



PRAVNO MNENJE O USTAVNOSTI DRUGEGA ODSTAVKA 112. ČLENA IN 305. ČLENA PREDLOGA ZAKONA O ELEKTRONSKIH KOMUNIKACIJAH (ZEKom-2)

- Naročnik:** Huawei Technologies Ljubljana d.o.o.
Železna cesta 14
1000 Ljubljana
- Izvajalec:** Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani
Poljanski nasip 2
1000 Ljubljana
- Avtor:** dr. Rajko Pirnat, redni profesor na Pravni fakulteti v Ljubljani in
direktor IJU

dr. Bruna Žuber, docentka na Pravni fakulteti v Ljubljani,
strokovna sodelavka IJU
- Datum:** Ljubljana, 2. 10. 2020

Kazalo

1. Uvod.....	3
2. Ustavnost določbe drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2.....	3
2.1 Besedilo 112. člena predloga ZEKom-2	3
2.2 Pravne podlage sprememb, predvidenih v VIII. poglavju predloga ZEKom-2....	4
2.3 Skladnost določbe drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 z drugim odstavkom 120. člena Ustave RS.....	6
2.4 Skladnost določbe drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 s 74. členom Ustave RS.....	8
3. Ustavnost določbe 305. člena predloga ZEKom-2	10
3.1 Besedilo 305. člena predloga ZEKom-2	10
3.2 Ustavnopravna spornost določbe 305. člena predloga ZEKom-2.....	11
4. Sklep	14

1. Uvod

Dne 18. 9. 2020 nam je naročnik naročil izdelavo pravnega mnenja o ustavnosti drugega odstavka 112. člena in 305. člena predloga Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2).

Vprašanja, ki jih po posameznih vsebinsko zaključenih sklopih obravnava to mnenje, so naslednja:

1. Vprašanje ustavnosti določbe drugega odstavka 112. člena predloga Zakona o elektronskih komunikacijah (v nadaljevanju predlog ZEKom-2).

V tem okviru se bomo analizirali skladnost drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 z drugim odstavkom 120. člena Ustave RS (načelo legalitete) in s 74. členom Ustave RS (podjetništvo).

2. Vprašanje ustavnosti določbe 305. člena predloga ZEKom-2, ki je z določbo drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 neposredno povezana.

Pri tem vprašanju se bomo posebej izčrpno opredelili do skladnosti navedene določbe s 74. in 2. členom Ustave RS (podjetništvo).

2. Ustavnost določbe drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2

2.1 Besedilo 112. člena predloga ZEKom-2

Določba 112. člena predloga ZEKom-2 je uvrščena v VIII. poglavje predloga ZEKom-2 o varnosti omrežij in storitev ter delovanju v izjemnih stanjih in je naslovljena kot »varnost omrežij in storitev«.

Besedilo 112. člena predloga ZEKom-2 se glasi:

»112. člen (varnost omrežij in storitev)

(1) Operaterji morajo sprejeti ustrezne in sorazmerne tehnične ter organizacijske ukrepe za ustrezno obvladovanje tveganja za varnost omrežij in storitev, zlasti zaradi preprečevanja in zmanjševanja učinkov varnostnih incidentov na uporabnike ter na druga omrežja in storitve. Sprejeti ukrepi, vključno s šifriranjem, kadar je to primerno, morajo ob upoštevanju stanja zagotoviti raven varnosti, primerno predvidenemu tveganju.

(2) Operaterji mobilnih komunikacijskih omrežij pri ugotavljanju predvidenih tveganj iz prejšnjega odstavka upoštevajo tudi tveganja, ki izhajajo iz odnosov in dogovorov z dobavitelji informacijskih sistemov in omrežne opreme (v nadaljnjem besedilu: dobavitelj) ter tveganja, ki izhajajo iz storitev podpore tretje ravni, ki jo zagotavljajo pogodbene stranke operaterjev mobilnih komunikacijskih omrežij. Operater mobilnih komunikacijskih omrežij izvaja oceno tveganja za posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni. V to oceno tveganja vključi vsa relevantna tveganja, vključno s tveganji povezanimi z lastništvom, dobavo, kakovostjo in transparentnostjo inženirskih praks in varnostnih kontrol dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, z vidika neprekinjenega

poslovanja ter ob hkratnem upoštevanju morebitnih nacionalno varnostnih omejitev in usmeritev vlade, ki jih ta določi s sklepom. Pred izbiro dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, ki ima sedež izven držav članic Evropske unije, mora operater mobilnih komunikacijskih omrežij pridobiti predhodno soglasje vlade.

(3) Vlada lahko z uredbo zaradi potreb nacionalne varnosti oziroma zaradi izvajanja koordiniranega pristopa držav članic EU obveznosti iz prejšnjega odstavka razširi tudi na druge operaterje.

(4) Med ukrepe iz prvega odstavka spada tudi sprejem, izvajanje in spremljanje ustreznega varnostnega načrta, ki ga operater določi kot poslovno skrivnost. Operaterji morajo redno izboljševati varnostni načrt in pripadajoče ukrepe.

(5) Varnostni načrt zajema najmanj:

1. opredelitev vseh varnostnih tveganj znotraj operaterja, kakor tudi tistih zunaj operaterja, ki lahko ogrozijo delovanje javnega komunikacijskega omrežja oziroma lahko motijo delovanje javno dostopnih elektronskih komunikacijskih storitev, ki jih ta operater ponuja,
2. opredelitev verjetnosti dogodka za vsa varnostna tveganja iz prejšnje točke,
3. opredelitev stopnje negativnih učinkov in posledic za delovanje javnega komunikacijskega omrežja, in za javno dostopne komunikacijske storitve za vsa varnostna tveganja iz prve točke,
4. opredelitev ustreznih varnostnih ukrepov in priprava načrta obravnavanja tveganj, vključno z določitvijo varnostnih kontrol in ciljev, za zmanjšanje verjetnosti za nastop varnostnega incidenta,
5. opredelitev ukrepov in načrtov za zmanjšanje negativnih učinkov in omilitev posledic varnostnega incidenta,
6. opredelitev ustreznega načina organiziranja varnosti znotraj operaterja, katerega integralni del je varnost omrežja, informacijskega sistema in fizično varovanje objektov in naprav,
7. opredelitev ustreznega načina zagotovitve kadrovske zasedbe na ključnih delovnih mestih pri operaterju, ki se poklicno ukvarjajo z varnostjo,
8. opredelitev načina rednega preverjanja skladnosti izvajanih ukrepov in postopkov s tistimi, ki so opisani v varnostnem načrtu.

