



Številka: U-I-194/17-21

Datum: 15. 11. 2018

ODLOČBA

Ustavno sodišče je v postopku za oceno ustavnosti, začetem na pobudo Strokovnega združenja zasebnih zdravnikov in zobozdravnikov Slovenije, Ljubljana, in drugih, ki jih vse zastopa Simona Marko, odvetnica v Mariboru, na seji 15. novembra 2018

odločilo:

1. Druga poved drugega odstavka 3. člena Zakona o zdravstveni dejavnosti (Uradni list RS, št. 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 23/08, 14/13 in 64/17) se razveljavi, kolikor ureja presežke prihodkov nad odhodki za izvajalce zdravstvene dejavnosti v okviru javne zdravstvene službe, ki so gospodarske družbe in zasebni zdravniki.

2. Prvi in tretji odstavek 42. člena Zakona o zdravstveni dejavnosti nista v neskladju z Ustavo.

OBRAZLOŽITEV

A.

1. Pobudniki so vložili pobudo za začetek postopka za oceno ustavnosti (med drugim) druge povedi drugega odstavka 3. člena ter prvega in tretjega odstavka 42. člena Zakona o zdravstveni dejavnosti (v nadaljevanju ZZDej).

2. Drugi povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej očitajo neskladje z 2., 23., 49., 51. in 74. členom Ustave. Pojem negospodarskih storitev splošnega pomena naj bi v pravni red v neskladju z 2. členom Ustave vnesel visoko mero negotovosti, pravne nestabilnosti in nedoločnosti. Ta pojem naj bi bil tako v slovenskem kot tudi v evropskem pravnem redu neznan, nedorečen in neopredeljen. V pravnih aktih Evropske unije (v nadaljevanju EU)

naj bi bil uporabljen le na nekaj mestih, njegova jasna pravna opredelitev pa naj bi kljub temu izostala. Ureditev negospodarskih storitev splošnega pomena naj bi bila "po pravicah in obveznostih še neznana". Pobudniki menijo, da je taka opredelitev javne zdravstvene službe v neskladju s pravom EU. Opozarjajo, da je Sodišče Evropske unije (v nadaljevanju SEU) že večkrat presodilo, da za izvajalce zdravstvenih storitev veljata tako svoboda ustanavljanja kot tudi svoboda opravljanja storitev. Ne bi naj šlo za negospodarsko dejavnost, če izvajalci opravljajo zdravstvene storitve v zameno za plačilo (neposredno od bolnikov ali prek njihovega zavarovanja). Pobudniki trdijo, da je glede na te kriterije zdravstvena dejavnost v okviru javne zdravstvene mreže v Republiki Sloveniji gospodarska dejavnost. Glede pravila o obvezni porabi presežka prihodkov nad odhodki za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti pa pobudniki navajajo, da želi z njim zakonodajalec zgolj upravičiti opredelitev te dejavnosti kot negospodarske storitve splošnega pomena.

3. Druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej naj bi bila v neskladju z 2., 23., 51. in 74. členom Ustave v delu, v katerem izvajalcem nalaga nepridobitno poslovanje in obvezno uporabo presežka prihodkov nad odhodki. V tej zvezi pobudniki zatrjujejo neskladje izpodbijane določbe z Zakonom o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (Uradni list RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 91/07, 76/08, 87/11, 91/13 – v nadaljevanju ZZVZZ) in Zakonom o zdravniški službi (Uradni list RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 58/08, 40/17 in 64/17 – v nadaljevanju ZZdrS), ki naj bi drugače urejala financiranje izvedbe zdravstvene dejavnosti. V tem delu naj bi bila zato izpodbijana določba nejasna in nedoločna. Pobudniki vidijo njeno nejasnost tudi v tem, da ni določeno obdobje, v katerem se ugotavlja presežek, in da ni določeno, komu in za kakšen razvoj se nameni. Nedoločnost vsebine druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej naj bi imela za posledico neskladje s pravico iz prvega odstavka 23. člena Ustave – ker naj pobudniki ne bi imeli sodnega varstva za primer, da se jim investicija odredi s podzakonskim predpisom. Po mnenju pobudnikov tako poseganje v avtonomijo organizacije poslovanja izvajalcev zdravstvene dejavnosti na področju javne službe krši pravico do svobodne gospodarske pobude iz prvega odstavka 74. člena Ustave in pravico do zdravstvenega varstva iz prvega odstavka 51. člena Ustave.

4. Pobudniki prvemu odstavku 42. člena ZZDej očitajo neskladje z 2., 14., 51. in 121. členom Ustave. Razlagajo, da se je po prej veljavnih predpisih koncesija obravnavala kot pravica, izpodbijana določba pa naj bi jo opredelila kot pooblastilo. Pobudniki menijo, da je to v neskladju s 121. členom Ustave. Koncesija naj bi mogla biti zakonsko določena le kot pravica. Nejasna ureditev naj bi v pravni red vnašala negotovost. Pooblastilo po obligacijski zakonodaji naj bi pomenilo, da mandatar deluje za račun mandanta. Zato naj ne bi bila ustavnoskladna opredelitev pooblastila kot delovanja v svojem imenu in za svoj račun.

5. Pobudniki navajajo, da je tretji odstavek 42. člena ZZDej v neskladju z 2., 14., 49., 51. in 74. členom Ustave, kolikor naj bi onemogočal nadaljevanje koncesijskega razmerja po materialnem statusnem preoblikovanju koncesionarja. Pobudniki namreč izpodbijajo

pravilo o ničnosti pravnih poslov o pravnem prometu s koncesijo razlagajo tako, da sicer pride do prenosa premoženja prevzete družbe (koncesionarja) na prevzemno družbo v skladu z Zakonom o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 82/13, 55/15 in 15/17 – v nadaljevanju ZGD-1), vendar naj ta prenos premoženja zaradi izpodbijane določbe prav glede koncesije ne bi bil učinkovit. Tako prevzemnik ne bi mogel izvajati koncesionirane dejavnosti, odstopnik pa bi tako ali tako nehal obstajati. Pobudniki v tem položaju vidijo odvzem pravice do izvajanja dejavnosti izvajalcu zdravstvene dejavnosti, ki bi se odločil za statusno preoblikovanje. S tem naj bi bila kršena tudi človekova pravica iz prvega odstavka 51. člena Ustave. Omejevanje izvajalcev na eno in isto statusno obliko naj bi bilo v neskladju s svobodno gospodarsko pobudo. Po oceni pobudnikov je mogoče sicer nujni nadzor nad primernostjo subjekta za izvajanje zdravstvene dejavnosti izvrševati drugače (v postopku izdaje dovoljenja za opravljanje zdravstvene dejavnosti). Pobudniki štejejo, da je tretji odstavek 42. člena ZZDej v nasprotju s šesto alinejo prvega odstavka 44.j člena ZZDej, ki v primeru prenosa koncesije drugega izvajalca ne predvideva sankcije ničnosti prenosa. Ugotavljajo, da so obravnavani neenakopravno v primerjavi z izvajalci lekarniške dejavnosti.

6. Pobuda je bila vročena Državnemu zboru, ki nanjo ni odgovoril. Mnenje o pobudi je dala Vlada. Vlada trdi, da je treba pojem negospodarskih storitev splošnega pomena razlagati tako, da gre za posebno vrsto dejavnosti, katere temeljni namen ni pridobivanje in maksimiranje presežka in katere trajno in nemoteno izvajanje je splošnega pomena za vse državljane. Cilj vzpostavitve posebnega režima naj bi bil, da se državljanom zagotavlja trajen in nemoten dostop (pod enakimi pogoji) do varnih, kakovostnih in učinkovitih zdravstvenih storitev. Vlada poudarja, da je bistveni element negospodarskega sistema zdravstvenega varstva socialna solidarnost. Vlada opisuje značilnosti negospodarskih storitev po pravu EU. Meni, da je javni zdravstveni sistem v Republiki Sloveniji po pravu EU shema solidarnosti in se zato javna zdravstvena služba izvaja kot negospodarska storitev splošnega pomena. Za ta sklep naj bi bilo odločilno dvoje: da se javno zdravstveno varstvo financira predvsem iz solidarnostnega obveznega zdravstvenega zavarovanja in da se zdravstvene storitve izvajajo na temelju solidarnosti in nekonkurenčnosti med izvajalci javne zdravstvene službe.

7. Glede obvezne uporabe presežka prihodkov nad odhodki Vlada pojasnjuje, da se druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej nanaša le na presežke, ki nastanejo pri izvajanju javne zdravstvene službe. Določba naj ne bi posegala v organizacijo poslovanja posameznega izvajalca zdravstvene dejavnosti. Zapoved uporabe teh sredstev za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti naj bi bila upravičena s tem, da je njihov izvor pretežno v socialnih prispevkih iz obveznega zdravstvenega zavarovanja. Vlada zatrjuje, da je bistvena značilnost sistemov zdravstvenega varstva, ki temeljijo na načelu solidarnosti, njihova nepridobitnost – torej tudi vračanje poslovnih presežkov v dejavnost.

8. Vlada pri odgovoru na očitke pobudnikov zoper prvi odstavek 42. člena ZZDej predvsem povzema vsebino nekaterih bistvenih pravil o zdravstvenih koncesijah iz ZZDej.

Nasprotuje tudi očitkom zoper tretji odstavek 42. člena ZZDej. Prenos koncesije na drugega izvajalca zdravstvene dejavnosti naj bi bil neprimeren zaradi narave zdravstvenih storitev in vezanosti njihovega izvajanja na pridobitelja koncesije zaradi njegove usposobljenosti in kompetenc oziroma usposobljenosti in kompetenc zdravstvenih delavcev in sodelavcev, ki pri njem izvajajo zdravstvene storitve, ter referenc in drugih meril, ki so bila predmet presoje pri podelitvi koncesije. Sicer pa Vlada trdi, da se tretji odstavek 42. člena ZZDej sploh ne nanaša na materialna statusna preoblikovanja koncesionarja.

9. Ustavno sodišče je mnenje Vlade vročilo pobudnikom, ki so nanj odgovorili. Pobudniki kot zasebni izvajalci zdravstvene dejavnosti s koncesijo, ki nosijo poslovno tveganje povpraševanja po njihovih (iz zdravstvenega zavarovanja financiranih) storitvah, naj bi v skladu s prakso SEU opravljali gospodarsko dejavnost in naj bi se šteli za podjetja. Zasebniki, ki so del javne zdravstvene mreže, naj ne bi bili del nobene solidarnostne sheme, ki bi jamčila za število pacientov oziroma za obseg opravljenih storitev. Zdravstveno dejavnost naj bi izvajali v svojem imenu, na svoj račun in na lastno odgovornost. Pobudniki vztrajajo pri očitkih o nejasnosti pravila o obvezni uporabi presežka prihodkov nad odhodki za zdravstveno dejavnost. V pobudi izraženim očitkom zoper drugo poved drugega odstavka 3. člena ZZDej dodajajo še očitek o protiustavno neenaki obravnavi v primerjavi z javnimi zavodi, ki izvajajo zdravstveno dejavnost. Ti naj bi smeli v aktu o ustanovitvi določiti, da se poslovni presežek prerazporedi ustanovitelju. Pobudniki vztrajajo pri v pobudi predstavljenih argumentih v zvezi s prvim in tretjim odstavkom 42. člena ZZDej.

