



Številka: U-I-158/17-21

Datum: 2. 11. 2022

**PRITRDILNO LOČENO MNENJE
SODNIKA DR. RAJKA KNEZA
K ODLOČBI ŠT. U-I-158/17 Z DNE 13.10.2022**

Uporaba prava EU *ex officio* v abstraktni ustavnosodni presoji

I. Uvod; o tem, da mora Ustavno sodišče uporabiti pravo EU po uradni dolžnosti

1. V ločenem mnenju naslavljam vprašanje uporabe prava EU po uradni dolžnosti v abstraktni ustavnosodni presoji predpisov. Osrednje vprašanje v tej zadevi je, ali je regulacija cen dimnikarskih storitve ustavnoskladna. Vendar je regulacija cen tudi *par excellence* vprašanje prava EU, tako sklopa pravil svoboščin notranjega trga, urejenih v Pogodbi o delovanju EU (v nadaljevanju PDEU), v tem primeru prostega opravljanja storitev¹ in svobode ustanovitve² (v primerih trgovanja z blagom pa tudi prostega pretoka blaga³), kot tudi konkurenčnih pravil.⁴ Regulacija cen je način, ki grobo poseže na trg.⁵ Zato je v pravu EU regulacija cen tema, ki je resno analizirana. Enako velja za področje storitev v splošnem oz. javnem interesu (s katerimi v nadaljevanju prav tako povezujem dimnikarske storitve⁶). Ne gre torej za kakšno minuciozno vprašanje prava EU.⁷ Pobudniki, zakonodajalec in Vlada se na pravo EU niso sklicevali,⁸ prav

¹ Naslov IV, Poglavje 3 (člen 56 in naslednji) PDEU.

² Naslov IV, Poglavje 2 (člen 49 in naslednji) PDEU.

³ Naslov II, Poglavje 3 (člen 34 in naslednji) PDEU.

⁴ Predvsem 106. člena PDEU v povezavi s 102. in 107. členom PDEU.

⁵ »Res je, da je nadzorovanje cen eno najbolj intruzivnih posredovanj na trgu ter da je posebej močna omejitev lastninskih pravic in svobodnega dajanja gospodarske pobude.« Sklepni predlogi pravobranilca Madura v zadevi C-58/08, Vodafone, z dne 1. 10. 2009, 38. točka.

⁶ Gl. točke 11, 12 in 15 tega ločenega mnenja v nadaljevanju. Definicija t. i. storitev v splošnem gospodarskem interesu v EU (*services of general economic interest, v nadaljevanju SGEI*) je široka in lahko zajame tudi storitve, ki jih država članica izrecno ne opredeli kot storitve javnih služb. Še več, to je zelo kompleksno področje pravil konkurenčnega prava in svoboščin notranjega trga, ki vključuje tudi regulacijo cen tovrstnih storitev. EU je v 36. členu Listine EU o temeljnih pravicah v luči vse večjih učinkov politike liberalizacije uredila dostop do SGEI. Gre za t. i. *spill-over* učinek politike liberalizacije, ki odpira številna pravno kompleksna vprašanja. Gl. več o tem pri S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, 2. izdaja, Hart Publishing, 2021, odstavek 36.01, str. 1026.

⁷ Gl. N. Dunne, *Regulating prices in the European Union*. *Yearbook of European Law*, 37 (2018), str. 344-394. Gl. tudi N. Dunne, *Price Regulation in the Social Market Economy*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 3/2017.

tako pa Ustavno sodišče samo odločitve ni utemeljilo po pravilih prava EU in sodni praksi Sodišča EU. S tem se nisem strinjal.⁹

2. Stališče, da se brez izrecnih navedb strank prava EU ne uporabimo, menim, ni pravilno. Smo v abstraktni presoji,¹⁰ prvi in edini sodnik, soočeni s substanciranimi trditvami o z Ustavo neskladni zakonski ureditvi (74. člen Ustave). Da lahko to presodimo, menim, moramo substancirane trditve o položaju izvajalcev dimnikarskih storitev, nalog in pristojnosti dimnikarjev in (meja) spoštovanja konkurence presojati po pravu EU. Vse, kar potrebujemo za uporabo pravila *iura novit curia*, so substancirani očitki (trditveno podlago). Kam jih bomo uvrstili, pod katero zgornjo premiso, je naloga Ustavnega sodišča. Tudi drugi odstavek 22. člena Zakona o Ustavnem sodišču (v nadaljevanju ZUstS) določa, da zgornja premisa ni le Ustava, ampak hkrati z njo tudi mednarodne pogodbe.¹¹ Ta določba ZUstS ima svoj temelj v 8. členu Ustave, od tod tudi logično izhaja pristojnost Ustavnega sodišča presojati ne le skladnost predpisov z Ustavo, ampak tudi z mednarodnimi pogodbami (prvi in drugi odstavek 160. člena Ustave). PDEU je mednarodna pogodba, ki nas kot taka obvezuje že po 8. členu Ustave; je pa hkrati še posebne vrste mednarodna pogodba, ki nas kot primarno pravo EU specialno zavezuje tudi po 3.a členu Ustave (a tudi, če tega člena ne bi bilo, ne bi bilo prav nič drugače). Zaradi te posebnosti na ustavno raven ne sega le primarno pravo EU, omenjena PDEU in Listina o človekovih pravicah (ki vsebuje tudi pravico do svobodne gospodarske pobude v 16. členu in dostop do storitev v splošnem (javnem) interesu v 36. členu), ampak tudi sekundarno pravo EU.¹²

3. Če so substancirani očitki o prepovedi regulacije cen usmerjeni v 74. člen Ustave, to ne pomeni, da regulacija nima še kakšne druge pravne podlage. Če je ta v pravu EU, ki se uporabi primarno, je treba z njo napolniti tudi vidike 74. člena Ustave ali pravila EU uporabiti neposredno.¹³ Če pa ta trčijo z Ustavo, je nujen predlog Sodišču EU za sprejetje predhodne

⁸ Na pravo EU pa je v postopku sprejemanja zakona ustrezno opozorila Zakonodajno-pravna služba Državnega zbora. Opozorila je ravno na vprašanje, na katero tudi samo osredotočam to ločeno mnenje: na reguliranje cen kot vprašanje notranjega trga EU. Trdi, da je treba to vprašanje preučiti. Mnenje tvori del sodnega spisa.