(6) Obveznost opredelitve vseh varnostnih tveganj iz 1. točke prejšnjega odstavka za operaterje mobilnih komunikacijskih omrežij zajema tudi tveganja, ki lahko ogrozijo delovanje elektronskega komunikacijskega omrežja, ki ni javno, oziroma lahko motijo delovanje elektronskih komunikacijskih storitev, ki niso javna, če operater z s takšnimi omrežji upravlja za potrebe kritične infrastrukture določene v skladu z zakonom, ki ureja kritično infrastrukturo (v nadaljnjem besedilu: kritična infrastruktura), za izvajalce bistvenih storitev, določene v skladu z zakonom, ki ureja informacijsko varnost (v nadaljnjem besedilu: izvajalci bistvenih storitev), za organe državne uprave, določene v skladu z zakonom, ki ureja informacijsko varnost (v nadaljnjem besedilu: organi državne uprave) in za ključne dele nacionalno varnostnega sistema.«

V zgornjem besedilu je posebej označena določba drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2, o ustavnosti katere podajamo naše pravno mnenje v točkah 2.3 in 2.4 tega pravnega mnenja.

2.2 Pravne podlage sprememb, predvidenih v VIII. poglavju predloga ZEKom-2

Iz obrazložitve predloga ZEKom-2 (EVA 2019-3130-0004) izhaja, da predlog VIII. poglavja predloga ZEKom-2 ohranja strukturo in delno tudi vsebino VII. poglavja ZEKom-1 (Varnost omrežij in storitev ter delovanje v izjemnih stanjih). Glavnina sprememb je po navedbah predlagatelja posledica sprememb regulativnega okvira ter implementacije ukrepov, predvidenih s Sporočilom Evropske komisije »Varna uvedba tehnologije 5G v EU – izvajanje nabora orodij EU« (v nadaljevanju »Sporočilo Evropske komisije«). Predlagatelj pri tem v obrazložitvi predloga ZEKom-2 ne navede pravne podlage za dolžnost implementacije ukrepov, predvidenih s Sporočilom Evropske komisije.

Po svoji pravni naravi sporočila v pravnem redu Evropske unije uvrščamo med ti. »soft law« ali »mehko pravo«, kamor sodijo še priporočila, mnenja, obvestila, bela knjiga, zelena knjiga itd. Sporočila so nezavezujoči akti in nimajo neposrednega učinka. Države članice torej vsebin sporočil niso zavezane prenašati v nacionalne pravne rede, tako kot to npr. velja za direktive. Sporočila imajo lahko kvečjemu posredne pravne učinke kot pripravljalni, informativni, razlagalni ali usmerjevalni akt. To je mogoče razumeti iz zadeve ECJ C-322/88 (Grimaldi), kjer je sodišče zavzelo stališče, da ima lahko priporočilo, ki je ravno tako kot sporočilo soft law, določene posredne učinke, in sicer take, da je treba nacionalno zakonodajo, če se le da, razlagati v duhu nezavezujočega akta.

Ne iz predloga ZEKom-2 ne iz njegove obrazložitve v ničemer ne izhaja, da bi predlagatelj vsebino 112. člena predloga ZEKom-2 določal zaradi cilja razlage že veljavne nacionalne zakonodaje v duhu Sporočila Evropske komisije kot nezavezujočega akta. Predlagatelj ZEKom-2 je vsebino drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 določil povsem na novo.

Tudi, če bi se postavili na stališče, da morajo države članice implementirati ukrepe, predvidene s Sporočilom Evropske komisije (za kar, kot pojasnjeno zgoraj, ni nobene podlage), ugotavljamo, da Sporočilo Evropske komisije na nobenem mestu ne nalaga državam članicam, da bi:

- morale vlade držav članic s podzakonskim predpisom določiti morebitne nacionalne varnostne omejitve in druge usmeritve, ki bi jih morali pri oceni tveganja za varnost omrežij in storitev za posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni upoštevati operaterji mobilnih komunikacijskih omrežij;
- moral operater mobilnih komunikacijskih omrežij pred izbiro dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni pridobiti predhodno soglasje vlade države članice.

Sklenemo torej lahko, da je v zgornjih alinejah našteje obveznosti predlagatelj v predlog drugega odstavka 112. člena ZEKom-2 določil sklicujoč se na implementacijo ukrepov iz Sporočila Evropske komisije (to izrecno izhaja iz obrazložitve predloga ZEKom-2, glej str. 35), pri čemer je treba poudariti, da iz samega Sporočila Evropske komisije tovrstne obveznosti sploh ne izhajajo.

Predlagatelj se v obrazložitvi predloga drugega odstavka 112. člena ZEKom-2 sklicuje tudi na Nabor orodij EU za kibernetično varnost tehnologije 5G (v nadaljnjem besedilu Nabor orodij EU), ki ga je pripravila in dne 29. 1. 2020 objavila Skupina za sodelovanje na področju varnosti omrežij in informacij. Predlagatelj v zvezi s tem navaja, »da Nabor orodij EU določa in opisuje niz strateških in tehničnih ukrepov ter ustrezne podporne dejavnosti za krepitev njihove učinkovitosti, ki bi jih bilo mogoče uvesti za zmanjšanje ugotovljenih tveganj. V njem so obravnavana vsa tveganja infrastruktur za omrežje 5G, ki so bila na podlagi zadevnih nacionalnih ocen tveganj ugotovljena v predhodnem Poročilu o usklajeni oceni tveganj Skupine za sodelovanje.« Komisija je po mnenju predlagatelja ZEKom-2 Nabor orodij EU podprla in poudarila njegov pomen ter čimprejšnjo implementacijo v njem predvidenih ukrepov s strani držav članic s sprejemom že zgoraj obravnavanega Sporočila Evropske komisije. Tudi če bi šteli, da iz Sporočila Evropske komisije izhaja načelna

podpora Naboru orodij EU, opozarjamo, da dokument Nabor orodij EU ne predstavlja zavezujočega pravnega akta, ki bi imel neposredni učinek ali ki bi ga bilo treba zaradi njegovih pravnih učinkov čim prej implementirati v posameznih državah članicah Evropske unije, tako kot skuša to prikazati predlagatelj ZEKom-2 v obrazložitvi predloga zakona.

Predlagatelj ZEKom-2 na podlagi veljavnega pravnega reda Evropske unije in našega nacionalnega pravnega reda ni imel dolžnosti implementacije ukrepov, ki naj bi izhajali iz Sporočila Evropske komisije oziroma iz Nabora orodij EU. V izhodišču je sicer sprejemljivo in dopustno, da predlagatelj zakona v državi članici preveri vsebin nezavezujočih pravnih aktov Evropske unije na področju, ki ga želi pravno normirati, nesprijemljivo pa je, da sklicujoč se na implementacijo vsebin nezavezujočih pravnih aktov Evropske unije v nacionalni pravni red predlaga sprejetje zakonskih določb, ki so v nasprotju z Ustavo RS. Da gre pri drugem odstavku 112. člena predloga ZEKom-2 (posledično pa tudi pri določbi 305. člena ZEKom-2) prav za ta primer, bo pojasnjeno v nadaljevanju.