10. Ustavno sodišče je na podlagi tretjega odstavka 26. člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12 – v nadaljevanju ZUstS) s sklepom št. U-I-194/17 z dne 22. 3. 2018 sprejelo v obravnavo pobudo za začetek postopka za oceno ustavnosti druge povedi drugega odstavka 3. člena ter prvega in tretjega odstavka 42. člena ZZDej (z istim sklepom je pobudo pobudnikov zavrglo v delu, v katerem so izpodbijali nekatere druge določbe ZZDej in nekatere določbe Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravstveni dejavnosti, Uradni list RS, št. 64/17 – v nadaljevanju ZZDej-K).

B. – I.

Obseg presoje

11. Pobudo za začetek postopka za oceno ustavnosti vlagajo pretežno fizične in pravne osebe, ki so izvajalci zdravstvene dejavnosti v okviru javne zdravstvene službe (imajo koncesijo za to dejavnost) in so statusno organizirani kot gospodarske družbe oziroma

kot zasebni zdravniki¹ (v nadaljevanju Ustavno sodišče za obe kategoriji uporablja izraz zasebniki, za njihovo navedeno dejavnost pa tudi izraz koncesijska dejavnost).²³ Zato je Ustavno sodišče izpodbijane določbe presojo le z vidika zasebnikov oziroma kolikor se nanašajo na zasebnike. Pobudniki izpodbijajo tudi drugo poved drugega odstavka 3. člena ZZDej. Ta določba med drugim določa, da izvajalci zdravstvene dejavnosti zdravstvene storitve (iz prejšnjega stavka) opravljajo "na nepridobiten način, tako da se presežek prihodkov na odhodki porabi za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti". Ustavno sodišče je razumelo pobudnike, da v besedni zvezi na nepridobiten način ne vidijo še kakšnega dodatnega ali ločenega pomena, kot ga izrecno podaja preostanek določbe in se nanaša na obvezno porabo presežka. Po gledanju pobudnikov, ki ga sprejema tudi Ustavno sodišče (glej tudi 38. točko obrazložitve te odločbe), opravljanje zdravstvenih storitev na nepridobiten način v tem kontekstu ne pomeni nič več in nič drugega kot zapoved porabe presežka prihodkov nad odhodki za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti. Ustavno sodišče je v skladu s tem opravilo presojo.

B. – II.

Ocena skladnosti druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej z 2. členom Ustave

12. Izpodbijana druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej (skupaj z neizpodbijano prvo povedjo drugega odstavka 3. člena ZZDej) se glasi:

¹ Pojem zasebni zdravnik za namene te odločbe Ustavno sodišče razume tako, da zajema tudi zasebne doktorje dentalne medicine (35. člen ZZDej).

² Razen Strokovnega združenja zasebnih zdravnikov in zobozdravnikov Slovenije (v nadaljevanju Združenje), ki ne opravlja zdravstvene dejavnosti. Dejstvo, da je med pobudniki tudi Združenje, ne more vplivati na obseg presoje, ki ga opravlja Ustavno sodišče. Združenje namreč svoj pravni interes za vložitev pobude v celoti črpa iz okoliščine, da je pobuda vložena zoper predpis, ki neposredno posega v pravice in interese njegovih članov (glej 6. točko obrazložitve sklepa Ustavnega sodišča št. U-I-194/17 z dne 22. 3. 2018). Prav tako na obseg presoje Ustavnega sodišča ne more vplivati dejstvo, da je med podpisniki pobude tudi en izvajalec zdravstvene dejavnosti, ki nima koncesije. Vse tri zakonske določbe, ki so predmet presoje v tej odločbi, se namreč nanašajo izključno na področje javne zdravstvene službe.

³ Splošna uporaba izraza zasebniki tudi za gospodarske družbe (čeprav gospodarsko družbo lahko obvladuje tudi oseba javnega prava) je upravičena s tem, da ZZDej izhaja iz koncepta, po katerem javna oblast pri izvrševanju javne zdravstvene službe neposredno sodeluje prek javnih zavodov (glej 25. člen in drugi odstavek 42. člena ZZDej), ne pa prek večinske udeležbe v gospodarskih družbah, ki pridobivajo koncesije. Tudi če si je mogoče hipotetično zamisliti gospodarsko družbo (zdravstvenega koncesionarja), ki ga obvladuje oseba javnega prava, so take situacije tako izredne (anomalne), da jih je pri tej ustavnosodni presoji mogoče zanemariti. Drugače povedano, gospodarske družbe s koncesijo po ZZDej bodo praktično vedno v lasti oseb zasebnega prava.

"Javna zdravstvena služba obsega zdravstvene storitve, katerih trajno in nemoteno opravljanje zagotavljajo v javnem interesu država in lokalne skupnosti in ki se, temelječe na načelu solidarnosti, v skladu s predpisi, ki urejajo zdravstveno varstvo in zdravstveno zavarovanje, zagotavljajo kot pravice obveznega zdravstvenega zavarovanja ter se v celoti ali deloma financirajo iz javnih sredstev, predvsem iz obveznega zdravstvenega zavarovanja. Zdravstvene storitve iz prejšnjega stavka kot negospodarske storitve splošnega pomena izvajalci zdravstvene dejavnosti opravljajo na nepridobiten način, tako da se presežek prihodkov nad odhodki porabi za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti."

13. Pobudniki zatrjujejo, da je izpodbijana določba v neskladju z zahtevo po jasnosti in pomenski določljivosti zakona, ki je eno od načel pravne države iz 2. člena Ustave. Ta očitok utemeljujejo s trditvami o nejasnosti in nerazumljivosti pojma negospodarske storitve splošnega pomena, o napačnosti (z vidika prava EU) opredelitve dejavnosti javne zdravstvene službe kot negospodarske storitve splošnega pomena, o neskladju izpodbijane določbe s specialno zakonodajo (ZZVZZ in ZZdrS) ter o nedorečenosti pravil o ugotavljanju in porabi presežka prihodkov nad odhodki (v nadaljevanju presežek prihodkov).

14. Eno od načel pravne države iz 2. člena Ustave je tudi načelo jasnosti in pomenske določljivosti predpisov. Če zakoni in drugi predpisi niso jasni, obstaja možnost različne uporabe zakona in drugega predpisa in arbitrarnosti državnih organov ali drugih organov za izvrševanje javnih pooblastil, ki odločajo o pravicah posameznikov. Predpis je protiustavno nejasen, kadar se z ustaljenimi metodami razlage ne da ugotoviti njegove vsebine, ne pa zgolj zato, ker ne daje odgovorov na vsa vprašanja, ki se utegnejo pojaviti pri njegovem izvrševanju v praksi.⁴

15. Pobudniki nejasnost oziroma nedoločnost druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej po eni strani najprej utemeljujejo z njeno neopredeljenostjo in nerazumljivostjo, po drugi strani pa (delno kontradiktorno prvemu očitku, ker implicira, da določbo razumejo) menijo, da je opredelitev storitev javne zdravstvene službe kot negospodarskih storitev splošnega pomena v neskladju s pravom EU. Pri tem izhajajo iz teze, da pravo EU dejavnost zasebnikov pri izvajanju koncesijske dejavnosti pojmuje kot gospodarsko dejavnost.

16. Republika Slovenija je s pristopom k EU na podlagi 3.a člena Ustave prenesla izvrševanje dela suverenih pravic na EU.⁵ Iz tretjega odstavka 3.a člena Ustave izhaja, da

⁴ Primerjaj s 45. točko izreka odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-277/05 z dne 9. 2. 2006 (Uradni list RS, št. 21/06, in OdlUS XV, 15).

⁵ Pogodba med Kraljevino Belgijo, Kraljevino Dansko, Zvezno republiko Nemčijo, Helensko republiko, Kraljevino Španijo, Francosko republiko, Irsko, Italijansko republiko, Velikim vojvodstvom Luksemburg, Kraljevino Nizozemsko, Republiko Avstrijo, Portugalsko republiko, Republiko Finsko, Kraljevino Švedsko, Združenim kraljestvom Velike Britanije in Severne Irske

se pravni akti in odločitve, sprejeti v okviru EU, uporabljajo v skladu s pravno ureditvijo EU. Ta določba zavezuje tudi Ustavno sodišče, da pri izvrševanju svojih pristojnosti upošteva pravo EU tako, kot to iz njega izhaja.⁶ Ustavno sodišče mora tudi pri izvrševanju svoje ustavne pristojnosti odločanja o skladnosti zakonov z Ustavo pri razlagi nacionalnega prava upoštevati pravo EU. Nacionalnega prava ne sme razlagati v nasprotju z načelom primarnosti kot temeljnim načelom prava EU.⁷ Mora ga razlagati v luči prava EU, da se zagotovi njegova polna učinkovitost. Pri ugotavljanju vsebine prava EU Ustavno sodišče sledi ustaljeni presoji SEU, ki je pristojna za razlago prava EU.⁸ Glede na način, kako pobudniki izpostavljajo **razlog** neskladja s pravom EU (v tesni zvezi z očitki o protiustavni nedoločnosti druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej), mora Ustavno sodišče predvsem ugotoviti, ali izpodbijana določba uporabnike res izpostavlja nesprejemljivi meri pravne negotovosti ali pa jo je ob uporabi splošno sprejetih metod pravne razlage (med katerimi je tudi metoda prava EU lojalne razlage)⁹ vendarle mogoče razložiti.

17. Pobudniki sledijo izhodišču, da je zakonodajalec z uporabo pojma negospodarske storitve splošnega pomena (ki naj ne bi bil jasno opredeljen niti v nacionalnem pravu niti v

(državami članicami Evropske unije) in Češko republiko, Republiko Estonijo, Republiko Ciper, Republiko Latvijo, Republiko Litvo, Republiko Madžarsko, Republiko Malto, Republiko Poljsko, Republiko Slovenijo in Slovaško republiko o pristopu Češke republike, Republike Estonije, Republike Ciper, Republike Latvije, Republike Litve, Republike Madžarske, Republike Malte, Republike Poljske, Republike Slovenije in Slovaške republike k Evropski uniji (UL L 236, 23. 9. 2003, in Uradni list RS, št. 12/04, MP, št. 3/04 – MPPEU).

⁶ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-146/12 z dne 14. 11. 2013 (Uradni list RS, št. 107/13, in OdlUS XX, 10).

