

## Pravno mnenje o skladnosti nekaterih določb, predvidenih v predlogu Splošnega akta o dodatnih varnostnih zahtevah in omejitvah, z Ustavo Republike Slovenije

Naročnik: Huawei Technologies Ljubljana d.o.o., Ameriška ulica 8, 1000 Ljubljana

Pripravil: izr. prof. dr. Samo Bardutzky, univ. dipl. pravnik, raziskovalec na strokovnem področju ustavno pravo

Ljubljana, september 2023

## 1. UVODNO

Agencija za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (v nadaljevanju: Agencija) je dne 7. 8. 2023 na svoji spletni strani objavila predlog Splošnega akta o dodatnih varnostnih zahtevah in omejitvah (v nadaljevanju: SADVZO). Predlog SADVZO navaja, da je zakonska podlaga zanj v določbi šestega odstavka 116. člena Zakona o elektronskih komunikacijah (v nadaljevanju: ZEKom-2).<sup>1</sup>

Pravno mnenje se opredeljuje do skladnosti nekaterih rešitev, ki jih vsebuje predlog SADVZO, z Ustavo Republike Slovenije (v nadaljevanju: Ustava RS). Natančneje se mnenje opredeli do naslednjih rešitev:

- do definicije kritičnih elementov (določba 2. točke prvega odstavka 2. člena predloga SADVZO v povezavi s Prilogo k splošnemu aktu<sup>2</sup>) in
- do zahtev po diverzifikaciji (določbi 9. točke prvega odstavka 3. člena in petega odstavka 6. člena predloga SADVZO).

Merili za presojo skladnosti z ustavo, na katera smo se osredotočili v mnenju, sta, prvič, ustavno načelo legalitete oz. zapoved vezanosti uprave na ustavo in zakon (120. člen Ustave RS) in, drugič, ustavnopravna zahteva po sorazmernosti, ki izhaja iz načela pravne države (2. člen Ustave RS).

## 2. USTAVNOPRAVNA IZHODIŠČA

### 2.1. Načelo legalitete in zakonska pooblastila za podzakonsko urejanje

Načelo vezanosti upravnih organov na ustavno in zakonsko podlago (načelo legalitete), ki izhaja iz drugega odstavka 120. člena Ustave RS, je eno temeljnih ustavnih načel in vsebuje dve ključni zahtevi: (1) podzakonski predpisi so lahko sprejeti le *na podlagi zakona*, kar pomeni, da morajo temeljiti na (dovolj določni) vsebinski podlagi v zakonu, (2) poleg tega pa morajo biti v *okviru zakona*, kar pomeni, da ne smejo preseči njegovega možnega pomena.<sup>3</sup>

Iz načela legalitete, ki je tesno povezano z načeli demokratičnosti (1. člen Ustave RS), pravne države (2. člen Ustave RS) in delitve oblasti (3. člen Ustave RS), torej izhajata obveznosti delovanja izvršilne veje oblasti na vsebinski podlagi in v okviru zakona in prepoved

---

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 130/22 in 18/23 – ZDU-10.

<sup>2</sup> Po določbi 2. točke 1. člena SADVZO je priloga sestavni del splošnega akta.

<sup>3</sup> Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 68-69.

spreminjanja ali originarnega (izvirnega) urejanja zakonske materije s podzakonskimi predpisi.<sup>4</sup>

Vsebinsko, ki bodisi po Ustavi RS bodisi zaradi svojega pomena sodi v domet zakonskega urejanja, sme urejati le zakonodajalec z zakonom (87. člen Ustave RS), izvršilni oblasti pa prepustiti le, da materijo s splošnimi predpisi dopolnjuje, razčlenjuje in podrobneje opredeljuje.<sup>5</sup> Kadar zakonodajalec izvršilno oblast izrecno pooblasti za izdajo podzakonskega predpisa, mora hkrati določiti okvire in usmeritve za podrobnejše podzakonsko urejanje, izvršilna oblast pa je na te okvire in usmeritve vezana ter jih ne sme preseči.<sup>6</sup> Že načelo delitve oblasti (3. člen Ustave RS) namreč izključuje možnost, da bi upravni organi samostojno spreminjali ali urejali zakonsko materijo, podzakonski akti pa ne smejo vsebovati določb, za katere ni podlage v zakonu.<sup>7</sup>

Navedeno še zlasti velja za urejanje pravic in obveznosti, ki skladno s 87. členom Ustave RS sodi v izključno pristojnost zakonodajalca. Namen te obveznosti je zagotoviti, da pravne norme, ki na originaren način urejajo pravice in obveznosti pravnih subjektov, nastajajo v obliki zakonov.<sup>8</sup> Temeljna vsebina in obseg pravic in obveznosti morajo biti tako dovolj natančno in jasno opredeljene z zakonom. Podzakonski predpis lahko takšno zakonsko materijo nadalje razčlenjuje le na način, ki ne uvaja originarnih nalog države, ne opredeljuje novih pravic in obveznosti in ne širi ali oži pravic in obveznosti, določenih z zakonom.<sup>9</sup>

Zahteva po določnosti zakonske podlage še toliko bolj velja pri urejanju in omejevanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Urejanje načina izvrševanja človekovih pravic in omejevanje človekovih pravic je dopustno le z zakonom, izvršilni oblasti pa je lahko prepuščeno urejanje zgolj manj pomembnih, tehničnih vprašanj, povezanih z omejevanjem določene človekove pravice ali temeljne svoboščine.<sup>10</sup> Merila za takšno urejanje morajo biti dovolj jasno urejena že v zakonu, pri čemer je stopnja zahteve po določnosti odvisna od intenzitete posega v človekovo pravico - večji ko je poseg oziroma učinek na uresničevanje človekove pravice, tem bolj jasno mora biti zakonsko pooblastilo, vselej pa mora biti takšno, da onemogoča originarno omejevanje človekovih pravic v aktih izvršilne veje oblasti (tj. podzakonskih aktih).<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> Odločba USRS U-I-16/98 z dne 5. 7. 2001, tč. 18; odločba US RS št. U-I-260/09-18 z dne 13. 1. 2011, tč. 6; odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 69.

<sup>5</sup> Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 69.

<sup>6</sup> Odločba USRS U-I-16/98 z dne 5. 7. 2001, tč. 18; odločba USRS U-I-60/06, U-I-214/06, U-I-228/06 z dne 7. 12. 2006, tč. 126.

<sup>7</sup> Odločba US RS U-I-264/99 z dne 28. 9. 2000, tč. 9.

<sup>8</sup> Odločba USRS U-I-40/96 z dne 3. 4. 1997, tč. 13; Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 70.

<sup>9</sup> Odločba US RS U-I-288/97 z dne 22. 1. 1998, tč. 4; odločba US RS. U-I-260/09-18 z dne 13. 1. 2011, tč. 6; odločba Upravnega sodišča RS I U 1201/2020-37 z dne 18. 12. 2020, tč. 62. Pri urejanju strokovno tehničnih vprašanj, ki niso primerna za zakonsko urejanje (tj. ne spadajo v sfero zakonodajne veje oblasti) pa lahko zakonodajalec izvršilni veji oblasti prepusti široko polje presoje. Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 70.

<sup>10</sup> Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 71-72.

<sup>11</sup> Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 71-72.