2.3 Skladnost določbe drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 z drugim odstavkom 120. člena Ustave RS

Drugi odstavek 120. člena Ustave določa, da upravni organi opravljajo svoje delo samostojno v okviru in na podlagi ustave in zakonov. Drugi odstavek 120. člena Ustave ureja načelo zakonitosti delovanja uprave ali legalitetno načelo. Poleg načela zakonitosti ureja ta določba tudi zahtevo po samostojnosti delovanja uprave. Obe načeli v medsebojni povezanosti zagotavljata razmerje med zakonodajno in izvršilno vejo oblasti, ki je skladno z načelom delitve oblasti (drugi odstavek 3. člena Ustave RS).¹ Temeljna vsebina drugega odstavka 120. člena Ustave je zahteva po vsebinski vezanosti uprave na ustavo in zakon pri njenem delovanju. Vsebinska vezanost zagotavlja tako razmerje med zakonodajno in izvršilno vejo oblasti, v katerem je izvršilna veja oblasti vezana na temeljne odločitve zakonodajne veje oblasti, kar v vsebinskem smislu pomeni vezanost uprave na zakon. S tem je zagotovljeno ravnotežje med tema dvema vejama oblasti, v katerih ima ena neposredne vzvode izvrševanja oblasti, druga pa sprejema temeljne odločitve, kako se ti vzvodi uporabljajo.²

V 87. členu Ustave RS je določeno, da lahko pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb Državni zbor določa le z zakonom. Ta določba ne pomeni le opredelitve zakonodajne pristojnosti Državnega zbora, pač pa tudi ustavno omejitev, da lahko originarno ureja pravice in obveznosti posameznikov in pravnih oseb le zakon.³ Načelo zakonitosti delovanja uprave (drugi odstavek 120. člena Ustave) tako zagotavlja, da se posamezniki in pravne osebe z bistvenimi elementi svojega pravnega položaja lahko seznanijo že iz zakona in da lahko zaupajo, da podzakonski predpisi ne bodo posegali v te bistvene elemente, posamični akti državnih organov pa bodo ta bistvena upravičenja zagotavljali oziroma tudi varovali.⁴ Načelo zakonitosti je nadalje povezano z drugim odstavkom 15. člena Ustave RS, ki določa,

¹ Tako Pirnat, v: Avbelj (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije (I. knjiga), 2019, str. 635.

² Ibid.

³ Odločba Ustavnega sodišča RS št. U-I-40/96 z dne 3. 4. 1997, tč. 13.

⁴ Tako Pirnat, v: Avbelj (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije (I. knjiga), 2019, str. 636.

da je mogoče predpisovati način uresničevanja človekovih pravic in svoboščin z zakonom, kadar tako določa ustava ali če je to nujno zaradi narave pravice oziroma svoboščine. Tretji odstavek 15. člena Ustave RS pa na drugi strani ureja možnost omejevanja človekove pravice in svoboščine, pri čemer je to dopustno, če je to potrebno zaradi varstva pravic drugih in če tako določa Ustava RS. Ključno za predmetno pravno mnenje je, da ne glede na to, ali gre za omejevanje ali za predpisovanje načina uresničevanja človekove pravice ali svoboščine, je eno ali drugo mogoče le z zakonom.

V drugem odstavku 112. člena predloga ZEKom-2 je z vidika ustavnega načela legalitete (drugi odstavek 120. člena Ustave) ključen del, ki predpisuje:

»Operater mobilnih komunikacijskih omrežij izvaja oceno tveganja za posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni. V to oceno tveganja vključi vsa relevantna tveganja, vključno s tveganji povezanimi z lastništvom, dobavo, kakovostjo in transparentnostjo inženirskih praks in varnostnih kontrol dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, z vidika neprekinjenega poslovanja ter ob hkratnem upoštevanju morebitnih nacionalno varnostnih omejitev in usmeritev vlade, ki jih ta določi s sklepom.«

Kot prvo je treba opozoriti, da iz predlaganega zakonskega besedila ni mogoče z gotovostjo ugotoviti, pri čem in kako je treba »hkrati upoštevati morebitne nacionalno varnostne omejitve in usmeritve vlade, ki jih ta določi s sklepom«. Verjetnejša razlaga se zdi, da se to upošteva pri oceni tveganja, ni pa mogoče izključiti, da se upoštevanje nacionalno varnostnih omejitev in usmeritev vlade, določenih s sklepom, ne bi nanašalo le na vidik neprekinjenega poslovanja. Navedenega dvoma ni mogoče razčistiti niti s pomočjo besedila obrazložitve drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2. Predlagano besedilo je torej nejasno, kar pomeni njegovo neskladnost z načelom jasnosti in določnosti predpisov, ki je eno od (pod)načel pravne države iz 2. člena Ustave. To načelo namreč zahteva, da je iz besedila predpisa mogoče nedvoumno ugotoviti vsebino in namen norme.⁵ V nadaljevanju izhajamo iz predpostavke, da je treba obravnavano besedilo razumeti na način, da mora operater mobilnih komunikacijskih omrežij pri oceni tveganja za posameznega dobavitelja oz. ponudnika storitev tretje ravni vključiti vsa relevantna tveganja, hkrati pa upoštevati morebitne nacionalne varnostne omejitve in usmeritve vlade, ki jih ta določi s sklepom. Čeprav tega besedilo predloga ZEKom-2 izrecno ne določa, je iz sistemske razlage predloga ZEKom-2 jasno, da je izid ocene tveganja za posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni in hkratno upoštevanje morebitnih nacionalno varnostnih omejitev in usmeritev vlade, ki jih ta določi s sklepom, pogoj za izbiro dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni.

V šestem odstavku 21. člena Zakona o Vladi Republike Slovenije⁶ je določeno, da kadar Vlada ne odloči z drugim aktom, sprejme sklep. Sklep je po svoji pravni naravi podzakonski predpis⁷ in kot tak v celoti podvržen pravilom, ki izhajajo iz načela

⁵ Primerjaj odločba Ustavnega sodišča RS U-I-246/14 z dne 24. 3. 2017, tč. 19.

⁶ Uradni list RS, št. 24/05 – uradno prečiščeno besedilo, 109/08, 38/10 – ZUKN, 8/12, 21/13, 47/13 – ZDU-1G, 65/14 in 55/17.