⁷ Ustavno sodišče je v 32. in 33. točki obrazložitve odločbe št. U-I-146/12 poudarilo, da mora pri presoji predpisov, ki pomenijo izvajanje prava Unije, na podlagi tretjega odstavka 3.a člena Ustave upoštevati primarno in sekundarno zakonodajo EU ter sodno prakso SEU. Vsi državni organi, tudi Ustavno sodišče, morajo pravo EU pri izvrševanju svojih pristojnosti uporabljati v skladu s pravno ureditvijo te organizacije. Temeljna načela prava EU, ki opredeljujejo razmerje med notranjim pravom in pravom EU, so zaradi tretjega odstavka 3.a člena Ustave hkrati tudi notranja ustavnopravna načela, ki zavezujejo z močjo Ustave (glej pri S. Nerad, Recepcija prava Evropske unije v nacionalno ustavno pravo: Ustavno sodišče med pravom Evropske unije in Ustavo, v: I. Kaučič (ur.), Pomen ustavnosti in ustavna demokracija, Znanstveni zbornik Dvajset let Ustave Republike Slovenije, Ustavno sodišče Republike Slovenije, Ljubljana 2012, str. 383). Najpomembnejše temeljno načelo je načelo primarnosti prava Unije, ki pomeni, da ima v primeru nasprotja med pravom EU in pravom držav članic pravo EU prednost pred pravom držav članic.

⁸ Tako je npr. Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-65/13 z dne 3. 7. 2014 (Uradni list RS, št. 54/14, in OdlUS XX, 27), 22. točka obrazložitve, poudarilo, da so razlogi, ki so SEU vodili pri razveljavitvi direktive, ključni tudi za oceno Ustavnega sodišča o ustavnosti zakona, ki je v bistvenih delih prepis te direktive.

⁹ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. Up-105/13 z dne 23. 1. 2014 (Uradni list RS, št. 14/14, in OdlUS XX, 31), 8. točka obrazložitve.

pravu EU) ureditev javne zdravstvene službe v celoti podredil povsem novemu, prej neznanemu pravnemu režimu, ki še niti ni v celoti razjasnjen in dodelan.¹⁰ Če to drži, pomeni, da je bil z ZZDej-K nenadoma glede zdravstvene dejavnosti ukinjen (izbrisan) v slovenski pravni praksi in doktrini splošno sprejet, dobro razložen in ustaljen nacionalni pravni pojem negospodarske javne službe, namesto njega pa je začel veljati le v nejasnih obrisih načrtan nov pravni pojem negospodarskih storitev splošnega pomena.

18. Po presoji Ustavnega sodišča tako daljnosežen zaključek ni pravilen. Že neizpodbijana prva poved drugega odstavka 3. člena ZZDej jasno določa, da je vsaj delno solidarno financirana zdravstvena dejavnost javna služba – javna zdravstvena služba.¹¹ Že pred ZZDej-K se je ta del zdravstvene dejavnosti štel kot javna služba, čeprav je bila zakonska opredelitev drugačna.¹²

19. Javna zdravstvena služba je bila že v času pred ZZDej-K brez dvoma negospodarska javna služba, pri čemer Ustavno sodišče izpostavlja, da gre pri negospodarski javni službi izključno za pojem slovenskega nacionalnega prava. Še več, negospodarska javna služba je pravna ustanova (pravni institut), torej enota pravne sistematizacije, ki zajema pravna pravila, ki na enak način urejajo isto vrsto ali isti sklop družbenih razmerij.¹³ To seveda velja tudi za gospodarsko javno službo in za njen splošnejši nadrejeni institut javne službe (mogoče jih je imenovati tudi posebni pravni režimi opravljanja določenih dejavnosti). Javna zdravstvena služba v režimu po ZZDej/13 ni mogla biti gospodarska javna služba že zaradi izčrpane in zaključene opredelitve gospodarskih javnih služb iz 2. člena Zakona o gospodarskih javnih službah (Uradni list RS, št. 32/93 in 57/11 – v

¹⁰ Tako npr. v pobudi zapišejo: "Saj bi v primeru, da bi v bodoče zakonodajalec sprejel zakon, ki bi urejal pravice in obveznosti iz naslova 'negospodarskih storitev splošnega pomena', celotna zdravstvena služba padla pod takšno ureditev, ki je sedaj po pravicah in obveznostih še neznan."

¹¹ Tisti del zdravstvene dejavnosti, ki je javna služba, je torej opredeljen glede na način financiranja, torej z odkazilom na ZZVZZ (".../ temelječe na načelu solidarnosti, v skladu s predpisi, ki urejajo zdravstveno varstvo in zdravstveno zavarovanje, zagotavljajo kot pravice obveznega zdravstvenega zavarovanja ter se v celoti ali deloma financirajo iz javnih sredstev, predvsem iz obveznega zdravstvenega zavarovanja /.../"). Gre torej za storitve, ki se: (a) v celoti ali vsaj deloma financirajo iz javnih sredstev, znotraj deleža javnih sredstev v ceni storitve pa (b) v celoti ali vsaj pretežno (predvsem) iz obveznega zdravstvenega zavarovanja, pri čemer (c) ni nujno, je pa mogoče, da se del cene storitve financira tudi iz zasebnih sredstev, kot so prostovoljna zavarovanja po 61. členu ZZVZZ oziroma plačila "iz žepa".

¹² Prvi odstavek 4. člena Zakona o zdravstveni dejavnosti (Uradni list RS, št. 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 23/08 in 14/13 – v nadaljevanju ZZDej/13) se je glasil: "Zdravstvena dejavnost kot javna služba se opravlja v okviru mreže javne zdravstvene službe."

¹³ Glej pri M. Pavčnik, Teorija prava, Prispevek k razumevanju prava, 5., pregledana in dopolnjena izdaja, IUS Software in GV Založba, Ljubljana 2017, str. 445.

nadaljevanju ZGJS),¹⁴ ki ne dopušča njihove ustanovitve na področju zdravstvene dejavnosti. Poleg tega so zdravstveno dejavnost kot javno službo opravljali (od oseb javnega prava) javni zdravstveni zavodi (drugi odstavek 3. člena ZZDej/13), torej pravna oblika, ki je po ustaljenem razumevanju značilna za negospodarsko področje.¹⁵ Vendar je javna zdravstvena služba že po prejšnjih pravilih lahko bila le negospodarska javna služba tudi zato, ker je po svoji naravi¹⁶ izpolnjevala merila, ki jih je za to vrsto javne službe postavila pravna doktrina: (a) pridobitni namen je podrejen zadovoljevanju javnih potreb;¹⁷ (b) gre za dejavnost, s katero se zagotavljajo dobrine oziroma storitve, ki so predmet človekovih pravic in temeljnih svoboščin in dostop do katerih mora biti omogočen vsakomur ne glede na finančni položaj;¹⁸ (c) temeljni motiv za vzpostavitev tega pravnega režima oziroma instituta je uresničevanje javnega interesa, ki se kaže v zadovoljevanju potreb posameznikov, ki se v običajnem tržnem sistemu ne bi mogle ustrezno zadovoljiti.¹⁹ Ustavno sodišče je imelo v sklepu št. U-I-135/05 z dne 6. 2. 2008 v mislih negospodarske javne službe, ko je v 5. točki obrazložitve zapisalo, da so javne službe podvržene posebnemu javnopravnemu režimu, ker določenih eksistenčno pomembnih dobrin ni mogoče zagotavljati po načelih tržnega gospodarstva in mora biti pridobitni namen popolnoma podrejen zadovoljevanju javnih potreb.

20. V veljavnem ZZDej ni nobene indikacije, da je ustaljeni in doktrinarno temeljito obdelani pravni institut (režim) negospodarske javne službe z uveljavitvijo ZZDej-K na področju zdravstvene dejavnosti nehal obstajati. Prva poved drugega odstavka 3. člena

¹⁴ Gospodarske javne službe se določijo z zakoni s področja energetike, prometa in zvez, komunalnega in vodnega gospodarstva in gospodarjenja z drugimi vrstami naravnega bogastva, varstva okolja ter z zakoni, ki urejajo druga področja gospodarske infrastrukture.

¹⁵ Drugi odstavek 1. člena Zakona o zavodih (Uradni list RS, št. 12/91–I in 8/96 – v nadaljevanju ZZ) določa, da so zavodi organizacije, ki se ustanovijo za opravljanje dejavnosti vzgoje in izobraževanja, znanosti, kulture, športa, zdravstva, socialnega varstva, otroškega varstva, invalidskega varstva, socialnega zavarovanja ali drugih dejavnosti, če cilj opravljanja dejavnosti ni pridobivanje dobička. Prvi odstavek 3. člena ZZ določa, da se za opravljanje javnih služb ustanovijo javni zavodi.

¹⁶ Upoštevati je treba, da tu ni govora o celotnem polju zdravstvene dejavnosti, pač pa o tistem delu, ki je pravno določen kot javna služba in ki ustreza ali bi moral ustrezati splošno sprejetim socialnim in političnim pogledom določene družbe, kaj so tiste zdravstvene storitve, za katere mora veljati pravilo vsakomur po njegovih potrebah ne glede na zmožnost plačila.

¹⁷ B. Brezovnik, Lekarniška dejavnost (pravna ureditev z vzorci aktov), Lex localis V, št. 2 (2007), str. 15.

¹⁸ Prav tam. Glej tudi M. Pečarič, B. Bugarič, Javne službe, Univerza v Ljubljani, Fakulteta za upravo, Ljubljana 2011, str. 54. Avtorja navajata, da država izvajanja dejavnosti, ki so določene kot negospodarske javne službe, predvsem iz socialnih razlogov ne prepušča tržnim razmeram; tržni mehanizmi bi sicer na teh področjih lahko delovali, vendar na ta način ne bi bila zagotovljena solidarnost, kar bi pomenilo odmik od načel pravne države.

¹⁹ Primerjaj z B. Tičar, Statusno preoblikovanje javnih zavodov po predlogu novega Zakona o negospodarskih javnih službah (pZNJS), Podjetje in delo, št. 8 (2010), str. 1554.

ZZDej določa javno zdravstveno službo, ZGJS še vedno ne dovoljuje izpeljave, da je ta javna služba gospodarska, vsebinski kriteriji, ki na področju zdravstva zahtevajo negospodarsko javno službo, so še vedno prepričljivi.

21. Pobudniki sicer izjavljajo, da je pravni režim negospodarske javne službe bil nadomeščen z novim pravnim režimom, ki naj bi bil podoben, a vsekakor tako nejasen in nedodelan, da je druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej protiustavna (negospodarska storitev splošnega pomena). Ustavno sodišče tega stališča ne sprejema.