⁹ Tudi nisem prvič naletel na takšno situacijo in tudi ni prvič, da nisem prepričal večine, da bi morali *sua sponte* ali *ex officio*, po *uradni dolžnosti*, kljub molku udeležencev postopka, sodniki sami uporabiti pravo EU. Tako sem apeliral tudi v zadevi št. U-I-32/17, kjer je bila presojana organiziranost pogrebne dejavnosti.

¹⁰ V tem mnenju se ne ukvarjam z uporabo prava EU po uradni dolžnosti v drugih postopkih pred Ustavnim sodiščem, predvsem v postopkih z ustavnimi pritožbami. Tam so okoliščine drugačne predvsem zaradi zahtev po materialnem izčrpanju očitkov tudi z vidika prava EU. Pa tudi to ni edina posebnost. Postopka sta toliko različna, da zahtevata vsak svojo ločeno analizo uporabe prava EU po uradni dolžnosti, zato se v tem mnenju osredotočam le na postopek abstraktne presoje ustavne skladnosti predpisov.

¹¹ Drugi odstavek 22. člena ZUstS določa: »(2) Ocena ustavnosti in zakonitosti predpisov in splošnih aktov, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil, obsega tudi oceno skladnosti zakonov in drugih predpisov z ratificiranimi mednarodnimi pogodbami in s splošnimi načeli mednarodnega prava.«

¹² Ustavno sodišče je že v zadevi št. U-I-146/12 (odločba z dne 14. 11. 2013, Uradni list RS, št. 107/13, in OdlUS XX, 10) pri presoji Zakona o uravnoteženju javnih financ (ZUJF) kot zgornjo premiso uporabilo Direktivo 2006/54/ES o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu in Direktivo 2000/78/ES o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu. Obe direktivi je uporabilo skupaj s sodno prakso Sodišča EU. Gl. predvsem točke 33–35 odločbe v tej zadevi.

¹³ Gl. že davno odločitev Sodišča EU v zadevi 33-76, *Rewe-Zentralfinanz eG in Rewe Zentral AG proti Landwirtschaftskammer für das Saarland*, z dne 16. 12. 1976: »[...] in the absence of community rules on

odločbe po 267. členu PDEU.¹⁴ Pri postopku abstraktne presoje predpisov Ustavno sodišče sodi na prvi in edini stopnji. Tudi glede uporabe prava EU. Če Ustavno sodišče ne uporabi prava EU, potem *a priori* tudi ni mogoč postopek sprejemanja predhodne odločbe po 267. členu PDEU.¹⁵

4. Tudi načelo nacionalne procesne avtonomije v tem pogledu ne vzpostavlja razlike med uporabo Ustave in prava EU. Nacionalna procesna avtonomija ni absolutna. Omejena je predvsem z načelom enake obravnave (oz. enakovrednosti) nacionalnega prava in prava EU (*principle of equivalence*) in načelom učinkovitosti (*principle of effectiveness*).¹⁶ Obe načeli morata biti kumulativno spoštovani. Če torej za nacionalno pravo velja načelo *iura novit curia*, mora veljati tudi za pravo EU.¹⁷ In tudi če bi uporabo prava EU obravnavali enako kot nacionalno pravo, to še ne pomeni nujno tudi, da bi ta bila učinkovita (npr. če bi nacionalno pravo neučinkovito uporabljali, bi morali učinkovitejšo varstvo nuditi pravicam iz prava EU). Vsi nacionalni organi (ne le sodišča) so zavezani k doseganju polnega učinka prava EU (*full effect*).

5. Če stranke o uporabi prava EU med postopkom prav nič ne navajajo, je njegova uporaba še vedno *ex officio* naloga sodišč. Dovolj je, da stranka poda zahtevek/očitek, temelječ na nekem dejanskem stanju, sodišče pa mora le tega pravno kvalificirati (gre za subsumpcijo pod zgornjo premiso, tj. »prehod iz dejanskega stanu v svet prava«). V našem sistemu velja *iura novit curia*.¹⁸ To je aksiom. Če stranka sama pravno kvalificira očitek, sodišče na to ni vezano.¹⁹ V pravu EU bi Sodišče EU npr. lahko odločilo, da je vprašanje v postopku za sprejetje predhodne odločbe nedovoljeno (*inadmissible*), če dejanskega stanu ne bi bilo mogoče uvrstiti pod normo, za katero predložitveno sodišče sprašuje po razlagi ali veljavnosti. V našem pravnem sistemu ni tako in ko Ustavno sodišče torej opravlja pravno kvalifikacijo, jo mora opraviti tudi po pravu EU (uporabi ga neposredno, *ex officio*), četudi stranke o tem molčijo. To ni sporno. Nacionalna sodišča so, tako kot Sodišče EU, varuhi pravnega reda EU. K učinkovitemu varstvu pravic po pravu EU pred

this subject, it is for the domestic legal system of each Member State [...] to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights which citizens have from the direct effect of community law.«

¹⁴ Tudi Ustavno sodišče mora nacionalno pravo (tudi Ustavo), enako kot t. i. redna sodišča, razlagati konsistentno s pravom EU (*interpretatio europea*, lojalna oz. konsistentna razlaga itd.).

¹⁵ Kar lahko pomeni (tudi) kršitev prava EU, odškodninsko odgovornost po kriterijih iz zadeve C-224/01, *Köbler* ali postopek Evropske komisije proti državi članici po 258. členu PDEU.