⁷ To velja, kadar sklep po vsebini izpolnjuje kriterije za to, da gre ta splošni akt, torej da »vsebuje splošne in abstraktne norme, ki navzven povzročajo pravne učinke« (odločba Ustavnega sodišča RS

legalitete. Predlog drugega odstavka 112. člena ZEKom-2 kot pogoj za izbiro dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni med drugim določa upoštevanje morebitnih nacionalno varnostnih omejitev in usmeritev vlade, ki jih ta določi s sklepom. Predlagatelj ZEKom-2 je urejanje navedene materije (tj. nacionalno varnostnih omejitev in usmeritev) v celoti prepustil sklepu kot podzakonskemu predpisu Vlade, kar je v nasprotju z ustavnim načelom legalitete. V obravnavani zadevi so namreč nacionalne varnostne omejitve in usmeritve vlade v funkciji omejitve ali določitve načina uresničevanja svobodne gospodarske pobude (74. člen Ustave RS). V kateri od navedenih funkcij so, je odvisno od vsebine sklepa Vlade, v vsakem primeru pa so pogoj za izbiro posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni. To pomeni, da nacionalne varnostne omejitve in usmeritve vlade lahko preprečijo izbiro posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, če bi njegova izbira pomenila neupoštevanje nacionalno varnostnih omejitev in/ali usmeritev Vlade iz sklepa. V zvezi s predstavljenim stališčem je ključno, da ne glede na to, ali vsebino sklepa Vlade štejemo kot omejitev ali kot predpisovanje načina uresničevanja svobodne gospodarske pobude, v obeh primerih velja, da je to dopustno normirati le z zakonom, ne pa s pravnimi akti, ki so hierarhično nižji od zakona, kamor uvrščamo tudi sklep Vlade. Za konkretni primer tako lahko ugotovimo, da je sklepu Vlade kot podzakonskemu predpisu prepuščeno urejanje zakonske materije, kar ni ustavno dopustno, saj so po Ustavi RS zakonu pridržana tako vprašanja, ki pomenijo urejanje zakonskih pravic, kot vprašanja, ki pomenijo bistveno sestavino pravic in obveznosti posameznika ali pravne osebe in mora biti vsebovana že v zakonu.⁸

V konkretnem primeru tudi ne moremo šteti, da predlog drugega odstavka 112. člena ZEKom-2 s tem, ko predvideva, da morebitne nacionalno varnostne omejitve in usmeritve določi Vlada s sklepom, določa vsebinski okvir podzakonskega predpisa dovolj jasno in določno, tako da ni prepuščeno sklepu Vlade, da ta samostojno ureja pravice in obveznosti.⁹ Zakonska dikcija »varnostne omejitve in usmeritve« je tako široka, da je neizbežno, da je Vladi prepuščeno samostojno urejanje zakonske materije. Glede na odprtost in splošnost »nacionalno varnostnih omejitev in usmeritev« ZEKom-2 preprosto ni mogoče šteti, da bi sklep kot podzakonski predpis sploh lahko podrobneje urejal zakonsko materijo in pri tem sledil namenu in ciljem zakona.

2.4 Skladnost določbe drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 s 74. členom Ustave RS

Problematika, obravnavana v točki 2.3 tega pravnega mnenja (spornost sklepa vlade, s katerim se določijo nacionalno varnostne omejitve in usmeritve, ki lahko preprečijo izbiro posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni), ne predstavlja le neskladnosti določbe drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 z ustavnim načelom legalitete (drugi odstavek 120. člena Ustave), temveč tudi neskladnost s 74. členom Ustave RS. Na podlagi prvega stavka drugega odstavka 74. člena Ustave RS ima zakonodajalec po ustaljeni ustavnosodni presoji pooblastilo, da uredi način uresničevanja pravice iz prvega odstavka 74. člena Ustave RS tudi, ko

U-I-463/06). Menimo, da sklep Vlade, ki bi določil nacionalno varnostne omejitve in usmeritve Vlade iz drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2, izpolnjuje te kriterije.

⁸ Primerjaj: Pirnat, v: Avbelj (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije (I. knjiga), 2019, str. 637.

⁹ Glej odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-73/94 z dne 25. 5. 1995, tč. 19.

gre za opravljanje gospodarske dejavnosti.¹⁰ Uresničevanje pravice iz prvega odstavka 74. člena Ustave RS bi moralo biti v konkretnem primeru urejeno v zakonu, ne pa v sklepu Vlade kot podzakonskemu predpisu, zato je drugi odstavek 112. člen predloga ZEKom-2 v nasprotju tudi s 74. členom Ustave.

Drugi stavek drugega odstavka 74. člena Ustave RS prepoveduje izvajanje gospodarske dejavnosti v nasprotju z javno koristjo. Ta določba predstavlja ustavno pooblastilo zakonodajalcu, da sme pravico do svobodne gospodarske pobude omejiti, kadar to zahteva javna korist. Iz obstoječe sodne prakse izhaja, da je zakonodajalčeva svoboda pri omejevanju pravice do svobodne gospodarske pobude ni absolutna in neomejena. Zakonodajalca veže splošno načelo sorazmernosti, ki mu dovoljuje, da ustavno pravico omeji le toliko, kolikor je zaradi varovanja javne koristi, zaradi katere je ustavno dopustno poseči v pravico, v pravico treba poseči. Zato mora zakonodajalec pri uzakonitvi omejitve izbrati tak ukrep, ki bo zagotovil učinkovito varstvo javne koristi ter hkrati kar najmanj posegel v ustavno pravico.¹¹ Javna korist na gospodarskem področju je pravni standard, ki ga Ustava RS ne določa. Iz 13. točke odločbe Ustavnega sodišča U-II-2/03 z dne 15. 5. 2003 izhaja, da javna korist ni enoten pojem in da je njena opredelitev odvisna od narave in namena posamezne gospodarske dejavnosti. Iz odločbe Ustavnega sodišča U-I-76/91 z dne 10. 3. 1994 nadalje izhaja, da morajo biti vsebina in meje javne koristi razvidne iz zakonske ureditve posameznega področja.

Tako iz samega predloga 112. člena ZEKom-2 kot tudi iz obrazložitve predloga ZEKom-2 je mogoče razbrati, da je javna korist, ki jo poskuša zasledovati ta določba, v varnosti omrežij in storitev ter v preprečevanju varnostnih incidentov. Če torej lahko na eni strani rečemo, da je iz predlagane ureditve vsebina javne koristi vsaj v širšem smislu razvidna, pa moramo na drugi strani ugotoviti, da iz predloga 112. člena ZEKom-2 v ničemer niso razvidne meje javne koristi. Predlagatelj je namreč predvidel dvoje:

- da Vlada s sklepom določi nacionalno varnostne omejitve in usmeritve,
- da mora operater mobilnih komunikacijskih omrežij za izbiro dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, ki ima sedež izven držav članic Evropske unije, pridobiti predhodno soglasje vlade.