22. Kot že navedeno v 19. točki obrazložitve te odločbe, je negospodarska javna služba pojem izključno slovenskega nacionalnega prava. Pojem negospodarskih storitev splošnega pomena pa je izvorni in avtonomni pojem prava EU. Srečati ga je mogoče v Protokolu št. 26 o storitvah splošnega pomena, priloženem Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o delovanju Evropske unije (prečiščena različica, UL C 202, 7. 6. 2016 – v nadaljevanju uporablja Ustavno sodišče za Pogodbo o delovanju Evropske unije izraz PDEU, za protokol, ki je sestavni del obeh Pogodb, pa izraz Protokol št. 26). Člen 2 Protokola št. 26 se glasi: "Določbe Pogodb nikakor ne vplivajo na pristojnost držav članic, da zagotavljajo, naročajo in organizirajo negospodarske storitve splošnega pomena" (v angleškem jeziku *non-economic services of general interest* – v nadaljevanju tudi NSSP).²⁰ Poleg tega je v točki 2(a) 2. člena Direktive 2006/123/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu (UL L 376, 27. 12. 2006 – v nadaljevanju Direktiva o storitvah) določeno, da se Direktiva o storitvah ne uporablja za negospodarske storitve splošnega pomena. To določbo je treba razumeti skupaj s 17. uvodno izjavo k Direktivi o storitvah, ki med drugim določa, da ta direktiva zajema le pridobitne storitve.

23. Pojem prava EU negospodarske storitve splošnega pomena in domači pojem negospodarske javne službe lahko sobivata. Pri tem sploh ni nujno, da se v celoti pomensko prekrivata. Ni nedopustno, da je določena dejavnost po nacionalnem pravu negospodarska javna služba, po pravu EU pa **ni** negospodarska storitev splošnega pomena.²¹ Pri razumevanju razmerja med pojmom je sicer treba upoštevati tudi hierarhično logiko načela primarnosti prava EU, vendar je bistveno predvsem to, da

²⁰ Pravo EU sicer pozna še storitve splošnega gospodarskega pomena (v nadaljevanju SSGP), ki se pojavljajo v 14. členu in drugem odstavku 106. člena PDEU ter v 36. členu Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (UL C 202, 7. 6. 2016). Tretji pojem – storitve splošnega pomena (v nadaljevanju SSP) – omenja le preambula Protokola št. 26. SSP je krovni pojem, ki zajema dve podskupini, torej SSGP in NSSP (glej pri C. Wehlander, *Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law*, T. M. C. Asser Press, Haag 2016, str. 85).

²¹ Tako J. Grumerec, *Slovenski zdravstveni sistem na razpotju – kako naprej?*, Pravna praksa, št. 14 (2014), priloga, str. III. Avtorica navaja, da v slovenskem nacionalnem pravu zdravstvene storitve uvrščamo med negospodarske javne službe, kar pa ne pomeni, da po pravu EU niso tržne, zato se zanje uporabljajo vsa pravila o svobodi opravljanja storitev, prepovedi omejevanja konkurence, svobodi ustanavljanja in tudi prepovedi državne pomoči.

evropska negospodarska storitev splošnega pomena namenoma pomeni nekaj drugega, kot pomenijo pojmi, ki označujejo ustaljene in tradicionalne pravne režime številnih članic EU (javna služba, *service public*, *Daseinvorsorge* itd.), ki po drugi strani seveda tudi niso medsebojno usklajeni, saj so zrasli v različnih pravnih tradicijah in iz različnih družbenih pogojev. Ti nacionalni instituti oziroma režimi so namenjeni varovanju človekovih pravic in temeljne družbene solidarnosti. Namen doktrine negospodarskih storitev splošnega pomena v pravu EU je drugačen: zamejiti področje uporabe prava EU, iz katerega so omenjeni nacionalni pravni režimi zaradi ohranitve netržne logike določenih družbenih področij lahko izločeni.

24. Po mnenju Evropske komisije so SSP (krovni pojem) storitve, za katere javne oblasti držav članic štejejo, da so v javnem interesu in so zato podvržene posebnim obveznostim javne službe.²² Ta pojem pokriva tako ekonomske aktivnosti kot negospodarske (*non-economic*) storitve. Na negospodarske storitve se ne nanašajo pravila PDEU o notranjem trgu in konkurenci. Določeni vidiki teh storitev utegnejo biti podvrženi nekaterim splošnim pravilom PDEU, kot je načelo nediskriminacije.²³ NSSP so torej negospodarske oziroma neekonomske aktivnosti, na katere se ne nanašajo ekonomska pravila oziroma "ekonomska ustava" primarnega prava EU.²⁴ Katere od številnih nacionalno pravno reguliranih aktivnosti so NSSP in zanje ključna ekonomska pravila prava EU niso uporabna, pove pravo EU in ne nacionalni pravni redi.²⁵

25. Pojem negospodarskih storitev splošnega pomena po vsebini v predpisih EU ni izrecno opredeljen, presoja SEU pa izhaja iz konkretnih okoliščin vsakega posameznega primera. Treba je upoštevati, da ugotovitev SEU o gospodarski (tržni) ali negospodarski naravi storitve nikoli ni sama sebi namen, pač pa je v bistvu rešitev vprašanja razlage prava EU, pomembnega²⁶ za odgovor na vprašanje, ali je neko storitev treba podrediti

²² Glej Commission staff working document, Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, Bruselj, 29. 4. 2013, WD(2013) 53 final/2, str. 21.

²³ Prav tam.

²⁴ Primerjaj z V. Hatzopoulos, The concept of "economic activity" in the EU Treaty: From ideological dead-ends to workable judicial concepts, Research Papers in Law, št. 6 (2011), College of Europe, Department of European Legal Studies, str. 2.

²⁵ Države članice smejo po 2. členu Protokola št. 26 ne glede na pravo EU zgolj "zagotavljati, naročati in organizirati" NSSP (ne pa tudi opredeljevati in regulirati). Glej C. Wehlander, nav. delo, str. 90.

²⁶ Ne pa nujno vedno odločilnega. Ko SEU odgovarja na vprašanje, v kolikšni meri (če sploh) je pravo EU upoštevno za neko dejavnost, uporablja poleg, pogosto pa tudi namesto, ločnice gospodarsko/negospodarsko še vsaj pet specifičnih meril (glej podrobneje V. Hatzopoulos, nav. delo, str. 13).

določenim pravilom prava EU, npr. glede svobodne konkurence²⁷ ali svobode opravljanja storitev.²⁸ Doktrina je v ustaljeni praksi SEU zaznala dve glavni liniji argumentacije, ki pripeljeta do sklepa, da je neka storitev ali dejavnost negospodarska: (a) izvrševanje javne oblasti oziroma področje "strateških storitev", kot so komunalne pokopališke dejavnosti, nekatere pristaniške dejavnosti, kontrola zračnega prometa itd., ter (b) storitve, ki so izraz socialne solidarnosti, kot so sheme določenih socialnih zavarovanj, obveznih kmetijskih odškodninskih sistemov itd.²⁹ Vsaj v glavnem se kaže kot točna ugotovitev, da se za dejavnosti domneva, da so gospodarske, razen če so povezane z oblastnim ravnanjem ali s solidarnostjo; če so negospodarske, se ne uporabljajo pravila prava EU o prostem pretoku oseb, storitev in kapitala ter pravila o konkurenci.³⁰ Vendar je pomembno opozoriti na to, da obsega izvetij iz dosega navedenih pravil zaradi socialne solidarnosti ni mogoče pojmovati široko. Tako so npr. bolnišnične zdravstvene storitve še vedno tržne storitve, za katere velja svoboda opravljanja storitev, čeprav jih ne plača bolnik, pač pa zavarovalni sklad po vnaprej določenem ceniku.³¹ Praviloma se za negospodarsko dejavnost šteje zgolj dejavnost zakonsko urejenih obveznih zavarovalnih shem proti različnim tveganjem, ki temeljijo na solidarnosti.³² Pojem negospodarske javne službe po slovenskem pravu (19. točka obrazložitve te odločbe) je očitno širši od pojma NSSP po pravu EU.

26. Medtem ko je negospodarska javna služba po slovenskem pravu urejena³³ zaokroženo in vseobsegajoče (kot celovit pravni institut), so na ravni EU negospodarske dejavnosti torej regulirane (če je temu sploh mogoče tako reči) izrazito zadržano, pragmatično, parcialno in celo kazuistično. Pravo EU v resnici vedno in v vsakem konkretnem primeru odgovarja le na vprašanje, ali se za neko storitev, kakorkoli jo že ureja in poimenuje nacionalni pravni red, uporabljajo v tem sporu upoštevna pravila prava EU ekonomske narave – če je odgovor pritrdilen, storitev v smislu prava EU ni NSSP. Če nacionalni pravni režim javnih služb ni v navzkrižju z odgovorom, ki ga na navedeno

²⁷ Sodba SEU v združenih zadevah *Poucet in Pistre*, C-159/91 in C-160/91, z dne 17. 2. 1993. Za uporabo pravil konkurence je sicer ključen pojem podjetja, ki se nanaša na vsako organizacijo, ne glede na pravni status in način financiranja, ki izvaja gospodarsko dejavnost. Gospodarska dejavnost je vsaka dejavnost, ki zajema ponujanje blaga in storitev na trgu (glej npr. sodbo SEU v združenih zadevah *Pavel Pavlov in drugi*, C-180/98–C-184/98, z dne 12. 9. 2000, 75. točka).

²⁸ Sodba SEU v zadevi *Watts*, C-372/04, z dne 16. 5. 2006.

²⁹ V. Hatzopoulos, nav. delo, str. 10–11.

³⁰ Prav tam, str. 20.

³¹ Primerjaj s sodbo SEU v zadevi *Smits in Peerbooms*, C-157/99, z dne 12. 7. 2001, 56. do 59. točka obrazložitve.

³² Glej sodbo SEU v zadevi *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas*, C-218/00, z dne 22. 1. 2002, 38. do 46. točka obrazložitve. V tem primeru se je solidarnost kazala v ureditvi, da vplačila v shemo niso bila dosledno sorazmerna tveganjem, upravičenja pa ne vplačilom. Sistem je bil poleg tega pod strogim nadzorom države.

³³ Upoštevaje spoznanja pravne znanosti, ustaljena doktrinarna stališča itd.

vprašanje daje pravo EU (če torej ne derogira učinka zadevnih pravil prava EU),³⁴ se lahko nemoteno uporablja še naprej. Sicer se mora – a le v spornem delu – umakniti pravu EU. Kolikor se posledice nacionalne opredelitve negospodarske javne službe odražajo na področju, kamor pravo EU ne seže (npr. glede odločitve, katere zdravstvene storitve bodo vsaj delno vključene v obvezno zavarovanje in potemtakem v javno zdravstveno službo), je to stvar nacionalnega prava. Pravo EU se, kolikor ne gre za vprašanje spoštovanja prava EU, torej ne opredeljuje do uvrščanja dejavnosti v take in drugačne nacionalne pravne režime.³⁵

27. V okviru presoje skladnosti z 2. členom Ustave je ključno le, da je izpodbijano drugo poved drugega odstavka 3. člena ZZDej, kolikor vsebuje pojem negospodarskih storitev splošnega pomena, mogoče razložiti. Javna zdravstvena služba je z vidika nacionalnega prava še vedno negospodarska javna služba, s pomenom, ki ga ima ta institut v slovenskem pravu. Ni mogoče sklepati, da je zakonodajalec želel celovit domač pravni režim negospodarskih javnih služb nadomestiti s terminom prava EU, ki sploh nima namena vzpostaviti celovitega, zaključenega in poenotenega režima pravne regulative negospodarskih dejavnosti, veljavnega v vsaki državi članici – pač pa le, da je želel vzpostaviti kriterije za oceno, ali je (zgolj!) z vidika prava EU neka storitev negospodarska in se zanjo ne uporabljajo določena pravila prava EU. Ker ima torej evropski institut negospodarskih storitev splošnega pomena tako omejene ambicije in ne daje potrebnih odgovorov na vsa bistvena vprašanja v zvezi s temi storitvami, namen zakonodajalca ni mogel biti, da bi bil z njim v slovenskem pravnem redu celovito nadomeščen nacionalni pravni institut negospodarske javne službe. Druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej ne uvaja radikalne spremembe, ki jo predstavljajo pobudniki. Drugačen zaključek ni mogoč kljub neobrazloženemu stališču Vlade v mnenju k pobudi, da se pojem negospodarska dejavnost splošnega pomena uporablja "namesto" pojma negospodarska javna služba.