¹⁶ Gl. npr. zadevo C-213/89, *Factortame*, sodba z dne 19. 6. 1990, tč. 20: »Sodišče je tudi presodilo, da je z inherentnimi zahtevami prava Skupnosti neskladna vsaka določba nacionalnega pravnega reda ali vsaka zakonodajna, upravna ali sodna praksa, katere učinek je zmanjšanje učinkovitosti prava Skupnosti, če pri uporabi tega prava pristojni sodnik nima pooblastil za to, da stori vse potrebno, da se ne uporabijo nacionalne zakonske določbe, ki morebiti ovirajo – četudi le začasno – polni učinek predpisov Skupnosti (zgoraj navedena sodba *Simmenthal* z dne 9. marca 1978, točki 22 in 23).«

¹⁷ Gl. več o enaki obravnavi pri K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014, str. 132.

¹⁸ Treba je sicer razlikovati med načelom *iura novit curia* in odločanjem *ex officio*. Seveda sta povezana, a tudi če bi nacionalna procesna zakonodaja predpisala, da mora sodišče odločati le na podlagi navedb strank, mora sodišče vendarle samo narediti pravno kvalifikacijo. Gl. tudi tč. 16 obrazložitve sodbe v zadevi C-222/05 do C-225/05, *van der Weerd*, sodba z dne 7. 6. 2007.

¹⁹ Tako npr. tudi tretji odstavek 180. člena Zakona o pravnem postopku.

nacionalnimi sodišči zavezuje tudi 47. člen Listine o temeljnih pravicah EU. Pravo EU zahteva le, da sodišča sama ne odločajo *ultra petitem* (*passive role of the court*).²⁰

6. To, da bi »pogledali proč« v odsotnosti sklicevanja strank na pravo EU in da bi odločali (le) po nacionalnem pravu (le po Ustavi, tudi brez uporabe konsistentne razlage), ni skladno z načeli neposredne uporabe prava EU, neposrednega učinka določb prava EU, *ex officio* uporabe prava EU ali načela konsistentne razlage, kadar določba prava EU neposredno ne učinkuje.²¹ Najmanj, kar se pričakuje od sodišč, je torej konsistentna razlaga nacionalnega prava s pravom EU. Če »pogledamo proč«, to pomeni, da me to kot sodnika sili v položaj sprejeti odločitev, ki ni skladna s pravom EU (čeprav me 3.a člen Ustave zavezuje k prednostni uporabi, ne le pred zakonom, ampak ga moram ustrezno upoštevati tudi pri uporabi Ustave, kot pišem zgoraj v točkah 2 in 3). Sodnik sem torej v položaju, ko vem, da ne odločam pravilno, pa vseeno odločitev utemeljim le na nacionalnem pravu. S tem povzročim kršitev prava EU. Ko odločamo in moramo uporabiti pravo EU, odločamo tudi kot »evropski« in ne le kot nacionalni sodniki.²²

7. Pobudniki navajajo številne ovire pri izvrševanju dimnikarskih storitev, ki, menim, zahtevajo subsumpcijo tudi pod zgornje premise prava EU, ki bi morale napolniti 74. člen Ustave. Trdijo, da je otežen vstop na trg, da ukrepi niso sorazmerni s cilji v javnem interesu, da se postavlja vprašanje obstoja izvajalcev storitev, da sploh ne gre za trg temveč za nedoločen licenčni koncept in ne za javno službo itd. To so vse očitki, zaradi katerih se pravu EU ne moremo izogniti.²³ Ločeno je, seveda, vprašanje rezultata presoje očitkov, a subsumpcija brez prava EU je pomanjkljiva.

²⁰ Kadar stranke o uporabi prava EU molčijo, je sicer prav mogoče, da nacionalna sodišča kakšen minuciozen detajl prava EU spregledajo in je tudi na strankah, da nanj opozarjajo. To lahko ima tudi negativne posledice (sodišča bodo še bolj preobremenjena, ker bodo sama morala biti pozorna na vsako malenkost prava EU). Na Splošnem sodišču EU (pristojno za neposredne postopke) preverjajo *ex officio* samo nekatera najbolj ključna vprašanja: npr. dopustnost tožbe, z materialnega vidika pa npr. kršenje bistvenih pravil, npr. obveznosti obrazložitve odločitev Komisije. Gre za t. i. *moyens d'ordre public*, ki so dokaj omejeni. Splošno sodišče EU v vsakem primeru uporablja pravo EU in stranke se morda *znotraj* tega prava pozabijo sklicevati na kak argument (nasprotno, pri postopku odločanja o predlogu za predhodno odločbo po 267. členu PDEU, za kar je pristojno Sodišče EU, gre za povsem nekaj drugega – tam je pravo EU osrednje vprašanje in postopek se brez vprašanja razlage/veljavnosti prava EU ne more niti začeti). V postopkih na nacionalnih sodiščih (tudi na Ustavnem sodišču) pa lahko stranke povsem »pozabijo« na pravo EU.

²¹ To vprašanje ima drugačne vidike v postopkih z ustavnimi pritožbami, kjer mora pritožnik izčrpati očitke pred t. i. rednimi sodišči. Ločeno vprašanje, na katerega to ločeno mnenje ne odgovarja, pa je, kako se to nanaša tudi na očitke glede uporabe prava EU. Gl. tudi op. 10 zgoraj.

²² Sodba Sodišča EU v zadevi C-456/13 P, *T & L Sugars Ltd*, z dne 28. 4. 2015, v 45. tč. obrazložitve to pojasni z besedami: »Vendar sodnega nadzora nad spoštovanjem pravnega reda Unije, kot je razvidno iz člena 19(1) PEU, ne zagotavlja samo Sodišče, ampak ga tudi sodišča držav članic. PDEU s členoma 263 PDEU in 277 PDEU na eni strani in s členom 267 PDEU na drugi strani namreč vzpostavlja celosten sistem pravnih sredstev in postopkov, ki zagotavljajo nadzor nad zakonitostjo aktov Unije, ta nadzor pa je zaupan sodišču Unije.[...].«

²³ Vprašanje glede izpolnjevanja pogoja čezmejnega (*cross-border*) elementa ni sporno. Več o tem pogoju gl. pri R. Knez, J. Hojnik, Notranji trg EU, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2009, str. 168–171 in tam citirane odločitve Sodišča EU. Gl. tudi zadevo C-293/14, *Gebhart Hiebler*, sodba z dne 23. 12. 2015, v kateri je bila presojana avstrijska ureditev dimnikarskih storitev tudi po Direktivi 2006/123/ES o storitvah na notranjem trgu (Uradni list EU, št. L 376/2006, str. 36, v nadaljevanju DSNT).