Na podlagi prve zgoraj navedene alineje lahko ugotovimo, da je vladi prepuščeno, da s sklepom določi nacionalno varnostne omejitve in usmeritve. To pomeni, da predlagana ureditev sklepu Vlade prepušča določanje meje javne koristi in je zaradi tega v nasprotju z drugim odstavkom 74. člena Ustave.

¹⁰ Gre npr. za urejanje obratovalnega časa trgovin (U-II-2/03), pogojevanje pridobitve licence za prevoze stvari v cestnem prometu s parkirnim oz. vzdrževalnim mestom za vozilo (U-I-266/01), prepoved postavitve avtomatov s hrano in pijačo v vrtcih, šolah ali vzgojno-izobraževalnih zavodih (U-I-189/10) in še nekaj drugih primerov. Tako: Zagradišnik, v: Avbelj (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije (I. knjiga), 2019, str. 590.

¹¹ O tem: Zagradišnik, v: Avbelj (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije (I. knjiga), 2019, str. 590 in odločba Ustavnega sodišča RS U-I-163/05 z dne 27. 10. 2005, tč. 20 in odločba Ustavnega sodišča RS U-I-212/03 z dne 24. 11. 2005, tč. 13.

Na podlagi druge zgoraj navedene alineje lahko ugotovimo, da je predlagatelj ZEKom-2 s tem, ko je predvidel, da mora operater mobilnih komunikacijskih omrežij za izbiro dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, ki ima sedež izven držav članic Evropske unije, pridobiti predhodno soglasje vlade, dopustil, da Vlada v vsakem konkretnem primeru brez zakonsko določenih meril za izdajo oziroma zavrnitev soglasja določi meje javne koristi. Predlagana določba je zaradi tega v nasprotju z drugim odstavkom 74. člena Ustave.

Ne le, da sta obe zgoraj navedeni alineji problematični vsaka zase, problematični sta tudi zato, ker sta neločljivo povezani. Pri odločanju o izdaji soglasja za izbiro dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, ki ima sedež izven držav članic Evropske unije, bo očitno Vlada med drugim upoštevala nacionalno varnostne omejitve in usmeritve, jih bo sama določila v sklepu, za katerega pa predlog ZEKom-2 ne nudi trdne vsebinske podlage. Vlada bo torej o izdaji soglasja med drugim odločala na podlagi sklepa, ki ga bo sprejela sama, v njem pa bo predpisana zakonska materija, kar je ustavno nesprejemljivo in je bilo natančno pojasnjeno že v točki 2.3 tega pravnega mnenja.

V splošnem velja, da so ustavno dopustne tiste omejitve pravice do svobodne gospodarske pobude, ki zasledujejo javno korist in ki so, ko gre za način uresničevanja pravice do svobodne gospodarske pobude, *razumne*, oziroma ko gre za poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude, *sorazmerne*.¹² V obravnavanem predlogu drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 je ustavno sporno to, da sploh ni mogoče vedeti oziroma predvideti, kakšna bo vsebina sklepa vlade, s katerim bodo določene morebitne nacionalno varnostne omejitve in usmeritve, prav tako pa ni mogoče vedeti, kakšne bodo merila za izdajo oziroma zavrnitev soglasja vlade k izbiri dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, ki ima sedež izven držav članic Evropske unije. Vse navedeno lahko vodi v arbitrarno odločanje Vlade. V skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo načelo varstva zaupanja v pravo posamezniku zagotavlja, »da mu država pravnega položaja ne bo arbitrarno poslabšala, to je poslabšala brez razloga, utemeljenega v prevladujočem javnem interesu.¹³

3. Ustavnost določbe 305. člena predloga ZEKom-2

3.1 Besedilo 305. člena predloga ZEKom-2

Določba 305. člena predloga ZEKom-2 je uvrščena v XVIII. poglavje predloga ZEKom-2, ki ureja prehodne in končne določbe.

Besedilo 305. člena predloga ZEKom-2 se glasi:

»305. člen

(obstoječi informacijski sistemi, omrežna oprema in izvajalci storitev tretje ravni)

¹² Zagradišnik, v: Avbelj (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije (I. knjiga), 2019, str. 595.

¹³ Odločba Ustavnega sodišča U-I-123/92 z dne 18. 11. 1993, odločba Ustavnega sodišča U-I-208/99 z dne 19. 1. 2001, tč. 26, odločba Ustavnega sodišča U-I-13/13 z dne 14. 11. 2013, tč. 9, odločba Ustavnega sodišča U-I-80/16, U-I-166/16, U-I-173/16, z dne 15. 3. 2018, tč. 22.

(1) Operater mobilnega komunikacijskega omrežja izvede oceno tveganj za dobavitelje njegovih obstoječih informacijskih sistemov ter omrežne opreme in za njegove obstoječe pogodbene izvajalce storitev podpore tretje ravni skladno z drugim odstavkom 112. člena tega zakona najkasneje v šestih mesecih po uveljavitvi tega zakona.

(2) Operater mobilnega komunikacijskega omrežja lahko ne glede na ugotovljena tveganja iz prejšnjega odstavka in ne glede na neizpolnjevanje pogojev iz drugega odstavka 112. člena tega zakona ohrani takšne obstoječe informacijske sisteme in omrežno opremo do konca njihove življenjska dobe, vendar najdlje še pet let po uveljavitvi tega zakona.

(3) Operater mobilnega komunikacijskega omrežja lahko ne glede na ugotovljena tveganja iz prvega odstavka tega člena in ne glede na neizpolnjevanje pogojev iz drugega odstavka 112. člena tega zakona ohrani tudi svoje obstoječe pogodbene izvajalce storitev tretje ravni, vendar najdlje še pet let po uveljavitvi tega zakona.

(4) Operater mobilnega komunikacijskega omrežja, ki skladno z drugim in tretjim odstavkom tega člena po izvedeni oceni tveganj iz prvega odstavka tega člena v prehodnem obdobju ohrani obstoječe informacijske sisteme in omrežno opremo ter pogodbene izvajalce storitev tretje ravni, v tem obdobju ne sme zagotavljati mobilnih komunikacijskih omrežij za ključne dele nacionalnega varnostnega sistema ter za podporo delovanju kritične infrastrukture, izvajalcem bistvenih storitev ter organom državne uprave. V navedenih okoliščinah v prehodnem obdobju operater mobilnega komunikacijskega omrežja za prej navedene subjekte tudi ne sme upravljati elektronskih komunikacijskih omrežij, ki niso javna.

