti.

Določila zakona in mednarodne zaveze Slovenije o zagotavljanju neodvisnosti organa za varstvo konkurence in na splošno o izvajanju kakršnekoli učinkovite politike preprečevanja omejevanja konkurence, so v teh okoliščinah zgolj floskule.

2.4. Predlog

Vlagatelj zato predlagam, da naj predlagatelj te ugotovitve upošteva in predlagane spremembe umakne oziroma jih prilagodi drugim postopkom imenovanja in razreševanja zastopnikov regulatorjev trga v Sloveniji in Evropi. Podrejeno pa predlagam, da naj zakonodajno spremembo odloži najmanj do odločitve Vrhovnega sodišča RS v zadevi DoR 2/2018 s katero je bila dopuščena revizija zoper domnevno oblikovano sodno prakso.

3. Spremenjen postopek preiskave (6. člen)

Predlog 6. člena spremembe zakona med drugim določa, da agenciji v primeru, ko pridobi odredbo sodišča za preiskavo, ni treba izdati še sklepa o uvedbi postopka, ker se odredba za preiskavo šteje za sklep za uvedbo postopka.

Sklep o uvedbi postopka ureja 24. člen ZPOmK-1, ki določa, da sklep vsebuje opis dejanja, ki je razlog za uvedbo postopka, določbe zakona za katere je izkazana verjetnost kršitve in obrazložitev razlogov za uvedbo postopka. Izvleček tega sklepa Agencija objavi na svoji spletni strani. Izvleček vsebuje navedbo strank, kratko navedbo razlogov za uvedbo postopka in poziv zainteresiranim, da Agenciji pošljejo podatke, ki bi bili pomembni za odločitve.

Predlagana ureditev (da je odredba o preiskavi hkrati tudi sklep o začetku postopka) se zdi sistemsko slabo preišljena predvsem iz naslednjih razlogov. Sklep o uvedbi postopka je akt s katerim Agencija za varstvo konkurence formalno začne postopek upravnega nadzora. Gre za avtonomno upravno odločitev organa za varstvo konkurence, v katerem opiše očitano ravnanje in ustrezno obrazloži svoje stališče o razlogih za začetek postopka. Z objavo o tem nato tudi seznanijo najširšo javnost. Sklep o uvedbi postopka ima torej pomembno vlogo, saj podjetju v postopku in drugim pojasni očitke in razloge za uvedbo tega postopka. Tako podjetju omogoči pripravo obrambe in drugim podjetjem, da prilagodijo svoje poslovanje glede na tekoči postopek.

Pomembno je, da gre za akt organa, ki je dejansko začel postopek, ki bo vodil postopek in bo na koncu tudi odločil o kršitvi. Odredbo za izvedbo preiskave pa izda povsem drug organ

v drugačnem postopku, z drugačno obrazložitvijo in z drugačnim namenom. Pri tem lahko sodišče kot relevantna ali kot verjetna oceni druga dejstva kot pa Agencija za varstvo konkurence. Predlagatelj poudarja, da sedanja ureditev, ko ni pravnega sredstva zoper zavrnitev predloga za preiskavo »zavira razvoj upravne ter sodne prakse in jasnost ter določnost kriterijev, ki so upoštevni pri preiskavi omejevalnih ravnanj, kar pogosto vključuje presojo kompleksnih vprašanj konkurenčnega prava, ki pa niso kazenske narave. Tako prihaja do primerov, ki odstopajo od ustaljene prakse, v presojo pa se vnašajo elementi, ki po svoji naravi niso del konkurenčnega prava«. Iz navedenega neposredno izhaja, da prihaja pri odločanju Agencije in okrožnega sodišča do bistvenih razhajanj. To pa je pomembno za udeležence trga v Sloveniji. Očitno je zelo verjetno, da bo med obrazložitvijo sodišča v odredbi o preiskavi in med dejanskim mnenjem Agencije za varstvo konkurence lahko bistvena razlika. Kot rečeno pa je Agencija, tista, ki bo o kršitvi na koncu odločila in je za udeležence trga ključno, da se seznanijo z miselnim tokom ljudi, ki delajo na Agenciji. Okrožno sodišče namreč v postopku nima popolnoma nobene druge pristojnosti razen izključno odločitev o odredbi o preiskavi.

Poleg tega se zdi sistemsko vprašljiva in nesmiselna ureditev, da naj bi se odredba o izvedbi hišne preiskave enega (sodnega) organa štela za sklep o uvedbi postopka nekega drugega (upravnega) organa. Uvedba in vodenje postopka zaradi kršitev pravil konkurence pač sodi v pristojnost Agencije za varstvo konkurence in ne kakega drugega organa, vključno s sodiščem. Predlagana ureditev vnaša nepotrebno negotovost in zato predlagamo, da se ta ureditev opusti.