II. Vzpostavitev kontradiktornosti z udeleženci v postopku abstraktne presoje glede uporabe prava EU

8. Če Ustavno sodišče uporabi pravo EU *ex officio*, tudi kadar stranke o tem molčijo in med postopkom odločanja za to tudi ne izvedo, je lahko odločitev in razlogovanje Ustavnega sodišča za udeležence v postopku presenečenje. V teh primerih se zato zastavlja vprašanje, ali bi kazalo tudi v postopku pred Ustavnim sodiščem pozvati stranke, naj se opredelijo tudi do prava EU. Člen 28 ZUstS nam omogoča vzpostaviti kontradiktornost s strankami. Preprečimo sodbo presenečenja. Enako kot na javni obravnavi (ki jo Ustavno sodišče, daleč preobremenjeno s pripadom, le redko izvaja) je udeležencem dana možnost biti slišan in pojasniti svoja stališča (*audiatur et altera pars*). Nanje lahko naslovimo tudi tista vprašanja, v katera sodniki trčimo in se (lahko) porajajo samemu Ustavnemu sodišču (udeležencem v postopku pa morda ne). Tako kot to na primer počnejo Sodišče EU, Splošno sodišče EU in ESČP.²⁴ Če je tako, bomo dosegli tudi zaupanje v sodišča, kar moramo sodišča zasledovati in graditi.

9. Še več, ustrezna kontradiktornost s strankami tudi glede vprašanj, ki se sodišču porajajo sama, bi v smislu vprašanja zgornjih premis dosegla raven javne obravnave (kajti pri slednji se vsako vprašanje, ki se postavi sodnikom, postavi strankam, ki imajo nanje možnost odgovoriti in na odgovor replicirati). Prav tako je to v pomoč sodnikom, kajti težje je odločati ne vedoč, kako stranke razmišljajo o zgornjih premisah. Predvsem pa, ne povzroči se presenečenje pri strankah. To je resno vprašanje, kajti kako naj stranke zaupajo sodiščem, če o nečem, kar je temelj ali kar je nosilni razlog odločitve sodišča, niso bile niti vprašane, niti se o tem ni vodila razprava.²⁵

III. O podpori izreku

10. To je težji del pojasnjevanja v ločenem mnenju. Izrek sem namreč podprl, kljub temu, da se ne strinjam s presojo le po 74. členu Ustave, ne da bi ga napolnili s pravom EU.²⁶ Da bi lahko premagal to težavo, sem opravil presojo po pravo EU, ki je v odločbi ni, menim pa, da bi morala biti.

11. Dimnikarske storitve so organizirane tako, da izpolnjujejo skoraj vse kriterije javne službe, čeprav jih zakon tako ne poimenuje. Določena je kontrahirna dolžnost, dimnikarske storitve so

²⁴ Pri Splošnem sodišču EU to omogoča 89.3.a člen Pravil postopka (*Rules of procedure*), pri Sodišču EU pa 61. člen Pravil postopka tega sodišča. Ilustrativen je tudi primer ESČP; v zadevi, prvi v nizu podnebnih tožb (*Cláudia Duarte Agostinho et autres contre le Portugal et 32 autres États*), je to sodišče komuniciralo zadevo in od strank zahtevalo, naj se opredelijo ne le glede domnevne kršitve 2., 8. in 14. člena EKČP, temveč tudi 3. člena (prepoved mučenja ter nečloveškega in ponižujočega ravnanja), in pravice do lastnine iz 1. člena Protokola št. 1 k EKČP. ESČP je torej samo uvidelo, da bi lahko zgornjo premiso tvorili tudi zadnji dve omenjeni določbi EKČP, na katere se pritožniki niso sklicevali. Gl. pri C. Heri, *The ECtHR's Pending Climate Change Case: What's Ill-Treatment Got To Do With It?*, Blog of the European Journal of International Law, z dne 22.12.2020.

²⁵ Menim, da ima sodba presenečenja izrazito negativni vpliv na zaupanje sodiščem. Tudi ni skladna z zahtevo po poštenem postopku (6. člen EKČP in 47. člen Listine).

²⁶ Kot pišem zgoraj, nisem bil prvič pred takšno dilemo, ali zato tudi izreka ne podpreti. Gl. op. št. 9 zgoraj.

(skoraj) enako dostopne za vse (torej, gre za univerzalnost oz. za načelo poštna znamke, kot je značilno za javne službe²⁷), javni interes glede izvajanja teh storitev je zaradi zahtev požarne varnosti izredno močno izražen, izpostavljena so strokovna merila, kdo lahko opravlja storitve, dimnikarji izvajajo tudi določen nadzor in, kot je običajno pri storitvah javnih služb, določene so cene storitev, kar, med drugim, omejuje tudi dobiček. To pomeni, da imamo opravka z ureditvijo, ki sicer v zakonu ni opredeljena kot javna služba (kot je bil to primer ureditve pred ZDimS²⁸), pa vendar je v veliko elementih podobna javni službi (manjka le pristojnost (dolžnost) izvajanja javne službe oblastnim (lokalnim ali državnim) organom). Zato sem v uvodu zapisal, da ne gre le za poglavja PDEU, ki urejajo svoboščine notranjega trga, ampak tudi za pravila o konkurenci, predvsem tista pravila, ki naslavljajo državo, ki z regulacijo posega na (svoboden) trg (zlasti 106. člen PDEU). Ta namreč ureja (predvsem v njegovi izpeljavi z odločitvami Sodišča EU) vprašanja, kdaj se neka dejavnost tej določbi ustrezno uredi kot javna služba, kako se podelijo izključne ali posebne pravice in da se mora tudi v teh primerih spoštovati pravila PDEU, predvsem pravila o prepovedi diskriminacije in pravila o konkurenci.²⁹ PDEU ne definira pojma storitve v splošnem gospodarskem interesu (*SGEI*). Definicijo je podala Evropska komisija: »*Storitve splošnega gospodarskega pomena: so gospodarske dejavnosti, ki se opravljajo v splošno javno korist in se na trgu brez javnega posredovanja sicer ne bi opravljale (oz. bi se opravljale pod drugačnimi pogoji v smislu kakovosti, varnosti, cenovne dostopnosti, enake obravnave ali splošnega dostopa). Obveznosti javne službe se naložijo izvajalcu s pooblastilom in na podlagi merila splošnega interesa, s čimer se zagotovi, da se služba opravlja pod pogoji, ki omogočajo izpolnjevanje njene naloge.*«³⁰ Če nacionalna ureditev neke dejavnost ne nosi naziva (gospodarska) javna služba, vsebuje pa vendarle njene elemente, je treba preveriti tudi ali ne gre za *falsa denominatio non nocet* oz. celo več; sploh ni pomembno, kako se ureditev določenih

