

Huawei Technologies Ljubljana d.o.o.

Železna cesta 14, 1000 Ljubljana

Ministrstvo za javno upravo

Tržaška 21

1000 Ljubljana

in po elektronski pošti na: gp.mju@gov.si

Ljubljana, 29. oktober 2020

Številka: 007-34/2019

Zadeva: Pripombe in predlogi vezano na zakonski osnutek Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2) (EVA 2019-3130-0004)

Spoštovani,

Na vas se obračamo v zvezi s pozivom številka: 007-34/2019-106, z dne: 21. 8. 2020 (Javna obravnava osnutka predloga Zakona o elektronskih komunikacijah (EVA 2019-3130-0004) – redni postopek), s katerim ste pozvali javnost, da poda svoje morebitne pripombe in predloge na zakonski osnutek Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2), v zvezi z obvestilom številka: 007-34/2019-120, z dne: 24. 9. 2020, da je rok podaljšan do 31. oktobra 2020. Glede na navedeno v odprtem roku podajamo svoje pripombe in predloge na zakonski osnutek.

V komentarjih se osredotočamo predvsem na 112. člen in 305. člen predloga ZEKom-2.

Uvodno in glede tega, da ni bila izvedena presoja posledic

Tako Resolucija o normativni dejavnosti (ReNDej) kot Poslovnik Vlade Republike Slovenije zahtevata, da bi morala biti izvedena presoja posledic, kar velja splošno pri oblikovanju zakona (glejte poglavje VI. ReNDej) in konkretno bi moralo to biti izvedeno v sklopu predloga zakona, ki ga predlaga Vlada (8.b člen Poslovnika Vlade Republike Slovenije).

V tem kontekstu bi morala biti preučena tudi ureditev v drugih pravnih sistemih in prilagojenost predloga ureditvi Evropske unije, preučene pa bi morale biti tudi alternativne možnosti za rešitev problema, ter med drugim ugotovljene verjetne gospodarske posledice, med drugim na razvoj gospodarstva, nacionalno konkurenčnost in podjetja.

Verjetna posledica 112. člena in 305. člena predloga ZEKom-2 je omejevanje prodaje opreme oziroma izključitev opreme konkretnega proizvajalca, pri čemer bi kakršnokoli omejevanje prodaje opreme oziroma izključitev imela velike posledice za razvoj gospodarstva, nacionalno konkurenčnost ter tudi za konkretnega dobavitelja oziroma proizvajalca, katerega oprema bi bila prepovedana, in povezana podjetja. Hude ekonomske posledice tovrstnega omejevanja konkurence na trgu potrjujejo tudi izvedene študije¹. Navedena presoja posledic s strani predlagatelja kot kaže ni bila izvedena.

Konkretno, če bi na podlagi ZEKom-2 bile uveljavljene omejitve, ki bi omejevale skupino Huawei (kar vključuje Huawei Technologies Ljubljana d.o.o.) glede prodaje opreme operaterjem mobilnih omrežij, bi to v pomembnem delu onemogočilo nastopanje na trgu v Republiki Sloveniji in bi predstavljalo med drugim tudi omejevanje trga z oblastnim ravnanjem. Posledice kakršnekoli izključitve ali omejitve prodaje bi bile za družbo Huawei hude, poleg velike materialne škode, med drugim tudi izguba tržnega deleža.

¹ Na primer študija: <https://www.oxfordeconomics.com/recent-releases/Economic-Impact-of-Restricting-Competition-in-5G-Network-Equipment>

Komunikacijska tehnologija (vključno s 5G) je izjemnega pomena za ekonomski in tehnološki razvoj Slovenije. Kakršnekoli omejitve dobaviteljem bi morale zagotavljati ravnotežje med: (i) nacionalnimi interesi oziroma nacionalno varnostjo; (ii) interesi potrošnikov in davkoplačevalcev; ter (iii) interesi drugih deležnikov (mobilni operaterji, proizvajalci opreme itd.) ob upoštevanju regulatornega okvira in pravnih virov, vključno z Ustavo Republike Slovenije, pravom EU, pravom WTO, bilateralnimi sporazumi o zaščiti naložb in drugim merodajnim pravom.