28. To, da druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej javno zdravstveno službo opredeljuje s pojmom prava EU (negospodarska storitev splošnega pomena), je sicer nenavadno. Država članica EU seveda ne more z zakonom kar predpisati, da naj bi se neka dejavnost štela za tako storitev; za odgovor na to vprašanje je v primeru spora

³⁴ Derogira npr. tako, da prepoveduje opravljanje neke storitve subjektu iz druge države članice, čeprav gre za storitev iz 57. člena PDEU itd.

³⁵ Kar izhaja tudi iz Sporočila Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru Regij – Spremeni dokument k Sporočilu: "Enotni trg za Evropo 21. stoletja" Storitve splošnega interesa, vključno s socialnimi storitvami splošnega interesa: nova evropska zaveza {COM(2007) 724 konč.} {SEC(2007) 1514} {SEC(2007) 1515} {SEC(2007) 1516} z dne 20. 11. 2007: ".../ storitve, tako gospodarske kot negospodarske, ki jih javni organi štejejo za storitve splošnega interesa ter zanje veljajo posebne obveznosti javnih storitev. To pomeni, da je odločanje o naravi in obsegu storitve splošnega interesa dejansko v pristojnosti javnih organov na ustrezni ravni. Javni organi lahko odločijo, da bodo storitve opravljali sami ali da jih bodo zaupali drugim subjektom, ki so lahko javni ali zasebni ter lahko delujejo profitno ali neprofitno /.../"

pristojno SEU glede na svoje ustaljene vsebinske kriterije. Zdi se, da je mogoče v tem delu izpodbijano določbo razumeti kot neke vrste pojasnjevalno normo (ki naj bi le opozarjala na nekaj, kar po mnenju zakonodajalca izhaja že iz drugih določb pravnega reda), ki označuje zakonodajalčevo mnenje, da se za javno zdravstveno službo, kakor je urejena v ZZDej, tudi ko jo opravljajo zasebniki, ne morejo uporabljati pravila prava EU, ki veljajo za tržne dejavnosti. Dokončni odgovor na to vprašanje lahko poda le SEU. Z vidika očitkov pobudnikov o neskladju z 2. členom Ustave je bistveno le, da zaradi opisanega pristopa druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej ni protiustavno nejasna. Do trditev o neskladju s pravom EU (ker da javna zdravstvena služba po ZZDej ni negospodarska storitev splošnega pomena) se v zvezi z očitki o pomenski nedoločljivosti Ustavnemu sodišču ni treba opredeliti. Zadošča, da je zakonsko besedilo tako, da ga je mogoče razložiti, četudi morebiti s pomočjo prava EU.

29. V sklopu ocene neskladja druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej z 2. členom Ustave sta (glej 13. točko obrazložitve te odločbe) preostala še dva očitka pobudnikov: o neskladju navedene določbe s specialno zakonodajo in o nerazumljivosti pravila o ugotavljanju in porabi presežka prihodkov.

30. Ustavno sodišče ne presoja medsebojne skladnosti zakonov, razen če gre za takšna notranja nasprotja znotraj pravnega reda, da bi bila kršena načela pravne države iz 2. člena Ustave. Pobudniki to izkazujejo z opozarjanjem na naslednja pravila: (a) da koncesionar posluje v svojem imenu in za svoj račun;³⁶ (b) o podlagi za določitev izhodišč za izvajanje programov, oblikovanje cen programov ter drugih podlag za sklepanje pogodb za izvajanje javne zdravstvene službe;³⁷ in (c) o dogovarjanju o deležu sredstev za vrednotenje zdravniškega dela znotraj finančnega načrta Zavoda za zdravstveno zavarovanje Slovenije (v nadaljevanju ZZZS), določitvi podlag za plače zdravnikov, ki so javni uslužbenci, oziroma za plačilo zasebnih zdravnikov s koncesijo ter o metodologiji za določanje cen zdravniških storitev, ki niso predmet obveznega zdravstvenega zavarovanja.³⁸

31. Del druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej, ki določa tudi za zasebnike, da storitve javne zdravstvene službe opravljajo na nepridobiten način, tako da se presežek prihodkov porabi za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti, ni v nepremostljivem (ali sploh kakršnemkoli) nasprotju z naštetimi določbami ZZDej, ZZVZZ in ZZdrS. Izpodbijana določba namreč ureja, kako morajo zasebniki uporabiti morebiten presežek prihodkov, vendar tako, da ga še vedno ohranijo znotraj svojega podjetja. To ni v neskladju s pravilom, da koncesionar posluje v svojem imenu in za svoj račun (ki pove to, da je koncesionar upravičen do koristi iz dejavnosti in da nosi tveganja oziroma izgube iz dejavnosti), oziroma s pravili o določanju obsega programov javne zdravstvene službe ter cen oziroma sestavin cen posameznih zdravstvenih storitev (ki se ne dotikajo vprašanja,

³⁶ Prvi odstavek 42. člena ZZDej.

³⁷ Člen 63 ZZVZZ.

³⁸ Členi 64 do 67 ZZdrS.

kako naj zasebnik ravna s presežkom prihodkov, ki ga ustvari pri opravljanju dejavnosti javne zdravstvene službe).

32. Po mnenju pobudnikov iz zakona tudi ni mogoče razbrati, kaj je mišljeno z besedilom, da se "presežek prihodkov nad odhodki porabi za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti". Vlada pojasnjuje, da se sporno pravilo nanaša le na presežke prihodkov, ki nastanejo pri opravljanju javne zdravstvene službe (ne pa na tiste, ki jih zasebnik morebiti ustvari pri zdravstveni dejavnosti, ki ni javna služba). Po mnenju Vlade določba ne prepoveduje ustvarjanja presežka prihodkov in ne nalaga dolžnosti njegovega vračanja v blagajno ZZS. Določala naj bi le obvezni način porabe teh presežkov kot namenskih sredstev, tako da se morajo porabiti za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti³⁹ – za investicije⁴⁰ ali tekoče stroške poslovanja.⁴¹

33. Vladina razlaga izpodbijane določbe je razumna in sledi namenu zakonodajalca zagotoviti uporabo presežka, ki je nastal v javni službi, za to javno službo. Omejitev razpolaganja s presežkom prihodkov⁴² je v skladu z namenom varstva integritete namenskih sredstev omejena na presežke iz javne negospodarske službe. Obveznost uporabe presežka prihodkov za opravljanje in razvoj (javne) koncesijske dejavnosti izključuje njegov prenos v morebitne druge dejavnosti zasebnika oziroma uporabo presežka za osebno potrošnjo zasebnega zdravnika ali za izplačilo družbenikom zasebnika, ki je gospodarska družba. Dvomi pobudnikov, češ da zakon ne ureja številnih vprašanj, ki bi jih moral urediti (postopek in način porabe presežka prihodkov, komu in za kakšen razvoj se namenijo itd.), so neutemeljeni. Druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej prepušča glede modalitet in časa uporabe presežka prihodkov zasebnikom precejšnjo svobodo. Presežek morajo tako ali drugače ohraniti v koncesijski dejavnosti. Za katere tekoče stroške (npr. plače, dodatna izobraževanja osebja) ali naložbe (nova stavba za ordinacijo, nov medicinski aparat) ga bodo uporabili, je stvar svobodne poslovne odločitve zasebnika. Docela jasno je, da se presežek prihodkov ugotavlja za

³⁹ Razumeti je, da tistega njenega dela, ki je javna služba.

⁴⁰ Tu Vlada navaja sredstva za zagotovitev in posodobitev opreme in prostorov, v katerih se izvaja zdravstvena dejavnost.

⁴¹ Tu Vlada navaja sredstva za izplačilo plač in drugih prejemkov delavcev pri zasebniku (temu je mogoče dodati še stroške medicinskega materiala, administracije itd.).

⁴² Ker Ustavno sodišče presoja določbe presoja izključno z vidika zasebnikov (zasebnih zdravnikov in gospodarskih družb), je "presežek prihodkov" (izraz, ki je sicer značilen za računovodenje zavodov, izpodbijana določba pa ga uporablja kar za vse izvajalce javne zdravstvene službe) za gospodarske družbe tehnično dejansko pozitivni "čisti poslovni izid obračunskega obdobja" v smislu 19. točke drugega odstavka 66. člena ZGD-1 oziroma v smislu 19. točke standarda 21.6 ali 17. točke standarda 21.7 Slovenskih računovodskih standardov (2016) (Uradni list RS, št. 95/15, 74/16 – popr., 23/17 in 57/18 – v nadaljevanju SRS 2016). Za isto računovodsko kategorijo pri samostojnih podjetnikih posameznikih (njihov položaj je primerljiv z zasebnimi zdravniki) standarda 30.4 in 30.15 SRS 2016 uporabljata izraz podjetnikov dohodek. Presežek prihodkov pri zasebnikih je v splošnem mogoče imenovati tudi čisti dobiček.

obdobje vsakega poslovnega leta posebej (glej prvi odstavek 54. člena ZGD-1) in da je izbira obdobja, v katerem se bo presežek uporabil za zakonsko predpisani namen, stvar zasebnika.

34. Vse navedeno zadošča za sklep, da je druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej tudi v tem delu določljiva oziroma jo je mogoče razložiti. Očitke pobudnikov, ki po vsebini štejejo tako razlago za preveč omejujočo, pa je Ustavno sodišče obravnavalo v okviru presoje skladnosti s 74. členom Ustave.

35. Z ustaljenimi metodami razlage pravnih norm se torej da ugotoviti vsebino druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej. Zato ta določba ni v neskladju z 2. členom Ustave.

B. – III.

Ocena skladnosti druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej s 74. členom Ustave

36. Pobudniki menijo, da druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej posega v avtonomno organizacijo poslovanja zasebnikov in jim zato krši pravico do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave.