## 2.2. Ustavno načelo sorazmernosti

Po presoji Ustavnega sodišča normodajalca pri urejanju gospodarske dejavnosti veže splošno načelo sorazmernosti, ki mu dovoljuje, da človekovo pravico omeji le toliko, kolikor je to potrebno zaradi varovanja javne koristi. Ključno je, ali je ob izkazani javni koristi poseg v skladu s splošnim načelom sorazmernosti, Ustavno sodišče pa presoja, ali je teža posledic omejitve pravice do svobodne gospodarske pobude sorazmerna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi te omejitve nastale.<sup>12</sup>

Po našem stališču mora, da bi bil poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude dopusten, vsekakor prestatiti test primernost in test nujnosti. Iz splošnega načela sorazmernosti, ki ga Ustavno sodišče v svoji presoji postavlja kot varovalko pred prekomernim posegom v to pravico, namreč po presoji Ustavnega sodišča v zvezi s pravico do svobodne gospodarske pobude izhaja, da mora normodajalec pri postavitvi »omejitve izbrati tak ukrep, ki bo zagotovil učinkovito varstvo javne koristi in hkrati kar najmanj posegel v ustavno pravico.«<sup>13</sup> Ukrep, ki lahko zagotovi učinkovito varstvo javne koristi mora biti torej tak, da se z njim da zasledovani ustavno dopustni cilj doseči (test primernosti); obenem pa mora biti tak, da *kar najmanj* poseže v ustavno pravico – z drugimi besedami, če obstajajo alternativni, blažji ukrepi (ki torej *manj* posegajo) v ustavno pravico, presojsani ukrep ne prestane testa nujnosti.<sup>14</sup>

## 2.3. Specifične okoliščine obravnavane predlagane ureditve, upoštevne za oceno sorazmernosti posega

Kot bomo utemeljili v nadaljevanju (3.4.), predstavljata določba 117. člena ZEKom-2 in tam določena pooblastila vladi za izdajo odločbe v kombinaciji z definicijo kritičnih elementov po predlogu splošnega akta podlago za poseg v pravico do splošne gospodarske pobude (74. člen Ustave RS). Ob tem je treba opozoriti, da na se poseg v svobodno gospodarsko pobudo operaterja in dobavitelja, predviden z zakonsko podlago za prepoved uporabe opreme v individualnem primeru konkretizira na specifičen način, saj bo le delno izvršen preko oblastnega akta. Res je, da bo za to, da bo do posega prišlo, Vlada morala izdati odločbo po prvem odstavku 117. člena ZEKom-2. Vendar pa Vendar pa bo s tem določena le oprema oziroma storitve, ne pa tudi, v katerih elementih operater te opreme oz. storitev ne sme uporabljati. Povsem lahko si predstavljamo, da se bo operater zaradi medoperabilnosti elementov poslovno racionalno, v internih procesih odločanja in brez dodatnih posegov javne oblasti odločil, da se v celoti izogne opremi, ki jo ponuja dobavitelj – naslovník odločbe Vlade in pravne posle v celoti sklepal z dobavitelji, za katere ni bila izdana odločba po 117. členu ZEKom-2.

<sup>12</sup> Odločba USRS U-I-311/11-16 z dne 25. 4. 2013, tč. 16.

<sup>13</sup> Odločba USRS U-I-163/05-36 z dne 27. 10. 2005, tč. 20.

<sup>14</sup> Glej tudi odločbo USRS U-I-212/03 z dne 24. 11. 2005, tč. 15.

Iz tega lahko logično izpeljemo zahtevo, da mora biti Agencija pri oblikovanju splošnega akta in določitvi kritičnih elementov dodatno pozorna na ustavno zapoved, da ravna sorazmerno. Določitev specifične opreme ali storitev kot kritične lahko od primera do primera vodi do različno intenzivnega vplivanja na odločitve operaterjev pri izbiri dobavitelja.

To je posebej upoštevno, ker nad operaterjem, ki sprejema poslovne odločitve glede dobave opreme in storitev, visi poleg kaznovalnopravne sankcije za morebitno operaterjevo neupoštevanje dodatnih varnostnih zahtev in omejitev iz 116. člena (tj. globa po 25. točki prvega odstavka 299. člena ZEKom-2), še dodatna, "skrita" potencialna sankcija. Slednjo smo označili kot "skrito", saj ni predvidena v zakonu, temveč jo je možno razbrati iz razpisnih pogojev nedavno objavljenega javnega razpisa za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom.<sup>15</sup> V razpisni dokumentaciji je namreč predvideno, da lahko Agencija odločbo o dodelitvi radijskih frekvenc razveljavi, če "pristojen organ v postopku inšpekcijskega nadzora nad izvajanjem zakonskih in podzakonskih obveznosti s področja varnosti omrežij ugotovi kršitve", imetnik frekvence pa jih ne odpravi.<sup>16</sup>

Razveljavitev odločbe o dodelitvi frekvenc je lahko še mnogo hujša in invazivnejša negativna posledica od izreka globe. Pomeni lahko namreč uničujoč udarec za gospodarsko aktivnost operaterja. Alternativna pot odprave domnevnih kršitev, ki je denimo predvidena v citirani razpisni dokumentaciji in s katero bi se lahko operater izognil razveljavitvi odločbe o dodelitvi frekvence, pa bi terjala zamenjavo opreme, kar prinaša znatne stroške, ki bi gotovo preseglji znesek globe, predvidene v prekrškovnih določbah ZEKom-2.

Na presojo sorazmernosti posega tako vpliva *de facto* nezmožnost sodne veje oblasti, da bi intervenirala in zavarovala pravice dobavitelja oziroma, videno iz zornega kota dobavitelja, ki mu je bila izrečena odločba Vlade po 117. členu ZEKom-2, da bi dosegel sodno varstvo, saj so lahko, še preden pride do odločitev sodišč, sprejete poslovne odločitve operaterjev, na katere je v bistvenem vplivalo ravnanje oblastnih organov, in ki močno vplivajo na možnost dobaviteljev, nastopati na trgu in s tem uresničevati svojo pravico do svobodne gospodarske pobude. Tako je lahko *de facto* učinek oblastnega ravnanja in postavljanja pravnih pravil na ustavne pravice mnogo večji od tistega, ki ga je *prima facie* moč razbrati iz besedila pravnih pravil in hitreje preide na polje nesorazmernega, s tem pa tudi nedopustnega poseganja.

---

<sup>15</sup> Sklep o uvedbi javnega razpisa z javno dražbo za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom je Agencija objavila v Uradnem listu RS, št. 191/2020; prečiščeno besedilo razpisne dokumentacije, ki jo navajamo v našem besedilu, je dostopno na [https://www.akos-rs.si/fileadmin/user\\_upload/Razpisna\\_dokumentacija\\_za\\_vecfrekvencno\\_drazbo\\_05022021\\_koncna.pdf](https://www.akos-rs.si/fileadmin/user_upload/Razpisna_dokumentacija_za_vecfrekvencno_drazbo_05022021_koncna.pdf).

<sup>16</sup> Točka A.5.6 razpisne dokumentacije, str. 32.

## 2.4. Sklepno

Ustavnosodna presoja Ustavnega sodišča je oblikovala standarde za razlago in razumevanje vseh obeh meril presoje za obravnavo izbranih določb SADVZO, torej tako načela legalitete in vezanosti uprave na ustavno in zakon, kot tudi zahteve po sorazmernosti posegov v z ustavo zavarovane človekove pravice in temeljne svoboščine. Za podzakonsko urejanje je ključnega pomena pooblastilo, ki ga da zakonodajalec. Po presoji Ustavnega sodišča je tudi pri posegih v pravico do svobodne gospodarske pobude, ki je že izhajajoč iz besedila 74. člena Ustave RS omejena z javno koristjo, treba spoštovati zahtevo po sorazmernosti. Tako je treba pri posegih v svobodno gospodarsko pobudo izbrati takšna sredstva, s katerimi je mogoče doseči zasledovani cilj, ki najmanj omejuje svobodno ravnanje naslovnikov pravne norme. Obenem lahko v obravnavani situaciji zasledimo določene specifike, ki lahko vplivajo na presojo sorazmernosti posega v pravico do svobodne gospodarske pobude.