Kakor izhaja iz mednarodno-pravne analize², se na primer nemška in finska ureditev, vključno z nameravanimi spremembami le-teh (osnutek nemškega zakona o varnosti informacijske tehnologije 2.0, osnutek finskega zakona o elektronskih komunikacijskih storitvah), osredotočata na tehnične kriterije v povezavi s kritičnimi komponentami, ocenjevanje pa izvajajo operaterji in/ali strokovni organi (npr. nemški BSI, finski Traficom), ocenjevanje temelji ne na političnih kriterijih (vezanih na državo izvora ali politični sistem v le-tej ali korporativni ustroj), temveč na dejanskih tveganjih kritičnih komponent. Primerjalno gledano tudi v sosednjih državah, npr. Hrvaška, Avstrija, Madžarska, Huawei tvorno sodeluje pri izgradnji 5G omrežij in se uporablja njegova oprema.

Predlog ZEKom-2 v nasprotju z opisanimi pravnimi ureditvami predvideva odločitev Vlade, torej političnega organa, in sicer tako glede določitve kriterijev za ocenjevanje tveganosti dobaviteljev (2. odstavek 112. člena predvideva, da vlada sprejema »omejitve in usmeritve«), kot glede končne odločitve na podlagi teh kriterijev (zahtevano dajanje soglasij s strani Vlade; soglasje predvideva na primer 2. odstavek 112. člena ter 5. odstavek 305. člena).

Predlog ZEKom-2 pri tem ne omenja kakršnihkoli tehničnih kriterijev, kar ni v skladu s priporočili EU. Materija bi se tudi morala določno urediti z zakonom, vključno z nacionalno-varnostnimi usmeritvami in kriteriji za ocenjevanje dobaviteljev (ne z »omejitvami in usmeritvami« Vlade), pri čemer bi bilo primerno, da bi zoper morebitno upravno odločitev Vlade obstajalo pravno sredstvo s suspenzivnimi učinki do pravnomočnosti (oziroma zaključka postopka sodnega varstva).

² Glejte na primer pravno analizo pisarne Morgan Lewis: https://www.morganlewis.com/-/media/files/publication/morgan-lewis-title/white-paper/2020/morgan-lewis-white-paper_theapproachoftheeuandselectedmemberstatestocypersecurityof5gnetworks.pdf

Zakon ne bi bil v skladu s tako imenovanim naborom orodij za 5G (EU Toolbox)

Evropska komisija je izdala sporočilo: Varna uvedba tehnologije 5G v EU – izvajanje nabora orodij EU (Secure 5G deployment in the EU - Implementing the EU toolbox³). Skladno z navedenimi priporočili bi se morale države članice odločiti o primernosti vsakega posameznega ukrepa na podlagi nacionalnih okoliščin, ocenjevanje profilov tveganja dobaviteljev pa bi moralo biti izvedeno izključno na podlagi varnostnih razlogov in na podlagi objektivnih meril (torej ne političnih!). Ukrepi bi tako morali biti tehnološko nevtralni, objektivni, razumni in sorazmerni, ne bi smeli biti usmerjeni proti nobeni konkretni državi ali konkretnemu dobavitelju. Medtem ko se sklop orodij nanaša na 5G, je 112. člen ZEKom-2 veliko širši, saj se splošno nanaša na opremo in storitve in bi lahko na njegovi osnovi Vlada prepovedala praktično katerokoli opremo ali storitve (dobavitelja oziroma ponudnika izven EU), ki jih naročajo operaterji.

ZEKom-2 bi omogočal (brez zakonskih kriterijev) arbitrarno odločanje Vlade na osnovi političnih kriterijev. Osnutek ZEKom-2 ne predvideva kakršnegakoli dokaznega postopka, na osnovi katerega bi se ugotavljala tveganost dobavitelja, ravno tako ni predviden odložni očitek (suspenzivnost) morebitnega sodnega izpodbijanja.