37. Ustava v prvem odstavku 74. člena zagotavlja svobodno gospodarsko pobudo. Gre za temeljno ustavno opredelitev gospodarskega sistema v državi, hkrati pa za človekovo pravico, ki obsega svobodo sprejemanja gospodarskih odločitev na podjetniški ravni.⁴³ Zakonodajalec lahko predpiše način uresničevanja pravice do svobodne gospodarske pobude skladno z drugim odstavkom 15. člena in prvim stavkom drugega odstavka 74. člena Ustave, lahko pa podjetniško svobodo tudi omeji skladno s tretjim odstavkom 15. člena in drugim stavkom drugega odstavka 74. člena Ustave, v katerem je ustavodajalec izrecno prepovedal opravljanje gospodarske dejavnosti v nasprotju z javno koristjo. Na tej podlagi lahko zakonodajalec s posamičnimi ukrepi omeji to človekovo pravico, da se doseže spoštovanje navedene ustavne prepovedi.⁴⁴ Ali pomeni posamezen zakonodajni ukrep na področju gospodarske dejavnosti način uresničevanja svobodne gospodarske pobude ali pomeni že njeno omejevanje oziroma poseg v to človekovo pravico, je prepuščeno vsakokratni presoji konkretne ureditve.

38. Druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej se glasi: "Zdravstvene storitve iz prejšnjega stavka kot negospodarske storitve splošnega pomena izvajalci zdravstvene

⁴³ B. Pernuš Grošelj v L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 712 in 714.

⁴⁴ Primerjaj z odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-73/12 z dne 6. 3. 2014 (Uradni list RS, št. 19/14), 8. točka obrazložitve.

dejavnosti opravljajo na nepridobiten način, tako da se presežek prihodkov nad odhodki porabi za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti." Vendar jo je dejansko treba razumeti na naslednji način: izvajalci zdravstvene dejavnosti zdravstvene storitve javne zdravstvene službe opravljajo nepridobitno, tako da se presežek prihodkov nad odhodki porabi za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti javne zdravstvene službe, zato je njihova dejavnost po pravu EU negospodarska storitev splošnega pomena. Težišče določbe – izvirna pravotvorna odločitev slovenskega zakonodajalca – je v zapovedi (tudi zasebnikom), naj negospodarsko javno službo opravljajo nepridobitno, kar za namene presoje določbe pomeni, da morajo presežek iz javne službe ohranjati v javni službi. Preostanek določbe (oznaka javne zdravstvene službe kot NSSP po pravu EU) glede na razmerje med nacionalnim pravom in pravom EU ter pojasnila Vlade⁴⁵ v bistvu ne pomeni izvirne ustanovitve kakšnih dodatnih pravic in obveznosti. Navedena oznaka pravzaprav kaže pričakovanje Vlade, da bodo glede na ureditev v ZZDej (zlasti pa prav glede na zadevno omejitev razpolaganja s presežkom) pristojni organi EU izvajanje storitev javne zdravstvene službe v Republiki Sloveniji šteli za NSSP. Do vprašanja, ali je to pričakovanje upravičeno, se Ustavnemu sodišču tudi v okviru presoje skladnosti druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej s 74. členom Ustave ni treba opredeliti.⁴⁶

39. Izpodbijana določba zasebnikom nalaga, naj presežek prihodkov iz koncesijske dejavnosti porabijo za opravljanje in razvoj koncesijske dejavnosti torej za investicije v to dejavnost oziroma za njene tekoče stroške poslovanja, pri čemer presežka ne smejo: (a) uporabiti v morebitnih drugih gospodarskih dejavnostih, ki jih opravljajo, (b) porabiti za osebne potrebe, (c) izplačati svojim družbenikom. Z njo zakonodajalec določa pogoje za opravljanje gospodarske dejavnosti zasebnikov. Čeprav je dejavnost javne zdravstvene službe v slovenskem pravu negospodarska javna služba, to ne pomeni, da je z vidika varovanja ustavnega položaja zasebnikov ni treba šteti za "gospodarsko" dejavnost – torej tako, da se nanjo nanašajo jamstva 74. člena Ustave. V tem pogledu so varovani tudi zasebniki, kot so npr. zasebni zdravniki, čeprav cilj izvajanja negospodarskih javnih služb ni pridobivanje dobička (sklep Ustavnega sodišča št. U-I-135/05, 5. točka obrazložitve).

40. Presojana omejitev razpolaganja s presežkom prihodkov⁴⁷ ima realno vsebinsko zvezo s koncesijsko dejavnostjo, ker ohranja finančna sredstva v dejavnosti, v kateri so

⁴⁵ Tudi če država članica EU zakonsko označi neko dejavnost kot NSSP, to niti najmanj ni pomembno za presojo SEU, ali je po pravu EU ta dejavnost NSSP. Države članice lahko le ob upoštevanju kriterijev SEU uredijo pogoje izvajanja dejavnosti tako, da se kaže kot verjetno, da bi SEU razsodilo, da za to dejavnost ne veljajo pravila prava EU o svobodi ustanavljanja, opravljanja storitev in o konkurenci. Iz mnenja Vlade o pobudi izhaja, da meni, da javni zdravstveni sistem v Republiki Sloveniji izpolnjuje evropske kriterije za "shemo solidarnosti" in da se javna zdravstvena služba izvaja kot NSSP.

⁴⁶ Glej tudi 28. točko obrazložitve te odločbe.

⁴⁷ Čeprav druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej tega ne pove izrecno, se lahko nanaša le na presežek po obdavčitvi. Sicer omejitev svobode razpolaganja ne bi imela smisla; s presežkom

nastala. Kljub temu ne gre za določitev načina izvrševanja pravice do svobodne gospodarske pobude. Druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej namreč zelo intenzivno oži polje podjetniške svobode zasebnikov.⁴⁸ Ozko usmerjena vsebinska omejitev svobodnega razpolaganja s presežkom prihodkov posega v samo jedro svobodne podjetniške pobude.⁴⁹ Eno izmed ključnih jamstev podjetniške svobode in tržnega gospodarstva nasploh je namreč prav upravičenje avtonomnega odločanja na lastno odgovornost o tem, ali bo podjetnik pozitivni donos svoje dejavnosti ohranil v dejavnosti, preusmeril v drugo dejavnost oziroma porabil v lastnem gospodinjstvu. Zato izpodbijana ureditev pomeni poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude zasebnikov iz prvega odstavka 74. člena Ustave. Ustavno sodišče je tako moralo presoditi, ali za tako ureditev obstaja javna korist in ali je poseg v skladu s splošnim načelom sorazmernosti (2. člen Ustave).

41. Zakonodajno gradivo⁵⁰ in mnenje Vlade o pobudi (str. 2–4) si predvsem prizadevata utemeljiti solidarno naravo javne zdravstvene službe, kar je očiten poskus dokazovanja, da gre po pravu EU za negospodarsko storitev splošnega pomena (oziroma NSSP), pri izvrševanju katere ni treba spoštovati večine pravil prava EU. Te utemeljitve se osredinjajo na tisti del druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej (Zdravstvene storitve iz prejšnjega stavka kot negospodarske storitve splošnega pomena), ki ni bistvo izpodbijane določbe in ki niti ni izvirna ustvaritev novih pravic in obveznosti, temveč kaže le na pričakovanje zakonodajalca, da bi SEU slovensko javno zdravstveno službo štelo za NSSP.⁵¹ Bistvo druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej – ki dejansko tvori poseg v podjetniško svobodo – je zapoved nepridobitnosti v smislu obvezne uporabe zasebnikovega presežka prihodkov (izvajalci zdravstvene dejavnosti opravljajo na nepridobiten način, tako da se presežek prihodkov nad odhodki porabi za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti).⁵² Glede tega pravila pa niti v zakonodajnem gradivu niti v mnenju Vlade ni pojasnjeno, zakaj zasebniki (po pravilni in vestni izpolnitvi vseh

pred obdavčitvijo zasebnik tako ali tako ne more svobodno razpolagati, ker mora od njega še odvesti ustrezni davek (dohodnina, davek od dohodkov pravnih oseb).

⁴⁸ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-66/08 z dne 11. 12. 2008 (Uradni list RS, št. 121/08, in OdlUS XVII, 73), 83. točka obrazložitve.

⁴⁹ Drži sicer, da zasebniki v nekaterih pravnih oblikah že zaradi nekaterih drugih pravnih pravil ne morejo povsem svobodno razpolagati s čistim dobičkom kot takim, ker prisilna pravna pravila zahtevajo pred njegovo delitvijo med družbenike njegovo uporabo za pokrivanje izgube prejšnjih let in za tvorbo kapitalskih rezerv; družbenikom delniške družbe in družbe z omejeno odgovornostjo je tako na voljo za delitev šele bilančni dobiček (230. in 494. člen ZGD-1). Vendar je drugo poved drugega odstavka 3. člena ZZDej treba razumeti kot pravilo, ki postavlja še dodatno, brezpogojno in absolutno omejitev, da bi bil presežek prihodkov vir za karkoli drugega kot za opravljanje in razvoj zdravstvene dejavnosti.

⁵⁰ Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravstveni dejavnosti, prva obravnava, EVA 2015-2711-0033, str. 9, 61 in 62.

⁵¹ Pri čemer tu ni pomembno, ali je to pričakovanje upravičeno.

⁵² Oba dela izpodbijane določbe sta sicer nerazdružljivo povezana.

obveznosti do pacientov, določenih v skladu s primernimi strokovnimi standardi) ne smejo prosto razpolagati s presežkom prihodkov, temveč ga morajo ohraniti v koncesijski dejavnosti.

42. Kljub temu je o javni koristi za presojo omejitve razpolaganja s presežkom prihodkov zasebnikov mogoče sklepati iz splošnih ciljev zakona. Presojana omejitev se nanaša na presežke prihodkov iz koncesijske dejavnosti, torej iz javne zdravstvene službe. Ta obsega zdravstvene storitve, katerih trajno in nemoteno opravljanje je po odločitvi zakonodajalca v javnem interesu (prva poved drugega odstavka 3. člena ZZDej). Že iz tega in posredno tudi iz obrazložitve predloga ZZDej-K je mogoče sklepati, da je cilj izpodbijanega posega zagotavljanje trajnega, kakovostnega in univerzalnega dostopa do storitev javne zdravstvene službe.⁵³ Ta cilj pomeni javni interes, ki lahko upraviči poseg v človekovo pravico do svobodne gospodarske pobude.

43. Ustavno sodišče mora zato presoditi še, ali je teža posledic omejitve pravice do svobodne gospodarske pobude sorazmerna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi te omejitve nastale. Kot že navedeno v 39. točki obrazložitve te odločbe, druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej zasebnikom nalaga, naj presežek prihodkov iz koncesijske dejavnosti porabijo za investicije v to dejavnost oziroma za njene tekoče stroške poslovanja, pri čemer presežka ne smejo: (a) uporabiti v morebitnih drugih gospodarskih dejavnostih, ki jih opravljajo, (b) porabiti za osebne potrebe, (c) izplačati svojim družbenikom. Negativni učinki te določbe so zelo težki oziroma daljnosežni. Čeprav presežek prihodkov zasebnikom ni "razlaščen" (ohranijo ga znotraj svojega podjetja), taka omejitev njegove uporabe vseeno pomeni krnitev samega jedra podjetniške svobode.