²⁷ O upravičenosti takšnega pogoja pri dimnikarskih storitvah primerjaj zadevo C-293/14, *Hiebler*, točke 62-75.

²⁸ Prejšnji sistem je gradil na modelu koncesionirane gospodarske javne službe. Gl. tudi mnenje Zakonodajne pravne službe DZ, št. 804-12/15-6 z dne 24.8.2016, str. 1.

²⁹ Člen 106 (prejšnji člen 86 Pogodbe o Evropski skupnosti) v prvem in drugem odstavku določa:

»1. *Države članice glede javnih podjetij ali podjetij, katerim so odobrile posebne ali izključne pravice, ne smejo sprejeti ali ohraniti v veljavi ukrepov, ki so v nasprotju s pravili iz Pogodb, zlasti iz člena 18 in členov 101 do 109.*

2. *Podjetja, pooblaščen za opravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena, oz. podjetja, ki imajo značaj dohodkovnega monopola, ravnajo po pravilih iz Pogodb, zlasti po pravilih o konkurenci, kolikor uporaba takšnih pravil pravno ali dejansko ne ovira izvajanja posebnih nalog, ki so jim dodeljene. Razvoj trgovine ne sme biti prizadet v takšnem obsegu, ki bi bil v nasprotju z interesi Unije.*«

Medtem, ko se prvi odstavek nanaša na države članice, se drugi na ponudnike storitev. Da bi se doseglo ustrezno ravnovesje med uporabo pravil o konkurenci in interesom držav članic, da zagotovijo kvalitetne storitve v javnem interesu, določba omejuje uporabo konkurenčnih pravil. Omejuje jih z *de facto* in *de iure* izvrševanjem storitev, ki so v javnem interesu.

Prvi odstavek tega člena se predvsem osredotoči na onemogočanje tveganja zlorabe dominantnega položaja podjetjem, ki pridobijo izključne ali posebne pravice. To so tveganja tako glede zlorabe cen, zavrnitev opravljanja storitev, itd. Gl. več o tem pri A. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, *EU Competition Law*, sedma izdaja, Oxford University Press, 2019, str. 593-615. Gl. več o tem tudi pri A. Ezrachi, *EU Competition law, An Analytical Guide to the leading cases*, 4th edition, Oxford and Portland, Oregon, 2014, str. 305 in nasl.

³⁰ Sporočilo Komisije, Okvir kakovosti za storitve splošnega pomena v Evropi (COM)2011, 900 konč., str. 3. Gl. tudi R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 10. izdaja, Oxford University Press, 2021, str. 247.

storitev v nacionalnem pravu poimenuje. Pomemben je vsebinski kriterij; torej, ali ureditev po vsebini zadosti definiciji SGEI.

12. Poseganje zakonodajalca v urejanje teh storitev, je, menim, potrebno. Zakonodajalec je ustvaril področje teh storitev (kaj so, katere storitve so nujne, kako pogosto se izvajajo, kdo so prejemniki storitev (oz. t.i. zagotovljeni prejemniki storitev), kakšni so pogoji za izvajalce storitev, onemogočanje cenovnega razlikovanja oz. princip poštna znamke, itd) in s tem zasledoval velik javni interes (požarne varnosti). Že to nakazuje, da storitve niso povsem prepuščene trgu in (ne)zavednosti posameznikov po nujnosti prejetanja teh storitev ter njihovi (ne)pripravljenosti večkrat v kurilni sezoni dopustiti pregled ter nadzor na kurilnimi napravami in dimniki. Z drugimi besedami, definicija SGEI je tako široka, da ni mogoče trditi, da teh storitev ZDimS ne ureja z elementi javnih služb kot opisujem zgoraj. Če se torej *de iure* in *de facto* približamo situaciji, ki bi bila podobna (koncesioniranemu³¹) izvajanju storitev oz. podeljevanju posebnih pravic za izvajanje storitve v javnem interesu, bi tudi določanje najvišjih dopustnih cen dobilo drugačen vidik.³² Do ocene, koliko je podobnosti s posameznimi elementi javne službe, je vendarle daljša in podrobnejša pot, vendar je že pri elementu urejanja teh storitev v javnem interesu veliko povednosti; storitve se ne prepuščajo tržnim zakonitostim. V tem je srž.

13. Ko je tako, in ne gre za vprašanje popolne liberalizacije določenih storitev, to vpliva tudi na uporabo splošnih pravil o regulaciji cen. Poseganje na trg z regulacijo cen povzroči ovire (v angleščini »*liable to hinder*«) in omejitve oz. oteži vstop »novih« subjektov na trg,³³ omeji tudi lastninsko pravico (npr. glede doseganja dobička, ali morajo morda ponudniki storitev kdaj izvajati storitve tudi pod regulirano ceno, z izgubo³⁴ itd.),³⁵ pa vendarle regulacija cen (tako kot vsak ukrep, ki omeji svoboščine notranjega trga) ni absolutno prepovedana. Kadar za takšen ukrep govorijo *prevladujoči razlogi v javnem interesu* (t. i. ORPI – *overriding reasons in the public*

³¹ Ker storitve izvajajo zasebniki in ne npr. javna podjetja.