Pristop EU priporočil (orodij za 5G) gre torej v naslednji smeri:

- uporabljena merila bi morala biti tehnološko nevtralna, objektivna, razumna in sorazmerna;
- treba bi bilo upoštevati sklop tehničnih ukrepov;
- omilitveni ukrepi ne bi smeli biti usmerjeni konkretno na nobenega dobavitelja ali državo⁴.

Osnutek ZEKom-2 ni v skladu z navedenimi priporočili, saj Vladi omogoča, da prodajalca, ki ni iz EU, izključi praktično brez kakršnihkoli objektivno varnostno utemeljenih razlogov, saj zakon ne določa jasnih varnostnih razlogov ali objektivnih meril.

³ https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=64481

⁴ Glejte tudi <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/secure-5g-deployment-eu-implementing-eu-toolbox-communication-commission> in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_127

Obenem se osnutek sploh ne nanaša zgolj na kritične komponente, temveč kar nasploh na ocenjevanje dobaviteljev.

Evropske smernice v luči krize Covid-19⁵ priporočajo prakse za zmanjšanje stroškov in povečanje hitrosti uvajanja elektronskih komunikacijskih omrežij, predlog ZEKom-2, pa bi imel ravno obraten učinek.

Opozarjamo tudi na zaključke Evropskega sveta z dne 2.10.2020⁶, ki opozarjajo, da mora EU ostati odprta za vsa podjetja, ki zadoščajo evropskim standardom (točka 7), poudarjajo pomen pospeševanja vzpostavljanja 5G infrastrukture po celotni EU (točka 8) in krepitev sposobnosti EU, da se zaščiti pred kibernetскими grožnjami in zagotovi varno komunikacijsko okolje, zlasti s šifriranjem (točka 8), glede sklopa orodij 5G, da naj se omejitve za visoko tvegane dobavitelje nanašajo (zgolj) na ključna sredstva, ki so v EU opredeljena kot kritična in občutljiva na podlagi usklajene ocene tveganja, pri čemer Evropski svet poudarja, da je potencialne dobavitelje 5G treba oceniti na podlagi splošnih objektivnih meril (točka 11).

Smernice EU gredo torej v smeri pospeševanja 5G infrastrukture in zmanjševanja stroškov, omejevanje dobave pa bi imelo ravno nasproten učinek, ravno tako gredo zaključki v smeri objektivnih (tehničnih) meril, ki bi se nanašala na kritična sredstva, ne pa na opremo vse povprek, alternativa omejevanju dobave pa so lahko tudi drugi ukrepi (na primer šifriranje). Prepoved dobaviteljev glede na politične kriterije (na primer državo izvora opreme, brez upoštevanja, ali je konkretna oprema dejansko tvegana oziroma ali ustreza tehničnim predpisom in standardom, pa bi bila v nasprotju z načeli EU.

Zakon bi bil v nasprotju z Ustavo Republike Slovenije in bi kršil temeljne pravice iz Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic ter Listine Evropske Unije o temeljnih pravicah

Osnutek zakona ne vsebuje kriterijev oziroma meril za ocenjevanje tveganosti dobaviteljev in odločitev prepušča Vladi (brez zakonskih kriterijev). To pomeni, da takšna ureditev dopušča izključitev nekaterih proizvajalcev na

⁵ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-common-union-toolbox-reducing-cost-deploying-very-high-capacity>

⁶ <https://www.consilium.europa.eu/media/45910/021020-euco-final-conclusions.pdf>

podlagi političnih kriterijev in hipotetično diskriminatornih meril, na primer države porekla. Zakon ne postavlja zahteve po obrazloženosti odločitve, ki jo sprejema Vlada, ali izvedbe dokaznega postopka ali sodelovanja dobavitelja ali operaterjev v postopku. Ravno tako ni predviden suspenzivni učinek odločitev zaradi uveljavljanja morebitnega sodnega varstva. Po drugi strani bi se operaterji morali odpovedati obstoječi opremi, ki je bila dobavljena v skladu z vso zakonodajo in predpisi veljavnimi v času nakupa in namestitve opreme.