## 3. PRESOJA DEFINICIJE KRITIČNIH SREDSTEV/ELEMENTOV, KOT JE PREDVIDENA S SADVZO

### 3.1. Definicija kritičnih elementov/sredstev in njena relevantnost za ustavno-pravno analizo SADVZO

Po določbi petega odstavka 116. člena ZEKom-2 operater mobilnih komunikacijskih omrežij, ki zagotavljajo ta omrežja določenemu krogu uporabnikov, “v kritičnih elementih in funkcijah tega omrežja in pripadajočih informacijskih sistemih ne sme uporabljati opreme in storitev podpore tretje ravni, katere uporaba bi lahko ogrozila nacionalno varnost.” 117. člen ZEKom-2 daje vladi pristojnost, da z odločbo določi takšno opremo in storitve tretje ravni.

Prepoved uporabe opreme in storitev iz petega odstavka 116. člena ZEKom-2, ki jo določi Vlada po prvem odstavku 117. člena ZEKom-2, je **z vidika dobaviteljev opreme in storitev nedvomno poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude iz prvega odstavka 74. člena Ustave Republike Slovenije (URS)**, saj tem subjektom onemogoča, da bi sodelovali na trgu in zasledovali premoženjsko korist z izvajanjem svoje gospodarske dejavnosti.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Prim. opredelitev polja varovanja pravice iz 74. člena URS v Zagradišnik, Komentar 74. člena, v: Avbelj (ur.) Komentar URS (Človekove pravice, 2019), rob. št. 10.

Po stališču US gre za poseg v svobodno gospodarsko pobudo “praviloma takrat, ko zakonodajalec subjektom neko ravnanje prepoveduje” ali “zapoveduje točno določeno ravnanje, ki subjektu ne omogoča prav nikakršnega polja za prosto podjetniško odločanje”.<sup>18</sup> Z vidika dobavitelja opreme, ki bi bil določen za dobavitelja z visokim tveganjem, gre tako rekoč za izključitev iz sodelovanja na trgu in tako brez dvoma za poseg.

**Obseg tega posega** pa je odvisen tudi od definicije *kritičnih elementov in funkcij*, v katerih operater opreme in storitev ne sme uporabljati. Obseg posega je v ključnem delu odvisen od razlage te definicije zato, ker so kriteriji za določitev opreme in storitev, ki bi lahko ogrozili nacionalno varnost, v prvem odstavku 117. člena ZEKom-2 formulirani tako, da se nanašajo na lastnosti bodisi dobavitelja bodisi države dobavitelja. V številnih primerih bo tako pojmovno tako rekoč nemogoče, da bi vlada z določbo iz prvega odstavka 117. člena ZEKom-2 določila le določen tip opreme oziroma storitev. V primeru, da Vlada za določenega dobavitelja ugotovi, da on ali njegova država dosega vsaj štiri od naštetih meril, bo - ob tako oblikovani določbi 117. člena - logični zaključek, da mora odločba vlade zajeti vso njegovo opremo/storitve. Iz tega izhaja, da bo obseg prepovedi uporabe, s tem pa tudi intenzivnost posega v pravico do svobodne gospodarske pobude, odvisen od tega, kako bo interpretiran zakonski termin “kritični elementi in funkcije (tega omrežja)” iz petega odstavka 116. člena ZEKom-2.

Predlog SADVZO v 2. točki 1. člena kot vsebino splošnega akta navaja, da splošni akt določa “kritične elemente omrežja in pripadajoče informacijske sisteme z njihovimi funkcionalnostmi iz šestega odstavka 116. člena Zakona o elektronskih komunikacijah [...], kot so navedeni v prilogi, ki je sestavni del tega splošnega akta [...]”.

Za naše mnenje so tako ključni elementi in funkcionalnosti, določeni v prilogi k splošnemu aktu. Določene elemente, našete v seznamu v prilogi, bomo izpostavili v nadaljnji analizi spodaj, med njimi pa zlasti vključitev radijskega dostopovnega omrežja, kjer so kot edina funkcionalnost navedene “bazne postaje, ki podpirajo tehnologijo 5G ali višje”, ter upravljavske sisteme.

V našem mnenju se bomo osredotočili na vključitev in formulacije teh kritičnih elementov v kontekstu omenjenih norm ZEKom-2 z vidika ustavnopravnega načela sorazmernosti v povezavi s pravili Ustave RS o dopustnosti poseganja v človekove pravice in temeljne svoboščine iz tretjega odstavka 15. člena. Naša analiza pokaže, da so določbe sporne z vidika zagotavljanja sorazmernosti pri posegih v svobodno gospodarsko pobudo.

---

<sup>18</sup> Odločba US RS v zadevah U-I-446/20-11, U-I-448/20-8, U-I-455/20-8 in U-I-467/20-8 z dne 15. 4. 2021, tč. 16.

### 3.2. Ocena skladnosti definicije kritičnih elementov/sredstev z vidika načela sorazmernosti

Zgoraj smo zavzeli stališče, da bo moral poseg v svobodno gospodarsko pobudo, da bi bil dopusten, gotovo prestatati vsaj test primernosti in test nujnosti. Z vidika testa nujnosti odpira uvrstitev baznih postaj v seznam kritičnih elementov vprašanje, ali se brez tega ne da doseči zasledovanih ciljev.

To ni naključno izbrana točka preizkusa. Po dostopnih informacijah je v postopku zbiranja informacij in analize stanja za potrebe ocene tveganja kibernetične varnosti omrežij 5G nastalo poročilo, s katerim so se strinjale države članice EU.<sup>19</sup> V okviru priprave usklajene ocene tveganja opravljena tudi analiza vprašanja, katere ključne elemente (*key elements*) je mogoče šteti za kritične (*critical*), katere pa je po drugi strani moč razvrstiti v druge kategorije občutljivosti (visoka - *high* in zmerna - *moderate*).<sup>20</sup> V tej klasifikaciji je denimo jasno, da med državami članicami bazne postaje niso uvrščene med elemente, ki bi jih označili kot "kritične", temveč v nižjo kategorijo "visokega tveganja". Po razpoložljivih informacijah je tudi Slovenija v svojem nacionalnem poročilu o oceni tveganja kibernetičnih tveganj v omrežjih 5G za posamezne kategorije elementov omrežij določila relativno stopnjo občutljivosti, pri čemer je določene kategorije označila kot kritične, določene pa kot visoko tvegane. Bazne postaje tudi v slovenskem poročilu niso bile uvrščene med elemente s kritično stopnjo občutljivosti).

Podobne zaključke nudi primerjava med vsebino seznama iz priloge k SADVZO na eni strani ter opredelitvijo kritičnih elementov v poročilu skupine za sodelovanje NIS *EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks* na drugi strani v zvezi z upravljaljskimi sistemi (*Management systems and supporting services*). Tudi ta kategorija je v poročilu skupine za sodelovanje NIS označena s še nekoliko nižjo stopnjo občutljivosti - zmerno do visoko tvegani (*moderate/high level of sensitivity*). Predlog SADVZO pa jih prav tako uvršča med kritične elemente.