³² Določanje cen v primeru javnih služb ni (tako) sporno. Gl. v tem pogledu tudi R. Whish, D. Bailey, nav. delo, str. 250. Prim. tudi zadevo C-266/96, *Corsica Ferries*, točka 46: »[...] ni nezdržljivo s 86. členom in prvim odstavkom 90. člena Pogodbe (op. a: zdaj 106. in 102. člen), če se v ceno storitve vključi postavka, namenjena pokrivanju stroškov vzdrževanja splošne storitve priveza, če ta postavka ustreza dodatnim stroškom, ki izhajajo iz posebnih značilnosti te storitve, in če se za to storitev zaradi posebnosti posameznega pristanišča določijo različne tarife.«

³³ Z besedami Sodišča EU: »It must also be noted that, according to the case-law of the Court, Article 59 of the Treaty requires not only the elimination of all discrimination on grounds of nationality against providers of services who are established in another Member State, but also the abolition of any restriction, even if it applies without distinction to national providers of services and to those of other Member States, which is liable to prohibit or further impede the activities of a provider of services established in another Member State where he lawfully provides similar services (see Case C-76/90 *Säger* [1991] ECR I-4221, paragraph 12; Case C-43/93 *Vander Elst* [1994] ECR I-3803, paragraph 14).« Tako povzame Sodišče EU v točki 29 sodbe C-17/00, *François De Coster*.

³⁴ Pobudniki trdijo, da lahko maksimalne cene vplivajo na obstoj dimnikarskih družb (str. 21 pobude). To, seveda, lahko vpliva na vstop novih ponudnikov storitev na trg (za kar odločba ugotavlja, da temu ni tako (op. 35 in točka 61 obrazložitve odločbe). Ampak pobudniki v odgovoru na mnenje Vlade RS nasprotno zapišejo, da omejevanje z maksimalno ceno ni več smiselno, saj že konkurenca na trgu zagotavlja tiščenje cen navzdol (str. 14). Vlada namreč pojasnjuje, da se na trgu izvajajo storitve pod maksimalno določenimi cenami.

³⁵ Za trditve pobudnikov gl. točko 7 tega ločenega mnenja in A del odločbe.

interest). Tako določa tudi DSNT v četrtem odstavku 10. člena in tretjem odstavku 15. člena ter v 40. in 69. točki uvodnih določil). Nacionalna ureditev lahko izjemoma vzdrži tudi siceršnjo prepoved reguliranja cen tako na področju, kjer je trg liberaliziran, kot tudi (lažje) tam, kjer gre za storitve v splošnem interesu. Tukaj je pogosto stična točka med razlogi ORPI in javnim interesom, ki narekuje posebno ureditev. Vlada navaja ORPI razloge.³⁶ Gre za razloge varovanja okolja, javne varnosti,³⁷ življenja in zdravja ljudi, tako lastnikov nepremičnin s kurilnimi napravami in dimniki, kot drugih v takšnih in sosednjih nepremičninah. Požarno varnost je treba vzeti resno. Ob nepravilnem vzdrževanju kurilniških naprav in dimnikov, neustreznih in ne brezhibnih kurilniških napravah, se lahko hitro zgodijo požari in povzročijo enormno škodo. Naj spomnim samo na velik požar v stanovanjskem bloku Grenfell Tower v severnem Kensingtonu v zahodnem Londonu, ki je lep dokaz za to, kako hitro lahko stavba postane goreča bakla. Namreč, zaradi modernih izolacijskih materialov (stiropor) ogenj hitro zajame celotno zgradbo. Navajam samo en primer, ne da bi izgubljal več prostora s primeri črnih kronik požarov zaradi kurilnih naprav (oz. predvsem neustreznih dimnikov) ali uhajanja monoksida tudi iz slovenskih medijev. Sam sem lahko uvrstil te razloge tako v javno varnost kot tudi v t. i. razloge v prevladujočem javnem interesu (ORPI). Pomembno vlogo pri tem imajo tudi zahteve po periodičnosti pregledov. Nekateri pregledi se vršijo tudi do štirikrat na kurilno sezono,³⁸ ki v Sloveniji traja približno pol leta. To pomeni večkratno zagotovljeno izvajanje storitev (kontrahirna dolžnost) pri istih strankah. Zato menim, da je reguliranje cen dimnikarskih storitev pri dejstvu večkratnih pregledov (na manj kot dva meseca za nekatere preglede), uravnoteženo s ciljem požarne varnosti. Če k temu dodam, da gre za cilj v javnem interesu, je treba imeti v mislih dostopnost do teh storitev (s tem poleg varstva prejemnikov storitve na eni, tudi izogibanje storitvam na drugi, česar ob popolnoma prostem tržnem pristopu ne morem izključiti). Vidim torej trk, na eni strani storitev, ki imajo kar nekaj značilnosti gospodarske javne službe, in na drugi strani popolnoma tržnega pristopa.

14. Nisem sicer našel odločitve Sodišča EU, ki bi neposredno in popolno odgovarjala na vprašanja regulacije cen dimnikarskih storitev v takšnih okoliščinah in v takšni nacionalni ureditvi, kot je slovenska (in da bi lahko neposredno sledil *acte eclairé* doktrini). Zadeva C-293/14, *Gebhart Hiebler*, se sicer nanaša na dimnikarske storitve, a neposredno ne odgovarja na vprašanja reguliranja cen kot izpostavljajo pobudniki. Vendar pa je Sodišče EU v tem primeru tudi imelo opravka s tarifami, ki v Avstriji urejajo plačilo za protipožarne preglede, za katere pa je Sodišče EU menilo, da ne pomenijo izvajanja javne oblasti, pa kljub temu glede tarif ni sprejelo nobenega stališča.^{39, 40} V točki 42 te sodbe Sodišče EU pojasni, da se uporabijo maksimalne

³⁶ Podobni razlogi sicer tudi po Zakonu o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-2) ne štejejo za omejevanje prostega nastopanja s predpisi. Gl. 108. člen tega zakona.