Huawei je v zvezi s predlaganim novim Zakonom o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2) pridobil mnenje Inštituta za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani⁷, pripravljeno s strani prof. dr. Rajka Pirnata in doc. dr. Brune Žuber, ki ga prilagamo in na zaključke katerega se sklicujemo.

Mnenje opozarja na neustavnost predlagane rešitve iz predloga ZEKom-2.

Navedeno mnenje ugotavlja:

- I. v zvezi s pravnimi podlagami sprememb, predvidenimi 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

⁷ Pravno mnenje o ustavnosti drugega odstavka 112. člena in 305. člena predloga Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2)

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. člen 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),

da je predlagatelj ZEKom-2 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 mejo javne koristi ter da je predlagana določba zaradi tega v nasprotju z drugim odstavkom 74. člena Ustave;

da zgoraj navedeni točki 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, bi očitno Vlada med drugim upoštevala nacionalno varnostne omejitve in usmeritve, ki jih bi sama določila v sklepu, za katerega pa predlog ZEKom-2 ne nudi trdne vsebinske podlage. Vlada bi torej o izdaji soglasja med drugim odločala na podlagi sklepa, ki bi ga sprejela sama, v njem pa bi bila predpisana zakonska materija, kar je ustavno nesprejemljivo;

da 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);

da 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 mnenju Inštituta ugotovimo, da bi se glede na drugi, tretji in četrti odstavek tega člena pravni položaj naslovnikov poslabšal, saj predlagani člen na novo omejuje njihovo pravico do svobodne gospodarske pobude. Za določbo četrtega odstavka 305. člena Predloga ZEKom-2 nadalje Inštitut ugotavlja, 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.

ZEKom-2 bi torej, če bi bil sprejet v takšni vsebini, med drugim kršil:

- pravico do zasebne lastnine (33. člen Ustave, 1. člen Dodatnega protokola k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic (»EKČP«), člen 17 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (»Listina EU«));
- pravico svobodne gospodarske pobude (74. člen Ustave, člen 16 Listine EU) in varstvo konkurence;
- prepoved diskriminacije (14. in 22. člen Ustave, 14. člen EKČP, člen 21 Listine EU);
- procesna jamstva (ki jih zagotavlja 22. in 23. člen Ustave, 6. člen EKČP, člen 47 Listine EU), kot bo dodatno pojasnjeno še v nadaljevanju.

Oceno tveganja naj bi se izvajalo za posameznega dobavitelja, ne za posamezno konkretno opremo, ki bi lahko bila potencialno tvegana. Že navedeno samo po sebi pomeni, da ne more biti podana sorazmernost, saj bi bil možen milejši ukrep (omejitev na konkretno opremo). Ravno tako je predvideno, da naj bi se za izbiro dobavitelja oziroma ponudnika storitev (izven EU) pridobivalo soglasje Vlade. Spet je predvideno, da se določenega dobavitelja bodisi dovoli, bodisi prepove (*de facto* če ni soglasja Vlade), ne da bi bila navedena odločitev vezana na posamezno konkretno (na primer sporno) opremo. Vrednostno gledano velik del opreme, ki sestavlja omrežje, že sam po sebi ne more biti tvegan v smislu informacijske varnosti, na primer antene in druga pasivna oprema. Ukrep torej ne more biti sorazmeren.

Dodatno glede procesnih jamstev: odločitev o izključitvi določenega dobavitelja ali ne-izdaji soglasja, če bi bila sprejeta brez udeležbe tega dobavitelja v postopku, bi že iz tega razloga pomenila kršitev osnovnih procesnih jamstev

Predlog ZEKom-2 je sporen tudi z vidika pomanjkljivega reguliranja postopka, po katerem naj bi Vlada odločala. Namreč, zagotovljeno bi moralo biti (in smiselno bi bilo, da je to izrecno zapisano v zakonu), da imata tako dobavitelj kot operater, ki bosta morebiti prizadeta z odločitvijo Vlade o izključitvi določenega dobavitelja oziroma o tem, da se ne izda soglasje za določenega dobavitelja (vse smiselno velja tudi za ponudnika storitev), pravico biti udeležena v postopku (kot stranki, ali vsaj kot udeleženca) in pravico do izjave v takšnem postopku.