Na področjih pravnega urejanja, za katera je značilna pomembna vloga strokovnih dognanj, kakršno je gotovo tudi področje kibernetične varnosti, je za izvedbo testa nujnosti ključno upoštevati strokovna dognanja, s pomočjo katerih je moč ugotoviti, kateri izmed možnih alternativnih ukrepov predstavlja najmanj invaziven poseg v človekovo pravico, pa je z njim obenem še mogoče doseči cilj, ki ga zasledujemo. To velja tako za pripravljalca predpisa kot za sodno vejo oblasti v morebitni kasnejši fazi ustavnosodne kontrole predpisa. V procesu identifikacije tveganj, ki je temeljilo na stroki in katerega rezultat sta zgoraj omenjeni evropsko poročilo in nacionalno slovensko poročilo, bazne postaje ne glede

<sup>19</sup> Skupina za sodelovanje NIS (NIS Cooperation Group), ki jo je predvidela Direktiva (EU) 2016/1148 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. julija 2016 o ukrepih za visoko skupno raven varnosti omrežij in informacijskih sistemov v Uniji (UL EU L 194/1, 2016 - 11. člen), je oktobra 2019 objavila poročilo o usklajeni oceni tveganj kibernetične varnosti omrežij 5G (v nadaljevanju: Poročilo NIS, v izvirniku: *EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks*, dostopno preko <https://digital-strategy.ec.europa.eu/sl/node/1448>).

<sup>20</sup> Poročilo NIS, tč. 2.21, str. 16.



na njihovo lokacijo kot tudi še nekateri drugi elementi (upravljavski sistemi, transport in prenosne funkcije) niso bile prepoznane kot kritični element omrežja.

Ob morebitni ustavnosodni presoji bi se zastavilo vprašanje, ali ne bi glede na strokovna dognanja, povzeta v teh poročili, prišli do zaključka, da je možno zasledovani cilj doseči tudi brez uvrstitve baznih postaj in drugih omenjenih elementov v seznam. Breme, da pojasni racionalne in strokovne razloge za drugačno odločitev, ki po eni strani odstopa od javno predstavljenih in javnosti dostopnih strokovnih ugotovitev, po drugi strani pa težje prizadene naslovnike pravnih norm, bi bilo na pripravljalcu prepisa.

### 3.3. Sklepno

Definicija kritičnih elementov, predvidena v predlogu SADVZO in sestavljena iz splošne klavzule ter seznama kritičnih elementov v prilogi k splošnemu aktu, je ustavnopravno izjemno problematična z vidika ustavnega načela sorazmernosti. Primerjava predlaganih dikcij v splošnem aktu z informacijam iz dokumenta *EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks* kaže na obstoj manj invazivnih alternativ, zaradi česar se pojavljajo utemeljeni dvomi, ali bi predlagana ureditev prestala test nujnosti. Negativen rezultat testa nujnosti kot prvina presoje z vidika načela sorazmernosti pa posledično pomeni, da obravnavana ureditev ni skladna s tem temeljnim ustavnim načelom.

## 4. PRESOJA DOLOČB 7. TOČKE PRVEGA ODSTAVKA 3. ČLENA IN PETEGA ODSTAVKA 6. ČLENA SADVZO (ZAHTEVE PO DIVERZIFIKACIJI)

Predlog SADVZO med usmeritvami, ki jih morajo upoštevati operaterji, z namenom preprečevanja odvisnosti od posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitve tretje ravni ureja dve omejitvi, in sicer:

- v 9. točki prvega odstavka 3. člena SADVZO, ki med temeljnimi usmeritvami določa *“izogibanje enemu samemu dobavitelju, da se prepreči odvisnost ter zagotovi odpornost v primeru kritičnih ranljivosti komponent, katastrofalne okvare omrežja oziroma grožnje za varnost omrežij in storitev kritičnih subjektov s strani tretjih fizičnih ali pravnih oseb javnega ali zasebnega prava,“* in
- v petem odstavku 6. člena SADVZO, ki določa: *“Operater preprečuje svojo odvisnost od posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni (t.i. angl. »vendor lock-in«) tudi z izogibanjem dolgoročnim pogodbam s posameznim*

*dobaviteljem oziroma ponudnikom storitev podpore tretje ravni oziroma ima možnost njune menjave z namenom zmanjševanja motenj pri zagotavljanju storitev kritičnim subjektom na najmanjšo možno raven .”*

V nadaljevanju pojasnjujemo, da navedeni določbi presegata zakonsko pooblastilo iz šestega odstavka 116. člena ZEKom-2.

#### **4.1. Obseg pooblastila iz šestega odstavka 116. člena ZEKom-2 in zahtevi po diverzifikaciji, ki ju je s SADVZO predvidel AKOS**

SADVZO je sprejet na podlagi izrecnega zakonskega pooblastila iz šestega odstavka 116. člena ZEKom-2. Ta Agencijo pooblašča za izdajo splošnega akta, s katerim opredeli “predvsem kritične elemente omrežja in pripadajočih informacijskih sistemov” iz petega odstavka 116. člena ZEKom-2 ter “druge zlasti tehnične usmeritve, ki jih morajo upoštevati operaterji.” V prvi točki prvega odstavka 1. člena SADVZO namreč uporabi izraz “usmeritve”, s čimer se naveže na dikcijo zakonskega pooblastila.<sup>21</sup> Vendar pa bo naša analiza v nadaljevanju pokazala, da nekatere sporne določbe predlaganega SADVZO ne morejo biti kvalificirane kot “usmeritve”, temveč gre *po vsebini* za obveznosti, ki jih podzakonski predpis nalaga naslovníkom pravnih norm, kar seveda odpira vprašanja skladnosti z načelom legalitete. Obenem pa ime oz. naslov splošnega akta vsebuje dikcijo “o dodatnih varnostnih zahtevah in omejitvah”, kar že kaže na to, da ambicija Agencije ni zgolj, da bi določila usmeritve v smislu zakonskega pooblastila iz ZEKom-2, temveč je cilj urejanja v splošnem aktu širši, zaradi česar moramo biti dodatno pozorni na morebitno preseganje zakonskega pooblastila.<sup>22</sup>

V drugi točki prvega odstavka 116. člena ZEKom-2 je kot vsebina splošnega akta določen tudi seznam kritičnih sredstev, kar temelji na zakonskem pooblastilu. Drugače pa je treba okvalificirati zahtevo SADVZO po diverzifikaciji, ki izhaja iz 7. točke prvega odstavka 3. člena in petega odstavka 6. člena SADVZO. Ker je prvi del zakonskega pooblastila iz šestega odstavka 116. člena ZEKom-2 usmerjen v podrobnejše definiranje kritičnih elementov in že po enostavni jezikovni razlagi ne more urejati dodatnih obveznosti za operaterje, kot potencialna podlaga za tovrstno podzakonsko urejanje preostane le še drugi del navedene zakonske določbe oz. pooblastila za zakonsko določanje, po katerem lahko Agencija določi

---

<sup>21</sup> Do uporabe izraza “usmeritev” se dodatno opredelimo spodaj, v 4.1.3.

<sup>22</sup> V prejšnjem predlogu splošnega akta, ki ga je Agencija objavila na spletni strani (in dala v splošno razpravo) dne 7. 4. 2023, je bilo določanje dodatnih varnostnih zahtev za operaterje navedeno tudi v besedilu drugega odstavka 1. člena splošnega akta, kar je bilo že *prima facie* sporno z vidika zakonskega pooblastila. V predlogu splošnega akta, ki ga obravnavamo v tem mnenju, pa tovrstne dikcije v tekstu ni več. Terminološki pristop Agencije je v primerjavi s predlogom splošnega akta, objavljenim 7. 4. 2023, manj jase, saj denimo v naslovu 6. člena, tj. določbe, ki vsebuje tudi zahtevo po diverzifikaciji, uporablja dikcijo “varnostni ukrepi”. To pa še ne pomeni, da lahko drugačno poimenovanje splošnega akta ter posameznih členov omili morebitno preseganje zakonskega pooblastila, ki ga je treba presojati po vsebini.