(5) Prepoved iz prejšnjega odstavka ne velja v primeru, da operater mobilnega komunikacijskega omrežja pridobi predhodno soglasje vlade.«

3.2 Ustavnoppravna spornost določbe 305. člena predloga ZEKom-2

Iz obrazložitve predloga ZEKom-2 izhaja, da je 305. člen ZEKom-2 prehodna določba, ki je predvidena v povezavi z novimi obveznostmi iz 112. člena predloga ZEKom-2. Po mnenju predlagatelja je njen namen ob upoštevanju načela sorazmernosti urediti prehodno obdobje za operaterje mobilnih komunikacijskih omrežij ob upoštevanju minimalno nujnih pogojev glede obstoječih informacijskih sistemov in opreme (tveganih) dobaviteljev ter izvajalcev podpore tretje ravni.

Bistvo predlagane določbe 305. člena ZEKom-2 je mogoče strniti v naslednjih alinejah:

- operater mobilnega komunikacijskega omrežja lahko ne glede na ugotovljena tveganja iz prvega odstavka 305. člena ZEKom-2 in ne glede na neizpolnjevanje pogojev iz drugega odstavka 112. člena ZEKom-2 ohrani:
 - o takšne obstoječe informacijske sisteme in omrežno opremo do konca njihove življenjska dobe, vendar najdlje še pet let po uveljavitvi tega zakona,
 - o svoje obstoječe pogodbene izvajalce storitev tretje ravni, vendar najdlje še pet let po uveljavitvi tega zakona.
- operater mobilnega komunikacijskega omrežja, ki skladno z drugim in tretjim odstavkom 305. člena ZEKom-2 po izvedeni oceni tveganj iz prvega odstavka 305. člena ZEKom-2 v prehodnem obdobju ohrani obstoječe informacijske sisteme in omrežno opremo ter pogodbene izvajalce storitev tretje ravni, v tem obdobju ne sme zagotavljati mobilnih komunikacijskih omrežij za ključne dele nacionalnega varnostnega sistema ter za podporo delovanju kritične infrastrukture, izvajalcem bistvenih storitev ter organom državne uprave. V navedenih okoliščinah v prehodnem obdobju operater mobilnega komunikacijskega omrežja za prej navedene subjekte tudi ne sme upravljati

elektronskih komunikacijskih omrežij, ki niso javna. Predstavljenim prepovedim se je mogoče izogniti le, če operater mobilnega komunikacijskega omrežja pridobi predhodno soglasje vlade.

Če je za določbo drugega in tretjega odstavka predlaganega 305. člena ZEKom-2 še mogoče trditi, da ob upoštevanju načela sorazmernosti ureja prehodno obdobje za operaterje mobilnih komunikacijskih omrežij glede na predlagano novo zakonsko ureditev, pa to ne velja za četrti in peti odstavek 305. člena ZEKom-2.

Predlagani določbi četrtega odstavka 305. člena ZEKom-2 je najprej mogoče očitati neskladnost z načelom jasnosti in določnosti predpisov (2. člen Ustave). Iz določbe namreč ni mogoče z gotovostjo razbrati, na katere konkretne operaterje mobilnega komunikacijskega omrežja se nanaša. Jasno je, da mora iti za tiste operaterje, ki izvedejo oceno tveganj po prvem odstavku 305. člena ZEKom-2, ni pa jasno, ali mora biti hkrati podan zakonski dejanski stan neizpolnjevanja pogojev iz drugega odstavka 112. člena ZEKom-2 ali ne (drugi in tretji odstavek 305. člena ZEKom-2 namreč uporabljata zakonsko dikcijo »ne glede na neizpolnjevanje pogojev iz drugega odstavka 112. člena ZEKom-2«, kar pomeni, da je ta okoliščina irelevantna). Če je ocena tveganj ugodna in če so izpolnjeni pogoji iz drugega odstavka 112. člena ZEKom-2, potem sploh ni jasno, zakaj je treba pravico do svobodne gospodarske pobude s sklicevanjem na načelo sorazmernosti omejiti. Odgovor na to dilemo ne izhaja niti iz besedila predloga ZEKom-2 niti iz njegove obrazložitve.

Nadalje menimo, da predlagana ureditev v četrtem odstavku 305. člena ZEKom-2 nikakor ni sorazmerna v ožjem smislu, saj operaterju mobilnega komunikacijskega omrežja preprečuje zagotavljanje mobilnih komunikacijskih omrežij za ključne dele nacionalnega varnostnega sistema ter za podporo delovanju kritične infrastrukture, izvajalcem bistvenih storitev ter organom državne uprave. V navedenih okoliščinah v prehodnem obdobju je operaterju mobilnega komunikacijskega omrežja nadalje preprečeno, da bi za prej navedene subjekte tudi upravljal elektronska komunikacijska omrežja, ki niso javna. Po naši presoji teža posledic zgoraj navedenih posegov v svobodno gospodarsko pobudo ni sorazmerna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale. V konkretnem primeru bi se z navedenimi posegi posamezne operaterje mobilnih komunikacijskih omrežij bistveno omejilo pri izvajanju svobodne gospodarske pobude, čeprav bi bilo na drugi strani vprašljivo, ali bodo zaradi tej omejitev oziroma posegov sploh nastale kakšne koristi. Razlog, da se ne more vedeti, ali bodo nastale kakšne koristi, je v tem, da zaradi neskladja z načelom jasnosti in določnosti predpisov (2. člen Ustave) sploh ni mogoče z gotovostjo ugotoviti, na katere konkretne operaterje mobilnega komunikacijskega omrežja se določba četrtega odstavka predlaganega 305. člena ZEKom-2 nanaša. Ni namreč mogoče izključiti razlage, da se ne bi obravnavani posegi uporabili tudi za tiste operaterje, ki pravzaprav niso tvegani in izpolnjujejo pogoje iz predlaganega drugega odstavka 112. člena ZEKom-2. Rešitev za predstavljeno neskladje tudi ne more biti predlog ureditve, da se je prepovedim mogoče izogniti, če operater mobilnega komunikacijskega omrežja pridobi predhodno soglasje vlade. Kot obširno obrazloženo v drugem poglavju tega pravnega mnenja, je pridobitev predhodnega soglasja Vlade ustavno problematična že sama po sebi, zato z njo ni mogoče blažiti intenzivnosti posegov v pravico do svobodne gospodarske pobude in tako trditi, da so v predlaganem četrtem odstavku 305. člena ZEKom-2

predvideni posegi v svobodno gospodarsko pobudo ustrezni z vidika načela sorazmernosti in v tem okviru še zlasti z vidika sorazmernosti v ožjem smislu.