44. Na drugi strani je pozitiven učinek javne koristi, ki se z omejitvijo zasleduje. Izpodbijana določba stremi k zagotavljanju stabilnosti, kakovosti in široke dostopnosti javne zdravstvene službe. Tudi temu pozitivnemu učinku je treba pripisati veliko težo. Če se ustvarjeni presežek prihodkov porabi za nove investicije v koncesijsko dejavnost ("razvoj dejavnosti"), je razumno pričakovati, da se bo ta dejavnost opravljala pod boljšimi pogoji za paciente (zaradi nove opreme, novih metod, večjih in novejših prostorov itd.). Če se ustvarjeni presežek prihodkov porabi za tekoče stroške koncesijske dejavnosti ("opravljanje dejavnosti"), to pomeni boljše možnosti za obstoj zasebnika na trgu v težkih časih in za posledično ohranitev obstoječega obsega javne zdravstvene službe.⁵⁴

⁵³ Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravstveni dejavnosti, prva obravnava, EVA 2015-2711-0033, str. 10, poudarja, da ZZDej temelji na osnovnih načelih zdravstvenega varstva, kot sta tudi zagotavljanje kakovostne zdravstvene obravnave in pravična dostopnost, ki je odvisna od potreb posameznika.

⁵⁴ Tehnično namreč poraba presežka prihodkov za tekoče stroške pomeni, da se akumulirani presežki prejšnjih let porabljajo za pokrivanje izgube v poslovnih letih, ko zasebnik ni zmozel odhodkov pokriti iz prihodkov istega leta.

45. Zasledovana korist predpostavlja ustvarjanje presežka pri opravljanju koncesijske dejavnosti. Na to bistveno predpostavko udejanjanja javne koristi pa izpodbijana določba ne vpliva v pozitivni smeri. Celo več. Tako intenzivna omejitev svobode uporabe presežka prihodkov lahko spodkoplje enega izmed ključnih motivov za opravljanje koncesijske dejavnosti. Zasebniki morajo investirati in redno kriti stroške koncesijske dejavnosti že zato, ker imajo motiv ostati na trgu kot poslovni subjekt; k razvoju dejavnosti in nakupu nove opreme jih silita tako konkurenca na trgu kot tudi sam razvoj medicinske stroke. V tem pogledu ni nepomembno, da lahko država dodatno zagotovi kakovost koncesijske dejavnosti s predpisovanjem ustreznih strokovnih standardov, ki bodo posredno, a dovolj učinkovito, po eni strani silili zasebnika k investiranju, katerega vir je lahko presežek prihodkov, v dejavnost, v kateri je presežek nastal, po drugi strani pa je s tem pristopom še ohranjena svoboda zasebnikove poslovne presoje o primernem času in obsegu investicij. Groba, splošna in neposredna omejitev svobodnega razpolaganja s presežkom prihodkov sama po sebi torej ne prinaša zelo visokih pričakovanih koristi. Zasledovani pozitivni učinek javne koristi zato ne odtehta daljnosežnosti in intenzivnosti posledic posega.

46. Na podlagi navedenega Ustavno sodišče ugotavlja, da teža presojanega posega v človekovo pravico do svobodne gospodarske pobude presega težo javne koristi od posega. Druga poved drugega odstavka 3. člena ZZDej je v neskladju s prvim odstavkom 74. člena Ustave, kolikor velja tudi za zasebnike. Ustavno sodišče jo je zato v tem obsegu razveljavilo (1. točka izreka).

47. Ker je Ustavno sodišče ugotovilo neskladje druge povedi drugega odstavka 3. člena ZZDej že s prvim odstavkom 74. člena Ustave, ni presojalo drugih očitkov pobudnikov.

B. – IV.

Ocena ustavnosti prvega odstavka 42. člena ZZDej

48. Prvi odstavek 42. člena ZZDej se glasi: "Koncesija po tem zakonu je pooblastilo, ki se podeli fizični ali pravni osebi za opravljanje javne zdravstvene službe. Zdravstveno dejavnost na podlagi koncesije opravlja koncesionar v svojem imenu in za svoj račun na podlagi pooblastila koncedenta."

49. Pobudniki med drugim trdijo, da je prvi odstavek 42. člena ZZDej v neskladju z načelom jasnosti in pomenke določljivosti predpisov iz 2. člena Ustave, ker vnaša v pravni red nesprejemljivo negotovost. Glavni pomislek, ki ga imajo, se nanaša na opredelitev koncesije kot "pooblastila" koncedenta koncesionarju. Pobudniki opozarjajo, da ZZDej/13 koncesije ni opredeljeval s pomočjo tega pojma, ter na opredelitev koncesije

kot pravice na podlagi prve alineje 26. člena⁵⁵ in drugega odstavka 44. člena Zakona o javno-zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 127/06 – v nadaljevanju ZJZP).⁵⁶ Iz teh navedb – in iz sklicevanja na neskladje s 74. členom Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo in 20/18 – v nadaljevanju OZ)⁵⁷ – izhaja, da vidijo pobudniki v izpodbijani določbi nepremostljivo protislovje znotraj pravnega reda, ki ga ni moč odpraviti z razlago.

50. Vendar za tako protislovje ne gre. V prvi vrsti je koncesija v slovenskem pravnem redu v najbolj temeljnem smislu brez dvoma pravica koncesionarja, da izvaja neko dejavnost – vezana na bolj ali manj številne pogoje in omejitve, a še vedno pravica. To je razvidno tudi iz zakonske ureditve koncesije v ZJZP kot oblike pogodbenega javno-zasebnega partnerstva, koncesijo kot pravico pa obravnava tudi pravna teorija.⁵⁸ Tega ZZDej ne spreminja. Iz zakonodajnega gradiva k ZZDej-K ni mogoče razbrati namena zakonodajalca, da bi splošni pomen instituta koncesije prav pri zdravstvenih koncesijah in samo zanje tako daljnosežno spremenil. Pač pa je z uporabo pojma pooblastilo zakonodajalec prav v duhu ZZDej-K⁵⁹ očitno želel dodatno poudariti politična izhodišča novele zakona, po katerih se daje po novem pri koncesijah večji poudarek javnemu interesu⁶⁰ kot prej, da je okrepljen nadzor nad izvajanjem koncesij in da je ZZDej-K v temelju bolj naklonjen krepitvi javne mreže javne zdravstvene službe kot pa podeljevanju dodatnih in širjenju obstoječih koncesij (glej subsidiarnost podeljevanja koncesij po drugem odstavku 42. člena ZZDej, časovno omejenost njihovega trajanja po prvem odstavku 43. člena ZZDej itd.). Besedo pooblastilo je mogoče razumeti tudi širše kot le v obligacijskem pomenu upravičenosti za zastopanje – tako da kaže na prenos pravne moči (upravičenosti) nekaj narediti ali nekaj izvajati⁶¹ iz prvotnega nosilca na drug subjekt,

⁵⁵ Določba opredeljuje koncesijsko razmerje kot dvostransko pravno razmerje med državo oziroma samoupravno lokalno skupnostjo ali drugo osebo javnega prava kot koncedentom in pravno ali fizično osebo kot koncesionarjem, v katerem koncedent podeli koncesionarju posebno ali izključno pravico izvajati gospodarsko javno službo oziroma drugo dejavnost v javnem interesu, kar lahko vključuje tudi zgraditev objektov in naprav, ki so deloma ali v celoti v javnem interesu.

⁵⁶ Določba se nanaša prav na koncesije za opravljanje negospodarskih javnih služb, ki pomenijo, da ima koncesionar posebno ali izključno pravico izvajati t. i. drugo dejavnost (drugo javno službo, ki ni gospodarska javna služba).

⁵⁷ Prvi odstavek navedene določbe opredeljuje pooblastilo kot upravičenost za zastopanje, ki jo da pooblastitelj s pravnim poslom pooblaščenca.

⁵⁸ A. Mužina, Postopek podelitve koncesije, Podjetje in delo, št. 6–7 (2003), str. 1631. Avtor ugotavlja, da so koncesije na splošno namenjene izvajanju servisne funkcije države v široko opredeljenem javnem interesu in so povezane s podelitvijo posebne oziroma izključne pravice.

⁵⁹ Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravstveni dejavnosti, prva obravnava, EVA 2015-2711-0033, str. 9.

⁶⁰ Seveda kakor ga razume predlagatelj zakona.

⁶¹ Npr. izvajati javno zdravstveno službo, kar je sprva javna oblast izvajala preko "svojih" javnih zavodov.

vendar tako, da pooblaščen subjekt deluje s posebno odgovornostjo ter skrbjo za interese pooblastitelja.⁶²

51. Pojem koncesije kot pooblastila za opravljanje javne zdravstvene službe po prvem odstavku 42. člena ZZDej torej predvsem kot temeljna vrednostna opredelitev kaže na časovno omejenost in siceršnjo podrejenost javnemu interesu zdravstvenih koncesij, kar ni v nepremostljivem razlagalnem neskladju s sicer izrecno zakonsko izpostavljenim izhodiščem, da (razumljivo) zasebniki tudi koncesijsko dejavnost izvajajo v svojem imenu in za svoj račun, torej samostojno, na lastno odgovornost in tako, da pri njih ostanejo koristi in njih bremenijo izgube te dejavnosti. Zakonodajalec zdravstvene koncesije ni želel spremeniti v pooblastilo kot institut obligacijskega prava iz OZ. Prvi odstavek 42. člena ZZDej zato ni v neskladju z 2. členom Ustave.

52. Očitke o neskladju prvega odstavka 42. člena ZZDej z načelom enakosti pred zakonom (drugi odstavek 14. člena Ustave) je treba zavrniti kot očitno neutemeljene, saj se zdi, da so (zelo skromno) utemeljeni predvsem z že opisanim sklicevanjem na 74. člen OZ. Očitka o neskladju z 51. členom Ustave ni mogoče preizkusiti, ker je ostal neobrazložen.

53. Pobudniki trdijo, da je prvi odstavek 42. člena ZZDej v neskladju s 121. členom Ustave, ki določa, da lahko pravne ali fizične osebe z zakonom ali na njegovi podlagi dobijo javno pooblastilo za opravljanje določenih nalog državne uprave. Opredelitev koncesije kot pooblastila naj bi bila v neskladju s to ustavno določbo, ker naj bi bilo mogoče koncesijsko pravico podeliti le z javnim pooblastilom, ne pa z navadnim pooblastilom.