“druge zlasti tehnične usmeritve”. Tako se zastavi vprašanje, ali je postavitev zahteve po diverzifikaciji utemeljena na zadostni zakonski podlagi.

#### 4.1.1. Razlaga zakonskega pooblastila za določitev “drugih zlasti tehničnih usmeritev”

S tako oblikovano dikcijo drugega dela zakonskega pooblastila za podzakonsko urejanje je zakonodajalec Agencijo pooblastil, da določi “druge usmeritve”, pri čemer gre v prvi vrsti in predvsem za tehnične usmeritve. Z dodatkom besede “zlasti” je zakonodajalec razširil pomensko oz. interpretativno polje tega pooblastila. Izraz “zlasti” sodi namreč z vidika nomotehnične stroke med tako imenovane “difuzne izraze,” pri katerih “sta zaradi ohlapnosti njihovega pomena in določenosti potrebni posebna previdnost in preudarnost, tako da jih je pri izvrševanju predpisa nujno razlagati (bolj kot druge izraze).”<sup>23</sup> Z opozorilom nomotehnične stroke, da je potrebno dikcije, ki uporabljajo difuzne izraze, natančno razlagati, se povsem strinjamo. Povsem v nasprotju z zgoraj očitano logiko ustavnega načela legalitete bi bilo, če bi besedici zlasti v našem kontekstu pripisali moč, da zakonsko pooblastilo razširi na *kakršne koli* druge usmeritve. Zaradi ustavno zajamčene vezanosti uprave na ustavo in zakon (120. člen Ustave RS) je treba dikcijo “druge zlasti tehnične usmeritve” razlagati ozko in si predvsem zastaviti vprašanje, kakšne druge, “netehnične” usmeritve bi še utegnile biti takšne, da bi se s podzakonskim urejanjem le-teh doseglo učinkovito izvrševanje zakonske norme.

Odgovor na to vprašanje ponuja dokument Skupine za sodelovanje na področju varnosti omrežij in informacij (ang. NIS Cooperation Group)<sup>24</sup> *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*.<sup>25</sup> Dokument je bil zamišljen kot “podlaga za identifikacijo ukrepov za zmanjševanje tveganj, ki se jih lahko uporabi na ravni države članice in na ravni Unije.”<sup>26</sup> V kontekstu razlage zakonskega pooblastila po 116. členu ZEKom-2 lahko služi (vsaj) kot interpretativni okvir, saj je nastal v okviru izgradnje skupnega evropskega sistema zagotavljanja kibernetične varnosti in s sodelovanjem vseh držav članic in

---

<sup>23</sup> Služba Vlade RS za zakonodajo, Nomotehnične smernice, 3., spremenjena in dopolnjena izd., 2018, tč. 102, str. 69.

<sup>24</sup> Skupina za sodelovanje na področju varnosti omrežij in informacij (NIS Cooperation Group) je predvidena v 14. členu Direktive (EU) 2022/2555 Parlamenta in Sveta z dne 14. decembra 2022 o ukrepih za visoko skupno raven kibernetične varnosti v Uniji, spremembi Uredbe (EU) št. 910/2014 in Direktive (EU) 2018/1972 ter razveljavitvi Direktive (EU) 2016/1148, UL EU L 333/80 (krajše: direktiva NIS 2). Gl. tudi <https://digital-strategy.ec.europa.eu/sl/policies/nis-cooperation-group>.

<sup>25</sup> NIS Cooperation Group, *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, CG Publication 01/2020, dokument je objavljen na [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=64468](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=64468).

<sup>26</sup> *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, str. 4.

pristojnih institucij ter teles EU.<sup>27</sup> Ta dokument tako v okviru instrumentov za zmanjševanje tveganj, ki so predvideni na ravni Unije<sup>28</sup> kot tudi pri prikazu pravil v državah članicah, s katerimi so le-te implementirale pravila za telekomunikacije v EU<sup>29</sup>, omenja dva tipa ukrepov. Poleg tehničnih, ki so v jedru zakonskega pooblastila po šestem odstavku 116. člena ZEKom-2, tudi *organizacijske* ukrepe. Po naši oceni se lahko organizacijski ukrepi razlagajo kot vzpostavitev ustreznih sistemov oziroma mehanizmov, s katerimi operater svojo notranjo strukturo ter organizacijo delovnih procesov in človeških virov uredi tako, da mu omogoči učinkovito izvajanje ukrepov za zmanjševanje tveganj.<sup>30</sup>

Zaključimo lahko torej, da si je na podlagi obstoječih virov mogoče zamisliti prepričljivo in ustrezno ozko razlago dikcije “drugih usmeritev”. Naše stališče je, da mora organ, ki sprejme podzakonski predpis in s tem postavi obvezujoče pravne norme, kadar je postavljen pred izbiro med po eni strani ozke, z zakonskim pooblastilom skladne variante na eni strani, in široke, zakonsko pooblastilo presegajoče variante na drugi strani, uporabiti prvo, da ne bi prišlo do kršitve zapovedi vezanosti uprave na zakon (120. člen Ustave RS).

#### 4.1.2. Razčlenitev predlaganih določbi SADVZO, ki vsebujeta zahtevo po diverzifikaciji

Na podlagi teh vmesnih zaključkov je treba obravnavati določbi SADVZO, ki operaterjem z namenom preprečevanja njihove odvisnosti od enega samega ponudnika nalagata obveznost izogibanja “*enemu samemu dobavitelju*” (deveta točka prvega odstavka 3. člena SADVZO) in “*dolgoročnim pogodbam s posameznim dobaviteljem oziroma ponudnikom storitev tretje ravni*” (peti odstavek 6. člena SADVZO).

Ne glede na izbiro glagola v dikciji teh dveh določb SADVZO (“izogibati”) je vsebino pravne norme težko okarakterizirati kako drugače kot prepoved. Glagol “izogibati” je pomensko ohlapen, še posebej, ker je v nedovršenem glagolskem vidu.<sup>31</sup> Verjetno je Agencijo pri izbiri te besede vodila želja pravne učinke predlagane norme prikazati kot manj invazivne, kot v resnici so. Z vidika naslovnika pravne norme pa tudi na videz mehkejši izraz nima bistveno drugačnih posledic. Če želi preprečiti nastanek pravne sankcije oz. negativne posledice (bodisi izreka globe v prekrškovnem postopku bodisi odvzema frekvence, gl. spodaj),

<sup>27</sup> Po določbi tretjega odstavka 14. člena direktive NIS 2 Skupino sestavljajo “predstavniki držav članic, Komisije in Agencije Evropske unije za kibernetno varnost (ENISA).”

<sup>28</sup> *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, str. 6.

<sup>29</sup> *Ibid.*, str. 9.

<sup>30</sup> Za ilustracijo teh procesov, pri katerih je moč terjati organizacijske prilagoditve operaterja lahko vza-memo navedbo iz *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, str. 10., po kateri varnostni ukrepi zajemajo “...ukrepanje ob incidentih, menedžment v zvezi s kontinuiteto poslovanja, nadzor, preglede in testiranje... (*...handling of security incidents, business continuity management, monitoring, auditing and testing...*).”