Skladno z določbami 143. člena Zakona o splošnem upravnem postopku (»ZUP«) bi moral organ povabiti k udeležbi v postopku osebe, za katere ugotovi, da imajo pravni interes za udeležbo v postopku. V tem kontekstu, bi bilo potrebno zagotoviti, da bi v kakršnihkoli takšnih postopkih na podlagi ZEKom-2 bila v postopku udeležena tako dobavitelj, o opremi katerega bi se odločalo, kot tudi operater, ki morebiti uporablja takšno opremo. Skladno z ZUP je pred izdajo odločbe treba dati stranki možnost, da se izjavi o vseh dejstvih in okoliščinah, ki so pomembne za odločbo (zaslišanje stranke) – 9. člen ZUP.

V nasprotnem primeru, torej če se ne omogoči možnost udeležbe v postopku, bi to predstavljalo kršitev osnovnih procesnih jamstev, med drugim pravice do izjave in s tem kršitev 22. člena Ustave in 6. člena EKČP.

Glede na prepoved (oziroma omejitev) operaterjem mobilnih komunikacijskih omrežij glede nabave nove opreme (in glede na 305. člen v določenem obsegu tudi uporabe obstoječe opreme), bi namreč kakršnakoli takšna opredelitev neposredno vplivala na pravice, obveznosti in pravni položaj takih oseb, saj bi se dejansko odločalo o možnosti takšnih oseb glede nastopanja na trgu in prodaje opreme.

Zakon bi kršil pravo Evropske Unije

Ne da bi na tem mestu nameravali obravnavati celoten nabor možnih kršitev prava EU bi želeli omeniti, da bi takšna izključitev ali omejevanje pripeljalo do kršitve prostega pretoka blaga in storitev, pravice do ustanavljanja in določenih temeljnih pravic, kot pojasnjeno. Poleg tega bi šlo na primer za kršitev načel vladavine prava, pravne varnosti, predvidljivosti in učinkovitosti investicij, transparentnosti, objektivnosti ter nediskriminacije in sorazmernosti, ki so zapisana v pogodbah EU in Listini EU.

Skladno s pravom EU (kot tudi Ustavo Republike Slovenije) bi omejitve morale biti sorazmerne in ne iti preko tega, kar je nujno za doseg zasledovanega javnega interesa.

Zakon je tudi v nasprotju s TRIS direktivo (Direktiva (EU) 2015/1535), saj ni bil pravočasno priglašen in ni bil izveden postopek po le-tej.

Zakon tudi ni skladen z načeli Evropskega zakonika o elektronskih komunikacijah (Direktiva (EU) 2018/1972), ki poudarja bistvenost spodbujanja trajnostnih naložb v razvoj novih omrežij ter da je potrebno zagotoviti regulativno predvidljivost in skladnost ter varovanje konkurence. Predlog ZEKom-2 namreč ravno obratno v nasprotju z načeli spodbujanja trajnostnih naložb in predvidljivosti predvideva zavrženje in zamenjavo obstoječe opreme, ki je v času nabave ustrezala vsem predpisom, in to pred iztekom njene dejanske življenjske dobe. Ob tem pa bi se poseglo tudi v konkurenco na trgu.

Zakon bi kršil mednarodne pogodbe, ki zavezujejo Slovenijo

Zakon bi poleg tega kršil mednarodne obveznosti Slovenije, natančneje, prepoved, ki *de facto* temelji na državi izvora

dobavitelja opreme, bi med drugim kršila načeli največjih ugodnosti in nacionalne obravnave, ki izhajata iz predpisov WTO in veljavnih bilateralnih investicijskih sporazumov⁸. Izključitev proizvajalcev na podlagi političnih (in ne objektivnih) meril, bi privedla do kršitve navedenih obveznosti, ravno tako pa je že samo po sebi problematično, če objektivni kriteriji niso določeni, saj to omogoča diskriminacijo in arbitrarno odločanje.