Predlagana določba 305. člena ZEKom-2 je v neskladju tudi z načelom zaupanja v pravo, ki je eno od načel pravne države iz 2. člena Ustave RS. Ustava RS v drugem členu zagotavlja varstvo pravic tudi zoper zakonske posege z učinkom za naprej. Gre za ti. nepravo retroaktivnost, o kateri govorimo v primeru »zoženja oziroma zmanjšanja že uveljavljenih pravic (torej ne pomeni učinkovanja predpisa za nazaj), kadar se pravice zmanjšujejo za čas po uveljavitvi zakona oziroma po spremembi odločb, izdanih na podlagi nove ureditve.¹⁴ Vprašanje ti. neprave retroaktivnosti se največkrat pojavi prav v zvezi s prehodom iz stare pravne ureditve v novo v obliki ti. prehodnih določb.¹⁵

Pri testu ustavne upravičenosti posega v načelo zaupanja v pravo Ustavno sodišče opravi presojo v treh korakih. Najprej presodi, kakšen je pravni položaj naslovnikov pred uveljavitvijo izpodbijane ureditve in po njej. Nato na podlagi tako opravljene primerjave ugotovi, ali se je pravni položaj naslovnikov poslabšal, ostal enak ali pa se je izboljšal. Če je prišlo do poslabšanja pravnega položaja, mora Ustavno sodišče ugotoviti še, ali je bilo to storjeno na arbitraren način. Za arbitrarno poslabšanje pravnega položaja naslovnikov gre, če zakonodajalec zanj nima stvarnega razloga, utemeljenega v prevladujočem in ustavno dopustnem javnem interesu, in če zakonodajalec tega ustavno dopustnega cilja ne zasleduje v skladu z načelom sorazmernosti (primernost, nujnost, sorazmernost v ožjem smislu). Pri izvedbi celotnega testa Ustavno sodišče kot pomemben element presoje upošteva »ali so spremembe na pravnem področju, za katero gre, relativno predvidljive in so torej prizadeti s spremembo lahko vnaprej računali ter kakšna sta teža spremembe in pomen obstoječega pravnega položaja za upravičence.«¹⁶

Če zgoraj navedene korake presoje opravimo na določbi 305. člena Predloga ZEKom-2 po našem mnenju ugotovimo, da se je glede na drugi, tretji in četrti odstavek tega člana pravni položaj naslovnikov poslabšal, saj predlagan člen na novo omejuje njihovo pravico do svobodne gospodarske pobude. Najmanj za določbo četrtega odstavka 305. člena Predloga ZEKom-2 lahko nadalje ugotovimo, da je bilo to storjeno na arbitraren način. Kot že pojasnjeno zgoraj, posegi, predlagani v četrtem odstavku 305. člena Predloga ZEKom-2, niso v skladu z načelom sorazmernosti. Nadalje menimo, da predlagane spremembe na področju elektronskih komunikacij niso bile relativno predvidljive in da prizadeti s spremembami niso mogli vnaprej računati. Da to drži, potrjuje tudi dejstvo, da na ravni Evropske unije ni bil sprejet noben zavezujoči pravni akt, ki bi od držav članic zahteval, da v nacionalne pravne rede implementirajo ukrepe, ki jih predvideva določba 305. člena Predloga ZEKom-2 v zvezi z določbo drugega odstavka 112. člena Predloga ZEKom-2. Sklepno je mogoče ugotoviti, da je teža obravnavanih sprememb za nosilnike velika in da z omejitvijo pravic do svobodne gospodarske pobude bistveno spreminja obstoječi pravni položaj naslovnikov.

¹⁴ Glej npr. odločbo Ustavnega sodišča U-I-110/15, Up-568/15 z dne 1. 3. 2018, tč. 25.

¹⁵ Avbelj in Šturm, v: Avbelj (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije (I. knjiga), 2019, str. 45.

¹⁶ Ibid. Glej tudi odločbo Ustavnega sodišča U-I-110/15, Up-568/15 z dne 1. 3. 2018, tč. 26.

4. Sklep

Glede na vse navedeno je kot sklepno mogoče ugotoviti:

I. v zvezi s pravnimi podlagami sprememb, predvidenih v VIII. poglavju predloga ZEKom-2

- da noben pravno zavezujoč akt Evropske unije državam članicam ne nalaga, da bi morale v svojih nacionalnih pravnih redih sprejeti ureditev, na podlagi katere bi morale vlade držav članic s podzakonskim predpisom določiti morebitne nacionalne varnostne omejitve in druge usmeritve, ki bi jih morali pri oceni tveganja za varnost omrežij in storitev za posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni upoštevati operaterji mobilnih komunikacijskih omrežij, kakor je to predvideno v drugem odstavku 112. člena predloga ZEKom-2;
- da noben pravno zavezujoč akt Evropske unije državam članicam ne nalaga, da bi morale v svojih nacionalnih pravnih redih sprejeti ureditev, na podlagi katere bi moral operater mobilnih komunikacijskih omrežij pred izbiro dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni pridobiti predhodno soglasje vlade države članice;
- da je pravno gledano nesprejemljivo, da predlagatelj zakona, sklicujoč se na implementacijo vsebin nezavezujočih pravnih aktov Evropske unije, v nacionalni pravni red predlaga sprejetje zakonskih določb, ki so v nasprotju z Ustavo RS. Za ta primer gre pri drugem odstavku 112. člena predloga ZEKom-2 (posledično pa tudi pri določbi 305. člena ZEKom-2);

II. v zvezi z vprašanjem skladnosti določbe drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 z drugim odstavkom 120. člena Ustave RS

- da je besedilo predlaganega drugega odstavka 112. člena ZEKom-2 najmanj v delu, kjer določa, da je treba »hkrati upoštevati morebitne nacionalno varnostne omejitve in usmeritve vlade, ki jih ta določi s sklepom«, nejasno, saj ni mogoče z gotovostjo ugotoviti, na kateri del drugega odstavka 112. člena ZEKom-2 se nanaša, kar pomeni njegovo neskladnost z načelom jasnosti in določnosti predpisov (2. člen Ustave RS),
- da je sklep vlade po svoji pravni naravi podzakonski predpis in kot tak v celoti podvržen pravilom, ki izhajajo iz načela legalitete (drugi odstavek 120. člena Ustave RS),
- predlagatelj ZEKom-2 je urejanje nacionalno varnostnih omejitev in usmeritev v celoti prepustil sklepu kot podzakonskemu predpisu Vlade, kar je v nasprotju z ustavnim načelom legalitete. V obravnavani zadevi so nacionalne varnostne omejitve in usmeritve vlade v funkciji omejitve ali določitve načina uresničevanja svobodne gospodarske pobude (74. člen Ustave RS). V kateri od navedenih funkcij so, je odvisno od vsebine sklepa Vlade, v vsakem primeru pa so pogoj za izbiro posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni. To pomeni, da nacionalne varnostne omejitve in usmeritve vlade lahko preprečijo izbiro posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, če bi njegova izbira pomenila neupoštevanje nacionalno varnostnih omejitev in/ali usmeritev Vlade iz sklepa. Ne glede na to, ali vsebino sklepa Vlade štejemo kot omejitev ali kot predpisovanje načina uresničevanja

svobodne gospodarske pobude, v obeh primerih velja, da je to dopustno normirati le z zakonom, ne pa s pravnimi akti, ki so hierarhično nižji od zakona, kamor uvrščamo tudi sklep Vlade;