<sup>31</sup> Dovršna različica “izogniti”, denimo, je za odtenek pomensko jasnejša – predvsem v smislu, da bi bilo z uporabo dovršnega vida jasneje, da gre za *de facto* prepoved.

lahko utemeljeno pričakujemo, da bo naslovnik obveznost *izogibanja* sklepanju pogodb bral in razlagal kot *prepoved* sklenitve pogodbe.

Glede na naše zaključke glede razlage zakonskega pooblastila iz petega odstavka 116. člena ZEKom-2, kot smo jih predstavili zgoraj, prepoved sklepanja pogodb ne more biti zajeta z drugim delom pooblastila, saj presega pooblastilo za določitev “drugih zlasti tehničnih usmeritev”. To dodatno utemeljujeta še dva argumenta. Prvi izhaja iz jezikovne analize predlagane ureditve. Izraz “usmeritev” nakazuje, da gre za mehkejše oblike navodil, ki nimajo nujno kakovosti pravne norme.<sup>32</sup> Vsebinsko zajemajo zlasti navodila, oblikovana na podlagi strokovnih dognanj, medtem ko omejevanje svobode poslovnega ravnanja, četudi bi bilo hipotetično ustavnopravno dopustno, terja višjo stopnjo demokratične legitimnosti, zaradi česar se ga sme urejati predvsem v zakonu. Ta argument pa dopolnjuje naša ugotovitev, da je vloga javnih agencij v našem ustavnem sistemu zlasti v tehnični regulaciji, utemeljeni na strokovnem znanju, ne pa na legitimnosti za sprejemanje širših, invazivnejših in po naravi bolj političnih odločitev.<sup>33</sup>

#### 4.1.3. Ustavnopravna klasifikacija *de facto* prepovedi sklepanja pogodb

Prepoved sklepanja pogodb je težak in invaziven ukrep, ki operaterjem bistveno omejuje svobodno izbiro poslovnih partnerjev. Slednje upravičenje po stališču komentatorice

---

<sup>32</sup> Pregled predpisov po iskalniku Pravno informacijskega sistema RS (PISRS, [www.pisrs.si](http://www.pisrs.si)) kaže, da je uporaba izraza “usmeritev” oz. “usmeritve” v zakonodajnem urejanju prejkone redka. Gre večino za zakonodajo, ki ne velja več. Pregled nekaterih zakonov kaže, da se v zakonodaji ta izraz uporablja npr. za informacije, ki jih političnim odločevalcem posredujejo strokovna telesa. Po že ne več veljavnem Zakonu o raziskovalni in razvojni dejavnosti (Uradni list RS, št. 22/06 – uradno prečiščeno besedilo, 61/06 – ZDru-1, 112/07, 9/11, 57/12 – ZPOP-1A, 21/18 – ZNOrg, 9/19 in 186/21 – ZZrID) je tako denimo Svet za znanost in tehnologijo Republike Slovenije kot strokovno posvetovalno telo Vlade le-tej predlagal “usmeritve” za pripravo raziskovalne strategije Slovenije). Kadar je zakonodaja predvidevala podajanje usmeritve v drugo smer, torej od političnih odločevalcev (Vlada, ministrstva, Državni zbor) k bolj strokovnim ali poslovnim subjektom (npr. agencijam, pravnim osebam javnega prava), pa so morale biti te “splošne” in niso smele “posegati v vodenje postopkov oziroma odločanje o posamičnih zadevah,” kot je to predvideval 5. člen že ne več veljavnega Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (Uradni list RS, št. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13 – odl. US, 63/13 – ZS-K, 33/14, 76/15, 23/17 in 130/22 – ZPOmK-2). Prim. tudi “usmeritve” ministrstva Družbi za upravljanje terjatev bank po 4. členu že ne več veljavnega Zakona o ukrepih Republike Slovenije za krepitev stabilnosti bank (Uradni list RS, št. 105/12, 63/13 – ZS-K, 23/14 – ZDIJZ-C, 104/15, 26/17 – ORZUKSB33, 27/17 – popr. in 174/20 – ZIPRS2122). Ti primeri kažejo na to, da je (bil) izraz “usmeritve” v slovenskem zakonodajnem izrazju namenjen informacijam ali navodilom, ki ne dosejajo kakovosti pravne norme.

<sup>33</sup> Prim. Rose-Ackerman, *The Regulatory State*, v: Rosenfeld in Sajo (ur.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP 2013, str. 676.

Ustave Republike Slovenije spada v samo jedro polja ustavnega varstva svobodne gospodarske pobude.<sup>34</sup> Dodamo lahko, da je svobodna izbira poslovnih partnerjev s ciljem zasledovanja poslovnega uspeha, ustvarjanja dobička in konkurenčnosti na prostem trgu tudi izraz avtonomije pogodbene volje.<sup>35</sup>

Podobno trdimo za določitev trajanja veljavnosti pogodbe, ki jo lahko štejeemo za bistveno sestavino tovrstnih pogodbenih razmerij. Ob tem lahko dodamo še, da predlog SADVZO uporablja zelo ohlapen pravni pojem "dolgoročnih pogodb", ki se jim morajo izogibati operaterji.<sup>36</sup> Vprašanje, kako dolgo mora biti obdobje veljavnosti pogodbe, ga oblastni organi ne bodo šteli za sestavino "dolgoročne pogodbe", postane z uporabo tako ohlapnega pravnega pojma vprašanje za operaterja, ki ga le-ta ne more vnaprej preveriti in si tako zagotoviti potrebno pravno varnosti. Povsem mogoče je, da se bo operater enostavno izognil določenemu dobavitelju, ker bo sklenitev v zadostni meri "kratkoročne" pogodbe dejavnik tveganja v poslovnih odločitvah, zaradi katere bo dal prednost konkurenčnim dobaviteljem. S tem se bo, podobno kot smo na primerljiv problem opozorili zgoraj v 2.4., poseg v svobodno gospodarsko pobudo na "skrit" način razširi od transparentnih oblastno določenih pravil z vplivanjem na poslovne odločitve operaterjev, v končni posledici pa so možnosti dobavitelja, da bi uresničeval pravico do svobodne gospodarske pobude, dodatno zožene.

Enako velja za zahtevo po vključitvi določenih pogodbenih klavzul, za katere se morda operater po logiki poslovne presoje sam ne bi odločil, zlasti vključitev klavzule, s katero si bo lahko operater zagotovil možnost "menjave" dobavitelja oz. ponudnika,<sup>37</sup> kar bi bilo v pogodbo najverjetneje vključeno kot močnejša pravica operaterja, da enostransko odpove pogodbo pred potekom prvotno določene veljavnosti.

Brez dvoma lahko *de facto* prepoved sklepanja pogodb s svobodno izbranimi pogodbenimi strankami ter sklepanja dolgoročnih pogodb, ustavnopravno klasificiramo kot poseg oz. omejitev ustavne pravice do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave RS.

Posledica te ustavnopravne klasifikacije je, da je treba obravnavani določbi SADVZO presojeti z vidika dveh zahtev temeljnega ustavnopravnega načela pravne države (2. člen Ustave RS) v povezavi z načelom legalitete po 120. členu Ustave RS. Prvič, posege v človekove pravice in temeljne svoboščine je treba načeloma urediti v zakonu. Drugič, da bi bili skladni z ustavo, morajo biti v skladu z načelom sorazmernosti.

Kot smo pojasnili zgoraj, zastopamo stališče, da zakonskega pooblastila iz šestega odstavka 116. člena ne moremo razlagati tako, da bi Agenciji omogočal določanje omejitev

---

<sup>34</sup> Prim. opredelitev polja varovanja pravice iz 74. člena URS v Zagradišnik, Komentar 74. člena, v: Avbelj (ur.) Komentar URS (Človekove pravice, 2019), rob. št. 10.