Zakon bi omejeval konkurenco

Skladno z Zakonom o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1) so prepovedana tudi oblastna omejevanja konkurence (glejte VII. del). Vlada, državni organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil ne smejo omejevati prostega nastopanja podjetij na trgu, pri čemer se za omejevanje prostega nastopanja podjetij na trgu štejejo splošni in posamični akti in dejanja, s katerimi se v nasprotju z ustavo in zakonom omejujejo svobodna menjava blaga in storitev, svoboden vstop na trg, svobodno nastopanje na trgu ali s katerimi se kako drugače preprečuje konkurenca (64. člen ZPOmK-1).

Če bi bila na podlagi ZEKom-2 sprejeta odločitev Vlade Republike Slovenije, da se omeji uporaba opreme določenega dobavitelja, na kar merita določbi 112. in 305. člena ZEKom-2, bi šlo za akt oziroma dejanje v nasprotju s 66. členom ZPOmK-1.

Če bi se na primer na podlagi te določbe operaterjem omejila uporaba opreme Huawei Technologies Ljubljana d.o.o., bi se le-temu onemogočalo opravljanje dejavnosti oziroma vrste dejavnosti v Republiki Sloveniji, čeprav izpolnjuje vse z zakonom določene pogoje (dejansko predlog ZEKom-2 tudi ne vsebuje kakršnihkoli konkretnih pogojev ali kriterijev za dobavitelje opreme), posredno ali neposredno bi se ustvarjala diskriminacija med podjetji glede na njihov sedež ter bi se določenim podjetjem neutemeljeno zagotavljal privilegiran položaj pri poslovanju na trgu.

Zakon bi tako izkrivljal konkurenco in bi imel za posledico zvišanje cen, znižanje kvalitete, zmanjšanja izbire in

⁸ Glejte na primer Zakon o ratifikaciji sporazuma med Vlado Republike Slovenije in Vlado Ljudske republike Kitajske o spodbujanju in vzajemni zaščiti investicij (BCNSZI)

inovacij.

Poročilo o usklajeni presoji tveganj omrežij 5G⁹ navaja, da so z vidika tržnega deleža glavni dobavitelji na trgu telekomunikacijske opreme Huawei, Ericsson in Nokia, drugi dobavitelji pa so ZTE, Samsung in Cisco. Če bi se osnutek zakona izvajal tako, da bi proizvajalce 5G tehnologije s Kitajske (npr. Huawei) izključil iz konkurence za opremo 5G (ali opremo nasploh), bi to bistveno negativno vplivalo na konkurenco na trgu.

Omejevanje konkurence s strani države članice bi bilo tudi v nasprotju s pravom EU¹⁰.

Odškodninska odgovornost Republike Slovenije

Glede na vse prej navedeno, bi s sprejemom zakona in v kolikor bi na podlagi zakona bila katerakoli družba iz skupine Huawei Technologies, kar vključuje med drugim Huawei Technologies Ljubljana d.o.o., opredeljena kot dobavitelj z visokim tveganjem oziroma bi se omejila nabava oziroma uporaba takšne opreme, nastala velika škoda, in se Republika Slovenija izpostavlja odškodninski odgovornosti za takšna ravnanja.

Predlog sprememb

V zvezi z drugim odstavkom 112. člena ZEKom-2 predlagamo, da se že v zakonu določijo merila za ocenjevanje tveganja dobaviteljev:

- ali je dokazano, da bi proizvajalec v svoje izdelke predhodno in namerno vgradil tehnične vrzeli ali stranska vrata;

⁹ Angleško "Report on EU coordinated risk assessment of 5G networks security", dostopno na: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6049

¹⁰ Kot izhaja iz sodbe v združenih zadevah od C-184/13 do C-187/13, C-194/13, C-195/13 in C-208/13 se člena 101 PDEU in 102 PDEU sicer res nanašata le na ravnanje podjetij in ne na zakonodajo ali druge predpise, ki jih sprejmejo države članice, vendar ta člena v povezavi s členom 4(3) PEU, ki določa dolžnost sodelovanja med Evropsko unijo in državami članicami, državam članicam nalagata, da ne sprejmejo ali ne ohranjajo v veljavi ukrepov, tudi zakonskih ali podzakonskih, ki bi lahko izničili polni učinek pravil konkurence, ki veljajo za podjetja.