³⁷ Javna varnost je razlog za dopustno odstopanje od svobode ustanovitve in prostega opravljanja storitev tudi že po PDEU (52. člen PDEU), ne le po direktivi. Razlika je v tem, da direktiva zahteva ukrepe, ki so nediskriminatorni, po PDEU pa razlogi iz 51. in 52. člena PDEU (javna oblast, javna varnost, javno zdravje, ...) tega ne zahtevajo.

³⁸ Gl. točko 56 obrazložitve odločbe.

³⁹ Gl. točke 9, 11, 15, 42 sodbe Sodišča EU. Prvenstveno vprašanje v tej zadevi je sicer bilo, ali je treba ločiti dejavnosti čiščenja kurilnih naprav in dimnikov od funkcije nadzora, ki jo prav tako (podobno kot po ZDimS) morajo opravljati dimnikarji (sicer brez pristojnosti oblastnih ukrepov), in ali slednja storitev pomeni izvajanje javne oblasti ter se DSNT ne uporabi ali pa vendarle ne gre za izvajanje javne oblasti. Sodišče EU je odločilo, da ne gre za izvajanje javne oblasti: »[...] je treba Direktivo 2006/123 razlagati tako, da

cene, a ne nakaže problema v tem pogledu in ne problematizira. Drži, da po tem tudi ni bilo vprašano, a je v 74. točki dodalo napotek, da morajo države članice vprašanje izvajanja določenih storitev urediti tako, da bo spoštovano pravilo »finančno uravnoteženih pogojev«. ⁴¹ To se nanaša na ozemeljske omejitve v avstrijski zakonodaji, vendar je zahtevo mogoče razumeti tudi širše. Namreč, v obravnavami zadevi me nagovorijo tudi težave pobudnikov z višino določene maksimalne cene. Vendarle je to vprašanje višine, ne temelja, in je lahko rešljivo z aktivnostjo Vlade oz. ZDimS omogoča postopek, ko Vlada prisluhne in najvišje dovoljene cene spremeni (gl. peti odstavek 19. člena ZDimS). ⁴²

15. Drži tudi, da Ustavno sodišče ni začelo postopka za predlog predhodne odločbe Sodišča EU, da z udeleženci ni vzpostavilo kontradiktornosti glede zgornjih premis iz prava Evropske unije (kar kritiziram v tem mnenju). Ali bi bilo treba začeti s postopkom predloga za predhodno odločbo, kot to zahtevajo 267. člen PDEU in kriteriji iz zadeve C.I.L.F.I.T. (in z zahtevo po učinkovitem varstvu tudi 19. člen Pogodbe o EU in 47. člen Listine)? Sodišče EU je v preteklosti že sprejelo sodbe, kjer so bila osrednja vprašanja o dopustnosti regulacije cen, ⁴³ tako da o samem institutu regulacije cen nacionalna sodišča že imamo smernice. Vendar so primeri lahko različni, ko gre za okoliščine, namene in ORPI (vse to velja tudi za zadevo C-293/14, *Hiebler*, do katere se opredeljujem zgoraj). Kot pojasnujem, pojasnila ORPI prepričujejo v smer opravičenosti regulacije. ⁴⁴ Ne smemo namreč biti brez posluha za različne regulacije storitev v javnem interesu v državah članicah. Ne gre torej za popolnoma tržno dejavnost, kjer je regulacijo cen težje opravičiti. Ko gre za storitve v javnem interesu, je treba previdno stehitati na eni strani javni interes in dostopnost do storitev, njihovo socialno vlogo itd. (torej neekonomske

zajema opravljanje obrtne dejavnosti, kot je dimnikarstvo iz postopka v glavni stvari, v celoti, čeprav ta obrt ne obsega zgolj opravljanja zasebnih gospodarskih dejavnosti ampak tudi naloge v okviru požarne inšpekcije.« Točka 47 sodbe Sodišča EU.

Ni pa pri tem postalo glede tarif in maksimalnih cen. Gl. tudi opombi 41 in 42 v nadaljevanju.

⁴⁰ Tukaj je še vprašanje sorazmernosti na sicer širokem področju diskrecije zakonodajalca, kako organizira določeno dejavnost. Odločba pojasnjuje sorazmernost po 74. členu Ustave in lahko sem sledil. Glede te presoje v ločenem mnenju ne polemiziram.

⁴¹ Sodišče EU v 74. točki pojasni: »Vendar, kot je razvidno iz sodne prakse Sodišča na področju pravil Pogodbe o konkurenci, je treba za izvedbo te slednje presoje sicer izhajati iz premise, da obveznost nosilcev naloge v splošnem gospodarskem interesu, da svoje storitve zagotavljajo v finančno uravnoteženih pogojih, predpostavlja možnost izravnave med donosnimi območji dejavnosti in manj donosnimi območji in zato lahko opravičuje omejitev svobode ustanavljanja za ekonomsko donosna območja (glej po analogiji sodbi *Corbeau*, C-320/91, točki 16 in 17, in *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, točka 57).«

To je tudi zahteva 14. člena PDEU. Gl. op. 42 v nadaljevanju.

⁴² Tudi (v literaturi pogosto zapostavljen) 36. člen Listine EU o temeljnih pravicah, ki zahteva dostop do storitev splošnega pomena je treba razumeti tako z vidika izvajalca kot prejemnika storitev. Ogroženost dostopa do teh storitev lahko povzroči tudi težak položaj izvajalcev storitev. Gl. tudi op. 46 in sklic na Protokol 26 k PDEU. Določbo 36. člena Listine je zato treba nujno brati skupaj s 14. členom PDEU, ki pa tudi za izvajalce storitev SGEI zahteva ustrezne ekonomske in finančne pogoje. 14. člen je namreč vez med pravili konkurence v PDEU in priznavanjem pomembnosti SGEI.

⁴³ Gl. npr. N. Dunne, *Regulating prices in the European Union*, nav. delo, op. 7 zgoraj.