<sup>35</sup> Prim. odločbo US RS U-I-202/93 z dne 6. 10. 1994, tč. 4.

<sup>36</sup> Ob tem je treba opozoriti, da je bila v prejšnjem predlogu SADVZO, ki ga je Agencija objavila na svoji spletni strani (in dala v javno razpravo) dne 7. 4. 2023, dikcija "dolgoročne pogodbe" dopolnjena s pojasnilno navedbo v oklepaju "pet let ali več", medtem ko obravnavani predlog SADVZO te pojasnilne navedbe ne vključuje.

<sup>37</sup> Po dikciji petega odstavka 6. člena predloga SADVZO "...oziroma ima možnost njune menjave z namenom zmanjševanja motenj pri zagotavljanju storitev kritičnih subjektov na najmanjšo možno raven..."

poslovne svobode operaterjev. Tako obravnavani določbi kršita ustavnopravno načelo legalitete iz drugega odstavka 120. člena Ustave RS. Če bi javna oblast v Sloveniji želela določiti tovrstne omejitve pogodbene avtonomije v okviru pravice iz 74. člena Ustave RS, bi morala to storiti z zakonom.

#### 4.2. Skladnost zahtev po diverzifikaciji, kot so formulirane v predlogu SADVZO, z načelom sorazmernosti

Ker zahteva po diverzifikaciji predstavlja *de facto* prepoved sklepanja pravnih poslov poseg v svobodno gospodarsko pobudo ne glede na to, v kateri obliki je postavljena, terja skladnost z načelom sorazmernosti. Da bi poseg v svobodno gospodarsko pobudo lahko šteli za dopusten, je treba skladno z našim zgoraj zavzetim stališčem presojati vsaj primernost in nujnost ureditve.

V okviru presoje **primernosti** je mogoče sprejeti stališče, da je diverzifikacija primeren ukrep oz. sredstvo za doseganje cilja varnosti v kibernetskih omrežjih. Kot enega od možnih strateških ukrepov oz. sklopov ukrepov je diverzifikacijo namreč opredelil tudi dokument *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*.<sup>38</sup>

Opozoriti pa velja na vidik **nujnosti** zahtev po diverzifikaciji, kot jih predvideva predlog SADVZO. Postavlja se namreč vprašanje, ali je mogoče isti cilj doseči tudi z drugače zastavljeno zahtevo po diverzifikaciji oz. natančneje, ali ima javna oblast na voljo tudi manj invazivna sredstva za doseg diverzifikaciji, ki jih lahko uporabi v razmerju do operaterja, s čimer mu povzroči tudi manjše breme.

Dokument *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures* sklop ukrepov SM05 nadaljnje razčlenjuje tako, da je potrebno “zagotoviti, da imajo operaterji primerno strategijo diverzifikacije (*multi-vendor strategy*), ki upošteva tehnične ovire in zahteve po medoperabilnosti različnih delov omrežja 5G”, in sicer z “izogibanjem oziroma omejevanjem večje odvisnosti od zgolj enega dobavitelja ali več dobaviteljev s podobnim profilom tveganja” ter “izogibanjem odvisnosti od dobaviteljev, ki se jih šteje za dobavitelje z visokim tveganjem v smislu opredelitev iz sklopa ukrepov SM03”.

Očitno je, da je dokument *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures* predvidel manj intenzivne posege od tistih, predvidenih v obravnavanih določbah SADVZO. Dokument namreč nikakor ne predvideva *de facto* prepovedi, kot smo to ugotovili za SADVZO, temveč zgolj obveznost za operaterje, da izdelajo in implementirajo primerno strategijo diverzifikacije. Očitno je, da obveznost priprave strategije prepušča bistveno večji manevrski prostor operaterjem, v tem prostoru pa lahko sprejemajo poslovne odločitve glede sklepanja pravnih poslov in s tem v mnogo večji meri udeležujejo svojo pravico do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave RS. Poleg tega ukrepi v sklopu SM05 za razliko od predloga SADVZO glede zahteve po diverzifikaciji ločujejo

---

<sup>38</sup> Gl. *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, str. 12, točka 4.1.1., “SM05: Ensuring the diversity of suppliers for individual MNOs through appropriate multi-vendor strategies”.

med različnimi dobavitelji (oz. "skupinami" dobaviteljev) glede na njihov profil tveganja, SADVZO pa predvideva splošnejšo, nediferencirano zahtevo po diverzifikaciji. Prav tako je v zahtevo po izdelavi strategije diverzifikacije ukrep SM05 *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures* dodal *caveat*, da je treba upoštevati tudi tehnične ovire in zahteve po medoperabilnosti. In nenazadnje, opredelitve v sklopu SM05 uporabljajo (vsaj glede dobaviteljev na splošno) dva izraza: izraz "izogibati" (*avoid*), pa tudi izraz "omejevati" (*limit*). Agencija se je v predlogu SADVZO omejila le na uporabo pomensko močnejšega, z vidika naslovnika pravne norme bistveno bolj obremenjujočega izraza "izogibati". S tem je še enkrat izbrala trajektorijo doseganja cilja z invazivnejšim in bolj obremenjujočim sredstvom.

Vse to vodi do zaključka, da bi se ob morebitni ustavnosodni presoji zahteve po diverzifikaciji, kot je predvidena v predlogu SADVZO (pa tudi v primeru, da bi jo postavil zakon, ki bi bila klasificirana kot poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude), gotovo pojavilo vprašanje, ali bi bilo mogoče zasledovani cilj doseči tudi z blažjimi rešitvami, kot jih predvideva sklop ukrepov SM05. Na Agenciji pa bi bilo breme, da artikulira razloge, na podlagi katerih je zaključila, da se s temi rešitvami ne da doseči cilja. Po naši oceni gre za znatno utemeljitveno breme, ki ga ne bi bilo lahko izpolniti.

### 4.3. Sklepno

Za obravnavo zahtev po diverzifikaciji, predvidenih v predlogu SADVZO, sta ključni dve ustavni merili presoje: prvič, načelo legalitete iz drugega odstavka 120. člena Ustave RS in s tem povezana zahteva po spoštovanju zakonskega pooblastila pri podzakonskem urejanju in drugič, splošno in temeljno ustavnopravno načelo sorazmernosti. Uporaba izraza "usmeritve" SADVZO v 1. členu kaže na navidezno navezavo vsebine predloga SADVZO na zakonsko pooblastilo iz petega odstavka Zakona o elektronskih komunikacijah (ZE-Kom-2), vendar je to pooblastilo po našem stališču prekoračeno. Določanje vsebine pravnih poslov, ki jih bodo operaterji sklepali z dobavitelji, kot je predvideno v obravnavanih določbah SADVZO, presega pooblastilo za določitev "drugih zlasti tehničnih usmeritev", kot se glasi upoštevna dikcija zakonskega pooblastila. Določitev obveznosti "izogibanja" določenim odločitvami, ki omeji in nadomesti svobodo oblikovanja pogodbenih razmerij, smatramo kot *de facto* prepoved, ki ne more biti prepuščena podzakonskemu urejanju, zlasti tudi ne zaradi določbe 87. člena Ustave RS. Navedbe iz dokumenta *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, glede na katere je moč tveganje prevelike odvisnosti od dobaviteljev zmanjšati tudi z manj invazivnimi ukrepi, v primerjavi z obravnavanimi določbami SADVZO, pa vzbujajo utemeljene dvome glede tega, ali bi predlagana ureditev prestala test nujnosti. Posledično je naše stališče, da je predlagana ureditev zahtev po diverzifikaciji v neskladju z načelom sorazmernosti.