- ali proizvajalec sprejme ukrepe za preprečevanje nezakonitega prenašanja podatkov o uporabnikih v države zunaj EU oziroma preprečevanje nezakonitega pridobivanja podatkov s strani teh držav;
- ali je proizvajalec pridobil mednarodne ali v EU priznane standarde kibernetске varnosti, kot so ISO27001, NESAS in EU shema certificiranja kibernetске varnosti itd.;
- ali obstajajo dokazi, da proizvajalec sprejema ustrezne ukrepe za zagotovitev kibernetске varnosti.

Takšni tehnični ukrepi in kriteriji bi bili v duhu nabora orodij za 5G (EU Toolbox). Ocena bi namreč morala temeljiti na mednarodnih in EU tehničnih in certifikacijskih standardih. Vsiljevanje morebitnih drugih meril, na primer povezanih s poreklom samega proizvajalca, bi v odsotnosti kakršnih koli dokazov o morebitnih tehničnih težavah pomenilo pretiran ukrep in nezakonito diskriminacijo. Ocena bi se morala izvajati na podlagi dejanskega tveganja, pri čemer bi bila smiselna kategorizacija tveganja, ki bi vsebovala distinkcijo glede kritične, visoke ali zmerne ravni tveganja, dobavitelje pa bi bilo potrebno presojati od primera do primera glede na dejanska tveganja.

V zvezi s 305. členom ZEKom-2 bi predlagali:

- v zvezi s prvim odstavkom: zdi se primerneje, da bi se za obstoječo opremo ohranilo zagotavljanje varnosti skladno z do sedaj veljavnimi predpisi, npr. za obstoječo opremo koncept revizije varnosti iz ZEKom-1, namesto ocene tveganj. Če bi se že uvedlo ocenjevanje tveganj tudi za obstoječo opremo, pa bi bilo operaterjem potrebno omogočiti, da bi se lahko sami odločili, ali je takšna ocena potrebna glede na pretekle izkušnje vezane na kibernetско varnost konkretnega dobavitelja;
- v zvezi z drugim in tretjim odstavkom: zdi se primerjane, da bi bilo prehodno obdobje vsaj 10 let. Namreč tako bi se zmanjšal poseg v upravičena pričakovanja in zaupanje v pravo, ki je varovano z načelom pravne države (2. člen Ustave), ter bi se bolj približali življenjski dobi te opreme. Ne bi se namreč smele naknadno uveljavljati omejitve glede uporabe obstoječe opreme, saj navedeno predstavlja neupravičen poseg v načelo zaupanja v pravo. Potrebno je upoštevati, da gre za tako imenovano nepravo retroaktivnost in hud poseg v pričakovane pravice, vključno z lastninsko pravico in da gre za ukrep podoben razlastitvi v razmerju do operaterjev in proizvajalcev opreme. Če se je pravno gledano ta oprema ob dobavi štela za zadosti varno in se tako tudi uporablja, ni videti razloga, zakaj bi od nekega trenutka oprema kar naenkrat štela za nevarno in to tudi brez kakršnihkoli konkretnih dokazov glede kakršnihkoli dejanskih tehničnih tveganj. Če bi se že vzpostavile določene omejitve za kritično infrastrukturo in določene subjekte (pa sicer te omejitve ne bi