4. Uvedba enotnega gospodarskega subjekta (bodoči 53.d člen)

V 53.d členu zakon uvaja pojem enotnega gospodarskega subjekta, ki se mu določi enotna kazen in solidarna odgovornost za plačilo administrativne sankcije. Bistvena vsebina določila je v tem, da se pravnim osebam enotnega gospodarskega subjekta za administrativni prestopok iz prejšnjega člena naloži enotna denarna kazen. Vendar pa ne v tem in tudi ne v kakšnem drugem od določil zakona ni opredelitve, kaj je to enotni gospodarski subjekt.

V obrazložitvi predlagatelj pojasnjuje, da pojem enotnega gospodarskega subjekta izhaja iz sodne prakse evropskega sodišča, na kar se tudi sklicuje na primer v opombi številka 19. V zvezi s tem pojasnjuje, da je presoja o tem, ali je hčerinska družba odvisna od družbe matere ali ne, dejansko vprašanje, za presojo katerega se v praksi uporablja kriterij pravne povezanosti in dejanskega izvrševanja.

Ker gre izključno za evropsko sodno prakso in ker sodišča v Sloveniji praviloma sledijo zgolj dokaj jasnim zakonskim napotilom, bi bilo vsekakor smiselno v zakon dodati opredelitev pojma enotnega gospodarskega subjekta. Glede na besedilo zakona in predloga, naj bi tak enoten subjekt predstavljal vse osebe znotraj enotnega sistema upravljanja. Brez takšne opredelitve se zdi zelo velika negotovost glede tega, katere osebe znotraj določenega konglomerata naj bi sodila v enoten gospodarski subjekt.

5. Administrativni prestopok in kaznivo dejanje (53.h člen)

V primeru, če bi prišlo do obsodbe v kazenskem postopku zaradi kaznivega dejanja iz 225. člena Kazenskega zakonika, je agencija vezana na obsodilno sodbo glede obstoja kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti storilca. V tem primeru agencija ne izreče sankcije za

administrativni postopek iz 53.č člena tega zakona. Če teče kazenski postopek, se postopek administrativnega sankcioniranja ne vodi.

Določilo 225. člena Kazenskega zakonika predpisuje, da kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti v nasprotju s predpisi, ki urejajo varstvo konkurence, krši prepoved omejevalnih sporazumov med podjetji, zlorabi prevladujoči položaj enega ali več podjetij ali ustvari prepovedano koncentracijo podjetij in s tem prepreči ali pomembno ovira ali izkrivlja, kar ima za posledico veliko premoženjsko korist za to podjetje ali za ta podjetja ali veliko premoženjsko škodo za drugo podjetje, se kaznuje z zaporem od šestih mesecev do petih let.

Republiki Sloveniji se sploh še nikoli ni začel kak kazenskih postopek zaradi tega kaznivega dejanja, še manj pa je prišlo do obsodbe zaradi njega. Govorimo zato o bolj teoretičnih vprašanjih, vseeno za primer, da bi do postopka prišlo, pa je treba ugotoviti, da je za to kaznivo dejanje zagrožena kazen od šestih mesecev do petih let. Glede na sodno prakso kazenskih sodišč v Sloveniji je ob upoštevanju verjetnih okoliščin (npr. oseba še ni bila predkaznovana, ni drugih postopkov, časovna oddaljenost...) daleč najbolj verjetno, da bi v primeru obsodbe fizične osebe prišlo do pogojne zaporne kazni, ali pa relativno kratke zaporne kazni, ki bi jo obsojenec lahko odslužil bodisi na odprtem oddelku ali pa celo na drug način (npr. na podlagi Zakona o probaciji). Če bi hkrati prišlo tudi do obsodbe pravne osebe pa bi ta morala plačati denarno kazen, ki ne sme biti manjša od 10.000 evrov in ne višja od 1.000.000 evrov (13. člen Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja). Sodišča pri tem upoštevajo resnost kaznivega dejanja in je zato verjetnost izreka maksimalne denarne kazni zanemarljiva. Ravno tako vsaj po znanih podatkih v Sloveniji v okviru kazenskega postopka še ni prišlo do odvzema premoženja ali prenehanja pravne osebe.

S predlagano ureditvijo se torej postavlja položaj, ko bo za kršitelja konkurence praviloma bolj ugodno, če bi v njegovi zadevi prišlo do kazenske obsodbe. V postopku zaradi administrativne sankcije bi namreč lahko pravni osebi naložili do 10 odstotkov letnega prometa, kar je lahko vsaj v pomembnejših primerih bistveno več kot 1 milijon evrov. Odgovorna fizična oseba bi sicer v tem primeru dobila kakšno milejšo kazensko sankcijo, vendar pa se bi kršitelj izognil plačilu visoke denarne kazni zaradi administrativne sankcije. Če bi prišlo do obsodbe pravne osebe pa je verjetnost izreka primerljivo visoke denarne kazni ali odvzema premoženje pravne osebe zanemarljiva, saj vsaj v dosedanji sodni praksi takšnih primerov še ni bilo.

6. Predlog

Vlagatelj na podlagi navedenega predlagatelju zakona predlagam, da naj zgornje pripombe preuči in jih upošteva.

S spoštovanjem,

V Ljubljani, dne 5.3.2019

ANDREJ KRAŠEK
ODVETNIK