⁴⁴ Okoliščine, pomembne za tehtanje, so drugačne kot npr. v sodbi Sodišča EU v zadevi C-377/17, *Komisija proti Nemčiji*. V tej zadevi je šlo za storitve arhitektov, ki pa so glede vprašanja varnosti (in doseganja ravni prevladujočega javnega interesa) bolj oddaljeni.

komponente) ter na drugi strani položaje ponudnikov storitev, konkurenco med njimi in stopnjo liberalizacije. Na delikatnost oz. na kočljivost tehtanja opozarja tudi AG Szpunar: »[...] *Odločanje med interesom Unije za prosti pretok in interesi držav članic pri zasledovanju neekonomskih ciljev javne politike je kočljiva naloga, ki sčasoma ni postala nič lažja. Ravno nasprotno, v različnih dejanskih okoliščinah se vedno znova pojavljajo ista pravna vprašanja*[...].«⁴⁵ Menim, da mora biti manevrski prostor za države članice tudi v osrčju tehtanja. Podobno kot Ustavno sodišče tega upošteva pri razlagi 74. člena Ustave in omogoča zakonodajalcu in Vladi, da izvajata ekonomsko politiko (torej, znotraj širših meja oz. *margin of discretion*), je to primerno tudi z vidika zgornjih premis prava EU. Države članice so si v svojih ekonomskih politikah in pristopih k organiziranju javnih služb različne. In tudi ni jih treba poenotiti. Združeni v različnosti (tako smo v EU) pomeni, da je naš skupni imenovalc različnost. Pomeni tudi spoštovanje ustreznega prostora proste presoje. Gre za konstantni trk med centrom in članicami, ki je običajno problematičen v vseh oblikah integracij, naj si gre za federalno državo ali za *sui generis* mednarodno (ekonomsko) integracijo kot je EU. Ne gre za to, da bi ta trk eliminirali, ker bo vedno obstajal. Trk je treba (le) umiriti in uravnotežiti.⁴⁶ Ne sme biti ne preveč centralizacije ne preveč nacionalnih pretenzij. Bolj kot gre za univerzalne in temeljne pravice (dolžnosti), več je lahko centraliziranosti in obratno. Gre za stalno iskanje uravnoteženosti in tudi sodišča imajo pri tem veliko vlogo. Zapisano še posebej velja za SGEI po pravu EU. Njihova vključitev v Protokol št. 26 k PDEU in v 36. člen Listine EU o temeljnih pravicah, kaže na vrsto (nacionalnih) različnosti, ki jih je treba upoštevati. Ne gre za značilnosti liberaliziranega trga. Prej za izjeme.⁴⁷ Pomembnost pristopov k SGEI se kaže tudi v pozitivni vlogi teh storitev (in tudi pozitivnih dolžnosti držav članic, da jih zagotovijo oz. da zagotovijo splošen dostop do njih – t. i. *universal access*⁴⁸). Zato gre pri SGEI tudi za vprašanje, koliko so evropeizirane in koliko ostajajo v polju nacionalnih ureditev.⁴⁹

⁴⁵ Njegovi sklepni predlogi v zadevi *Deutsche Parkinson Vereinigung*, C-148/15, točka 1.

⁴⁶ Zato gre v primerih SGEI za t. i. »*shared values*« (skupne vrednote). To je pomembno. Tako EU kot države članice imajo enakovredno vlogo. Na t. i. skupnih vrednotah temelji Protokol št. 26 o storitvah splošnega pomena in zato upošteva pomembno vlogo teh storitev, njihovo raznolikost in številne posebnosti, ki jih je treba upoštevati, da se doseže širok dostop do teh storitev:

»*Skupne vrednote Unije glede storitev splošnega gospodarskega pomena v smislu člena 14 Pogodbe o delovanju Evropske unije zajemajo zlasti:*

- *bistveno vlogo in široko polje proste presoje nacionalnih, regionalnih in lokalnih organov pri zagotavljanju, naročanju in organiziranju storitev splošnega gospodarskega pomena, in sicer čim bolj v skladu s potrebami uporabnikov;*
- *raznolikost storitev splošnega gospodarskega pomena ter razlike v potrebah in željah uporabnikov, ki lahko izvirajo iz različnih geografskih, socialnih ali kulturnih okoliščin;*
- *visoko raven kakovosti, varnosti in cenovne dostopnosti, enako obravnavo ter spodbujanje splošnega dostopa in pravic uporabnikov.*«

Protokol 26 je del PDEU in je enako zavezujoč. Gl. več o tem tudi pri A. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, nav. delo, str. 616 in nasl.

⁴⁷ O »*izjemi od pravil PDEU*« pišejo tudi S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, nav. delo, odstavek 36.02, str. 1026.

⁴⁸ Omenjena določba 36. člena Listine je umeščena v IV. poglavje, kjer so določbe o solidarnosti. Prav tam, odstavek 36.05, str. 1026.

⁴⁹ S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, nav. delo, odstavka 36.33 in 36.49, str. 1033.

16. Z drugimi besedami, menim, da v obravnavani zadevi niti ne gre za presojo ureditve regulacije cen na popolnoma liberaliziranem trgu, ker številni elementi ureditve kažejo, da gre za storitve v javnem interesu in vsaj tesno približevanje, če že ne kar vključenost v definicijo teh po pravu EU. V stiku 37. člena Listine, 14. člena PDEU in Protokola 26 k PDEU s pravili svoboščin notranjega trga (in DSNT), ki zasledujejo liberalizacijo, na eni, ter pravil konkurence na drugi strani, sem presojal tudi okoliščine te ureditve. V tehtanju, ali naj izreka odločbe ne podprem ali pa ga naj podprem kljub odsotnosti razlogov iz prava EU, sem se, iz razlogov navedenih v točkah 11–15, odločil za podporo. Kar pa me moti pri odločanju v tej zadevi, izražam v ločenem mnenju, upajoč, da Ustavno sodišče spremeni poglede na *ex officio* uporabo prava EU v primerih, ko se nanj udeleženci v postopku ne sklicujejo.

dr. Rajko Knez
Sodnik