smele biti podane za opremo, ki je že v uporabi), pa bi morali sklic na kritično infrastrukturo, izvajalce bistvenih storitev ter organe državne uprave zožiti (na primer na posebno komunikacijsko infrastrukturo: vojaških in obveščevalnih služb, za prenos tajnih podatkov, za primer naravnih nesreč in izrednih razmer) z ustreznimi izjemami, torej, da se lahko v vsakem primeru zagotavlja informacijska infrastruktura javnih ali zasebnih subjektov, ki opravljajo ključne dejavnosti in storitve za delovanje katerega koli od naslednjih sektorjev, pod pogojem, da imajo motnje ali nedelovanje takšne infrastrukture pomemben vpliv na nacionalni ravni zaradi nezmožnosti zagotavljanja navedenih dejavnosti oziroma storitev: kmetijstvo in prehrana; banke in finančne institucije; ponudniki storitev; telekomunikacije; raziskovanje, proizvodnja, distribucija in prodaja konvencionalnega in nekonvencionalnega goriva; proizvodnja, distribucija in prodaja zdravil, pripravkov in medicinskih pripomočkov; vojska, obveščevalna dejavnost in državna obramba; javna infrastruktura; raziskave in razvoj; prevoz; komunalna omrežja, distribucija in oskrba. Vse z namenom, da bi bili izpolnjeni standardi nediskriminatorne obravnave in sorazmernosti, zagotovljeni z Ustavo ter da ureditev ne bi predstavljala kršitev načel objektivnosti, jasnosti, preglednosti in predvidljivosti in nediskriminacije. V takšnem primeru predlagamo, da bi v vsakem primeru z namenom zaščite nacionalnega interesa in javnega reda, lahko operaterji izvajali tudi takšne storitve, če bi po drugi strani prenehanje lahko povzročilo pomemben negativni vpliv na nacionalni ravni.

Glede sklepa Vlade z dne 29.9.2020

Če bi se v predlog ZEKom-2 vključila »dodatna pooblastila regulatorju področja elektronskih komunikacij oziroma organu, pristojnemu za informacijsko varnost, za nalaganje zahtev operaterjem, lahko tudi predhodnih, za zagotavljanje kibernetске varnosti v mobilnih komunikacijskih omrežjih«, kot izhaja iz sklepa Vlade številka: 38100-5/2020/3, z dne: 29. 9. 2020, bi zgoraj izraženi pomisleki smiselno veljali tudi za takšna dodatna pooblastila – spet bi šlo za urejanje zakonske materije s podzakonskim predpisom, kar je v nasprotju z Ustavo.

* * *

Vse zgoraj navedene pripombe glede omejevanja dobaviteljev se smiselno nanašajo tudi na izvajalce storitev.

Sklepno

Izbira dobaviteljev je bila v preteklosti načeloma prepuščena operaterjem, ki so lahko izbirali dobavitelje med drugim na podlagi tehnološkega, stroškovnega kot tudi varnostnega vidika. Glede na to, da so operaterji odgovorni za varnost svojega omrežja, imajo že sedaj jasen interes, da ne izberejo dobaviteljev, ki bi lahko ogrozili njihove obveznosti glede varnosti. Operaterji tudi sami najbolje razumejo kompleksnost njihovih dobavnih verig in imajo najboljši pregled nad komponentami svojega omrežja. Tako bi se Republika Slovenija morala omejiti na tehnične kriterije in standarde, ki jim mora zadostiti 5G, in morebiti prepovedati opremo, ki ne zadostuje tehničnim kriterijem in standardom, ne da bi se *a priori* izključevalo določene dobavitelje na podlagi politične odločitve.

Problematično je, če se vzpostavi negotovost povezana z določenimi dobavitelji (na primer tistimi, katerih oprema ni proizvedena v EU), saj lahko operaterji že iz razloga regulatorne negotovosti raje izberejo dobavitelja, za katerega menijo, da obstaja politično gledano manjša verjetnost, da ga bo Vlada skušala izključiti. Tako lahko že sama negotovost vpliva na položaj na trgu.

Zakon bi bil v končni posledici v škodo slovenskim davkoplačevalcem in potrošnikom, saj bi prišlo zaradi omejevalnih dejanj do povečanja stroškov, na primer zaradi stroškov zamenjav opreme, ki bi se prevalila na potrošnike, kot tudi stroškov povezanih z odškodninskimi zahtevki, ki bi se prevalili na davkoplačevalce, kot tudi zaradi izkrivljene konkurence na trgu, ki bi imela negativen vpliv na cene, kvaliteto, raznolikost in inovacije ter zamude pri uvajanju tehnologij.

Glede na vse navedeno Vas vljudno prosimo, da pripombe preučite v okviru svojih pristojnosti in jih v največji meri upoštevate.

S spoštovanjem,

Huawei Technologies Ljubljana d.o.o.

2020-10-29