## 5. MOŽNOST PREDHODNE PRESOJE USTAVNOPRAVNE SKLADNOSTI SADVZO S STRANI DRŽAVNIH ORGANOV

Glede na ugotovljene pomanjkljivosti predloga splošnega akta z vidika temeljnega ustavnega načela pravne države bi bilo po našem mnenju nadvse smiselno, da bi prišlo do strokovne (ustavnopravne) ocene obravnavanega predloga tudi s strani državnih organov. Postavljanje oblastnih splošnih in abstraktnih pravnih norm v slovenskem pravnem sistemu je na ravni zakonodaje in podzakonskih aktov urejeno tako, da še **pred sprejemom ali vsaj pred uveljavitvijo** pride do neke oblike preverjanja, četudi ta nima vedno pravno zavezujočih učinkov. Te oblike preverjanja predstavljajo priložnost, da se organ, pristojen za sprejemanje akta, seznaní z morebitnimi pomisleki z vidika skladnosti predpisa z višjimi pravnimi normami. Strokovni presoji bodisi Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora (27. člen Poslovnika Državnega zbora<sup>39</sup>) bodisi Službe vlade za zakonodajo (2. člen Odloka o organizaciji in delovnem področju Službe Vlade Republike Slovenije za zakonodajo<sup>40</sup>) ali pa obeh so tako izpostavljeni vsi predlogi zakonov (in drugih aktov, ki jih vlada predlaga Državnemu zboru), predlogi pravnih aktov vlade in osnutki pravnih aktov ministrov.<sup>41</sup> Za splošne akte nosilcev javnih pooblastil, kot je tudi obravnavani predlagani SADVZO, pa ni predvideno, da bi morale *pred uveljavitvijo* splošnega akta priti do strokovne ocene skladnosti s hierarhično višjimi predpisi.

Edini *predhodni* mehanizem zagotavljanja spoštovanja hierarhije pravnih norm v sistemu oblastnih predpisov, ki zajema tudi predpise nosilcev javnih pooblastil, je pristojnost predstojnika vladne službe za zakonodajo, ki lahko nosilca javnega pooblastila opozori na neskladnosti njegovega predpisa s hierarhično višjimi predpisi. Če nosilec javnega pooblastila pri predpisu vztraja, pa predstojnik službe predsedniku vlade predlaga zadržanje objave predpisa v Uradnem listu.<sup>42</sup>

To, da mehanizem po 10. členu Zakona o uradnem listu predstavlja v primeru predpisov nosilcev javnih pooblastil edino potencialno sodelovanje drugih (strokovnih) državnih organov, ki lahko - v konkretnem primeru - izvedejo analizo ustavne skladnosti predloga SADVZO, in edino varovalko, ki lahko prepreči uveljavitev neskladnega predpisa, razumemo kot močan argument, da predstojnik službe vlade za zakonodajo v primeru SADVZO tudi dejansko uporabi možnost opozorila po 10. členu Zakona o uradnem listu.

<sup>39</sup> UL RS 92/07 – uradno prečiščeno besedilo, 105/10, 80/13, 38/17, 46/20, 105/21 – odl. US in 111/21)

<sup>40</sup> UL RS 139/06 in 95/11.

<sup>41</sup> Celó v sistemu lokalne samouprave je že na državni ravni, natančneje v 33. členu Zakona o lokalni samoupravi, predvidena vsaj minimalna *predhodna* varovalka - možnost preprečitve objave splošnega akta občinskega sveta.

<sup>42</sup> 10. člen Zakona o uradnem listu (UL RS 112/05 – uradno prečiščeno besedilo, 102/07, 109/09, 38/10 – ZUKN, 60/17 – ZPVPJN-B in 3/22 – ZDeb)

## 6. POVZETI SKLEPI USTAVNOPRAVNE ANALIZE OBRAVNAVANIH DOLOČB PREDLOGA SPLOŠNEGA AKTA

- Ustavnosodna presoja Ustavnega sodišča je oblikovala standarde za razlago in razumevanje vseh obeh meril presoje za obravnavo izbranih določb Splošnega akta o dodatnih varnostnih zahtevah in omejitvah (SADVZO), torej tako načela legalitete in vezanosti uprave na ustavo in zakon, kot tudi zahteve po sorazmernosti posegov v z ustavo zavarovane pravice. Za podzakonsko urejanje je ključnega pomena pooblastilo, ki ga da zakonodajalec. Po presoji Ustavnega sodišča je tudi pri posegih v pravico do svobodne gospodarske pobude, ki je že izhajajoč iz besedila 74. člena Ustave RS omejena z javno koristjo, treba spoštovati zahtevo po sorazmernosti. Tako je treba pri posegih v svobodno gospodarsko pobudo izbrati takšna sredstva, s katerimi je mogoče doseči zasledovani cilj, ki najmanj omejuje svobodno ravnanje naslovnikov pravne norme.
- Primerjava priloge – seznama kritičnih elementov, ki je sestavni del splošnega akta, z informacijami iz dokumenta *EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks* kaže na obstoj manj invazivnih alternativ za določitev kritičnih elementov, zaradi česar se pojavljajo utemeljeni dvomi, ali bi predlagana ureditev prestala test nujnosti. Negativen rezultat testa nujnosti kot prvina presoje z vidika načela sorazmernosti pa posledično pomeni, da obravnavana ureditev ni skladna s temeljnim ustavnim načelom sorazmernosti, ki je tudi pogoj za dopustnost posega v svobodno gospodarsko pobudo.
- Za obravnavo zahtev po diverzifikaciji, predvidenih v predlogu SADVZO, sta ključni dve ustavni merili presoje: prvič, načelo legalitete iz drugega odstavka 120. člena Ustave RS in s tem povezana zahteva po spoštovanju zakonskega pooblastila pri podzakonskem urejanju in drugič, splošno in temeljno ustavno-pravno načelo sorazmernosti. Določanje vsebine pravnih poslov, ki jih bodo operaterji sklepali z dobavitelji, kot je predvideno v obravnavanih določbah SADVZO, presega pooblastilo za določitev "drugih zlasti tehničnih usmeritev", kot se glasi upoštevna dikcija zakonskega pooblastila. Določitev obveznosti "izogibanja" določenim odločitvam, ki omeji in nadomesti svobodo oblikovanja pogodbenih razmerij, smatramo kot *de facto* prepoved, ki ne more biti prepuščena podzakonskemu urejanju, zlasti tudi ne zaradi določbe 87. člena Ustave RS. Navedbe iz dokumenta *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, glede na katere je moč tveganje prevelike odvisnosti od dobaviteljev zmanjšati tudi z manj invazivnimi ukrepi, v primerjavi z obravnavanimi določbami SADVZO, pa vzbujajo utemeljene dvome glede tega, ali bi predlagana ureditev prestala test nujnosti. Posledično je naše stališče, da je predlagana ureditev zahtev po diverzifikaciji v neskladju z načelom sorazmernosti.

- Glede na odsotnost primerljivih drugih predhodnih mehanizmov zagotavljanja spoštovanja hierarhije pravnih aktov v slovenskem pravnem sistemu in ustavnem redu v primeru normodajne dejavnosti agencij smatramo za smiselno, da opravi predhodno presojo SADVZO skladnosti z Ustavo RS in zakoni, če bo prišlo do sprejema v predlaganem besedilu, Služba Vlade RS za zakonodajo po določbah 10. člena Zakona o uradnem listu.

Ljubljana, 13. september 2023



Izr. prof. dr. Samo Bardutzky