- da ni mogoče šteti, da predlog drugega odstavka 112. člena ZEKom-2 s tem, ko predvideva, da morebitne nacionalno varnostne omejitve in usmeritve določi Vlada s sklepom, določa vsebinski okvir podzakonskega predpisa dovolj jasno in določno, tako da ni prepuščeno sklepu Vlade, da ta samostojno ureja pravice in obveznosti. Zakonska dikcija »»varnostne omejitve in usmeritve« je namreč tako široka, da je neizbežno, da je Vladi prepuščeno samostojno urejanje zakonske materije«;

III. v zvezi z vprašanjem skladnosti določbe drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 s 74. členom Ustave RS

- da je drugi odstavek 112. člena predloga ZEKom-2 v nasprotju s 74. členom Ustave RS, saj je treba uresničevanje pravice iz prvega odstavka 74. člena Ustave RS (pravica do svobodne gospodarske pobude) urediti v zakonu, ne pa v sklepu Vlade kot podzakonskemu predpisu;
- da drugi odstavek 112. člena predloga ZEKom-2 Vladi prepušča, da s sklepom določi nacionalno varnostne omejitve in usmeritve, kar pomeni, da predlagana ureditev sklepu Vlade prepušča določanje meje javne koristi in je zaradi tega v nasprotju z drugim odstavkom 74. člena Ustave RS;
- da je predlagatelj ZEKom-2 s tem, ko je predvidel, da mora operater mobilnih komunikacijskih omrežij za izbiro dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, ki ima sedež izven držav članic Evropske unije, pridobiti predhodno soglasje vlade, dopustil, da Vlada v vsakem konkretnem primeru brez zakonsko določenih meril za izdajo oziroma zavrnitev soglasja določi meje javne koristi. Predlagana določba je zaradi tega v nasprotju z drugim odstavkom 74. člena Ustave;
- da zgoraj navedeni alineji nista problematični le vsaka zase, problematični sta tudi zato, ker sta neločljivo povezani. Pri odločanju o izdaji soglasja za izbiro dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, ki ima sedež izven držav članic Evropske unije, bo očitno Vlada med drugim upoštevala nacionalno varnostne omejitve in usmeritve, jih bo sama določila v sklepu, za katerega pa predlog ZEKom-2 ne nudi trdne vsebinske podlage. Vlada bo torej o izdaji soglasja med drugim odločala na podlagi sklepa, ki ga bo sprejela sama, v njem pa bo predpisana zakonska materija, kar je ustavno nesprejemljivo;
- glede na predlagano besedilo drugega odstavka 112. člena predloga ZEKom-2 ni mogoče vedeti oziroma predvideti, kakšna bo vsebina sklepa vlade, s katerim bodo določene morebitne nacionalno varnostne omejitve in usmeritve, prav tako pa ni mogoče vedeti, kakšne bodo merila za izdajo oziroma zavrnitev soglasja vlade k izbiri dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni, ki ima sedež izven držav članic Evropske unije. Vse navedeno lahko vodi v arbitrarno odločanje Vlade, kar je v nasprotju z Ustavo RS (2. člen);

IV. v zvezi z ustavnopravno spornostjo določbe 305. člena predloga ZEKom-2

- da je predlagani določbi četrtega odstavka 305. člena ZEKom-2 mogoče očitati neskladnost z načelom jasnosti in določnosti predpisov (2. člen Ustave), saj iz nje ni mogoče z gotovostjo razbrati, na katere konkretne operaterje mobilnega komunikacijskega omrežja se nanaša;
- da predlagana ureditev v četrtem odstavku 305. člena ZEKom-2 ni skladna z načelom sorazmernosti in v tem okviru še zlasti z sorazmernostjo v ožjem smislu, saj predlagani ukrepi bistveno posegajo v pravico do svobodne gospodarske pobude, na drugi strani pa je vprašljivo, ali bodo zaradi teh posegov sploh nastale kakšne koristi. Razlog za to, da ni mogoče vedeti, ali bodo nastale kakšne koristi, je v tem, da zaradi neskladja z načelom jasnosti in določnosti predpisov (2. člen Ustave) sploh ni mogoče z gotovostjo ugotoviti, na katere konkretne operaterje mobilnega komunikacijskega omrežja se določba četrtega odstavka predlaganega 305. člena ZEKom-2 nanaša;
- da predlagana določba 305. člena ZEKom-2 posega v načelo zaupanja v pravo (2. člen Ustave) v delu, ko Ustava RS zagotavlja varstvo pravic zoper zakonske posege z učinkom za naprej (ti. neprava retroaktivnost);
- pri testu ustavne upravičenosti posega načela zaupanja v pravo Ustavno sodišče opravi presojo v treh korakih. Če te korake presoje opravimo na določbi 305. člena Predloga ZEKom-2, po našem mnenju ugotovimo, da se je glede na drugi, tretji in četrti odstavek tega člana pravni položaj naslovnikov poslabšal, saj predlagan člen na novo omejuje njihovo pravico do svobodne gospodarske pobude. Najmanj za določbo četrtega odstavka 305. člena Predloga ZEKom-2 lahko nadalje ugotovimo, da je bilo to storjeno na arbitraren način. Predlagani ukrepi v četrtem odstavku 305. člena Predloga ZEKom-2 namreč niso v skladu z načelom sorazmernosti, predlagane spremembe na področju elektronskih komunikacij niso bile relativno predvidljive, prizadeti pa s spremembami niso mogli vnaprej računati. Teža predlagane spremembe v 305. členu ZEKom-2 je zelo velika in z omejitvijo pravice do svobodne gospodarske pobude bistveno spreminja obstoječi pravni položaj naslovnikov.



Rajko Pirnat

prof. dr. Rajko Pirnat, univ. dipl. prav.

Bruna Žuber

doc. dr. Bruna Žuber, univ. dipl. prav.