54. Ustava opredeljuje javno pooblastilo kot pravico posameznikov in organizacij, ki niso državni organi, da izvršujejo funkcijo uprave. Gre torej za to, da javno oblast izvršujejo organizacije oziroma subjekti, ki niso del državnega aparata. Javno pooblastilo se izvršuje na tri načine, kot to tudi sicer velja za izvrševanje upravnih funkcij: z izdajanjem splošnih aktov, z izdajanjem posamičnih aktov oziroma z odločanjem v posamičnih stvareh in z opravljanjem materialnih (realnih) dejanj.⁶³

55. Koncesija za opravljanje negospodarske javne službe sama po sebi ni predmet javnega pooblastila in ne nastane na njegovi podlagi.⁶⁴ Z javnim pooblastilom se

⁶² Oziroma tu s skrbjo za interese tistih, za katere skrbi sam pooblastitelj (koncedent) – upravičencev iz obveznega zdravstvenega zavarovanja.

⁶³ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-137/01 z dne 11. 12. 2003 (Uradni list RS, št. 135/03, in OdlUS XII, 95), 14. točka obrazložitve.

⁶⁴ A. Mužina, nav. delo, navaja, da institut koncesije oblastne funkcije pojmovno ni mogoč, oziroma drugače, neposrednega izvrševanja oblastnih funkcij (javnega pooblastila) ni mogoče obravnavati kot koncesije. K temu Ustavno sodišče še dodaja, da sicer ni izključeno, da bi koncesionar, ki javno službo izvaja, v posameznem primeru poleg koncesije dobil še javno pooblastilo (prvi

podeljuje pristojnost izvrševanja oblastnih ravnanj na področju upravnega prava, ne pa pravica izvajati javno službo. Že zato so očitki pobudnikov o neskladju prvega odstavka 42. člena ZZDej s 121. členom Ustave neutemeljeni.

56. Glede na navedeno prvi odstavek 42. člena ZZDej ni v neskladju z Ustavo (2. točka izreka).

B. – V.

Ocena ustavnosti tretjega odstavka 42. člena ZZDej

57. Tretji odstavek 42. člena ZZDej se glasi: "Koncesija ni predmet dedovanja, prodaje, prenosa ali druge oblike pravnega prometa. Pravni posel v nasprotju s prejšnjim stavkom je ničen."

58. Celotna zgradba očitkov pobudnikov zoper izpodbijano določbo je zgrajena okoli nosilne razlage, da prepoved in ničnost pravnega prometa s koncesijo pomenita tudi pravno nezmožnost prenosa koncesije v sklopu materialnega (prenosnega) statusnega preoblikovanja koncesionarja (v nadaljevanju materialno preoblikovanje). Pobudniki torej menijo, da je zaradi tretjega odstavka 42. člena ZZDej ničen prenos koncesije od koncesionarja odstopnika na (potencialnega) koncesionarja prevzemnika v sklopu zakonsko predvidenega prehoda vseh pravic in obveznosti odstopnika na prevzemnika.⁶⁵ To ima po njihovih pogledih za posledico, da koncesijske dejavnosti po materialnem preoblikovanju več ni moč opravljati (koncesionar odstopnik z materialnim preoblikovanjem preneha, na prevzemnika naj koncesija ne bi prešla). Pobudniki se torej v pobudi omejujejo na prenos koncesij v okviru materialnih preoblikovanj.

59. Pobudniki tretjemu odstavku 42. člena ZZDej očitajo neskladje z načeli pravne države iz 2. člena Ustave zaradi obstoja notranjih nasprotij znotraj pravnega reda. To tezo utemeljujejo tako, da izpodbijano določbo soočajo s šesto alinejo prvega odstavka 44.j člena ZZDej, ki določa, da koncedent koncesionarju z odločbo odvzame koncesijo, če koncesionar prenese koncesijo na drugega izvajalca zdravstvene dejavnosti. Šesta alineja prvega odstavka 44.j člena ZZDej naj bi torej predvidevala, da koncesionar tehnično lahko pravnoveljavno prenese koncesijo na drugega izvajalca dejavnosti (čeprav

odstavek 66. člena ZJZP določa, da je lahko predmet javno-zasebnega partnerstva tudi javno pooblastilo, če je nujno vezano na izvajanje javno-zasebnega partnerstva).

⁶⁵ Pobudniki primeroma omenjajo šesti odstavek 580. člena ZGD-1 iz oddelka o združitvi delniških družb, ki se glasi: "Z združitvijo preidejo na prevzemno družbo vse premoženje ter pravice in obveznosti prevzete družbe. Prevzemna družba kot univerzalni pravni naslednik vstopi v vsa pravna razmerja, katerih subjekt je bila prevzeta družba."

sledi sankcija odvzema koncesije),⁶⁶ za tretji odstavek 42. člena ZZDej pa se zdi, da zanika možnost takega pravnoveljavnega prenosa koncesije na drugega izvajalca, ker (a) izrecno prepoveduje "prodajo, prenos ali drugo obliko pravnega prometa" in (b) kršitev te prepovedi sankcionira z ničnostjo pravnega posla, ki je temelj za prenos koncesije oziroma s katerim je prenos koncesije izvršen.⁶⁷ Tretji odstavek 42. člena ZZDej naj bi narekoval zaključek, da koncesija na podlagi pravnega posla sploh ne more veljavno preiti iz premoženja koncesionarja, ki mu jo je podelila javna oblast s posamičnim aktom. Po mnenju pobudnikov si torej tretji odstavek 42. člena ZZDej in šesta alineja prvega odstavka 44.j člena ZZDej nerešljivo nasprotujeta.

60. Ustavno sodišče mora najprej odgovoriti na vprašanje, ali zatrjevano nasprotje znotraj pravnega reda sploh obstaja. Glede na vsebino pobude je v zvezi s tem bistveno vprašanje, ali prepoved iz tretjega odstavka 42. člena ZZDej res zajema tudi prenose koncesij, do katerih pride *ex lege* v okviru materialnih preoblikovanj. Vlada tej razlagi nasprotuje in navaja, da navedena določba "ne vključuje statusnih preoblikovanj koncesionarja".

61. Za materialna preoblikovanja je značilno, da so vse pojavne oblike te vrste statusnih preoblikovanj povezane s preходом (prenosom) celotnega premoženja oziroma določenega sklopa premoženja družbe, ki se materialno statusno preoblikuje, na družbo oziroma družbe, ki to premoženje prevzamejo. Celotno premoženje oziroma posamezni sklop premoženja posamezne prenosne družbe preide na drugo družbo z enovitim korporacijskopравnim razpolagalnim enostranskim ali dvostranskim pravnim poslom.⁶⁸ Materialna preoblikovanja so: (1) združitev družb – pripojitev, spojitev; (2) delitev družb –

⁶⁶ Očitno novemu koncesionarju, temu, na katerega je bila koncesija pravno poslovno prenesena. Prvi koncesionar navsezadnje koncesije več nima.

⁶⁷ Iz besedila tretjega odstavka 42. člena ZZDej ni natančno razvidno, ali je ničen zavezovalni ali razpolagalni pravni posel o prometu s koncesijo ali oba. Vendar je edina smiselna razlaga, da sta nična oba pravna posla, ker sta oba v nasprotju s kogentno prepovedjo iz prvega stavka tretjega odstavka 42. člena ZZDej. Sicer pa bi bil po splošnem načelu kavzalnosti odnosa med posloma razpolagalni pravni posel neveljaven tudi že samo zaradi neveljavnosti zavezovalnega posla. Smiselno je tudi za pravno poslovni prenos koncesije, najsi je dopusten ali ne, treba uporabiti splošna doktrinarna pravila o pridobitvi lastninske pravice s pravnim poslom. Teorija namreč poudarja, da je stvarnopravni model razpolaganja z lastninsko pravico treba prenesti tudi na vse druge oblike razpolaganja s pravico v civilnem pravu (M. Juhart, Komentar 40. člena Stvarnopravnega zakonika, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem, Uradni list Republike Slovenije, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Ljubljana 2016, str. 259). Ustavno sodišče k temu dodaja, da mora biti omenjeni model tudi izhodišče za razpravo o pravno poslovni prenosu pravic na stičišču javnega in zasebnega prava, kot je koncesija.

⁶⁸ N. Plavšak, Uvodni komentar k VI. delu ZGD-1, v: M. Kocbek (red.), Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, druga, dopolnjena izdaja, 3. knjiga, lus Software in GV Založba, Ljubljana 2014, str. 161 in 162.

razdelitev, oddelitev, izčlenitev; (3) prenos premoženja družbe in (4) prenos podjetja ali dela podjetja podjetnika.⁶⁹ Koncept materialnih preoblikovanj sloni na institutu skupnega pravnega nasledstva oziroma univerzalne sukcesije. Ta je lahko popolna, ko zaobseže vse razpolagalčeve pravice, obveznosti in pravna razmerja, ali samo delna, ko zaobseže le poljubno izbrani del njegovega premoženja.⁷⁰ Univerzalna sukcesija poenostavlja razpolagalne principe, ki so pri singularni sukcesiji kompleksni.⁷¹

62. Tretji odstavek 42. člena ZZDej se ne nanaša na materialna preoblikovanja. Že njegova jezikovna struktura (z izrecnim izpostavljanjem prodaje in "prenosa") kaže v smer brezpogojne prepovedi prenosov koncesij s posameznimi pravnimi posli na način singularnega pravnega nasledstva (torej s pravnimi posli, katerih predmet so določeni in individualizirani premoženjski predmeti). Poleg tega le izvzetje materialnih preoblikovanj iz dosega izpodbijane določbe ohrani smisel šeste alineje prvega odstavka 44.j člena ZZDej. Obstoj navedene določbe namreč pomeni, da mora v pravnem redu obstajati določen način za pravno učinkovit prenos zdravstvene koncesije iz koncesionarja na drugega izvajalca zdravstvene dejavnosti. Ker je pravni promet s koncesijo s posameznim pravnim poslom ničen in nedopusten po tretjem odstavku 42. člena ZZDej, je tak pravno učinkovit prenos mogoč le z materialnimi preoblikovanji in univerzalno sukcesijo.⁷² Dejstvo, da se tak sicer pravno učinkovit prenos praviloma⁷³ šteje za kršitev obveznosti koncesionarja iz koncesijskega razmerja, na ta zaključek ne vpliva.

63. Iz navedenega izhaja, da tretji odstavek 42. člena ZZDej ni v neskladju z načeli pravne države iz 2. člena Ustave zaradi obstoja notranjih nasprotij znotraj pravnega reda. Zatrjevanih nasprotij namreč ni.

64. Očitki pobudnikov o neskladju tretjega odstavka 42. člena ZZDej s 14., 49., 51. in 74. členom Ustave so očitno neutemeljeni. Že njihova izhodiščna premisa (ničnost *ex lege* prenosa koncesij z materialnimi preoblikovanji), na kateri sloni tudi nadaljnja argumentacija, je glede na navedeno napačna.

⁶⁹ Po analogiji tudi zasebnega zdravnika.

⁷⁰ S. Prelič, Prenos obrata kot predmeta stvarnega vložka, Podjetje in delo, št. 2 (2017).

⁷¹ Prav tam.

⁷² Pobudniki prav z zatrjevanjem v odgovoru na mnenje Vlade o pobudi, da je v preteklosti Ministrstvo za zdravje zavračalo izdajo soglasij k prenosu koncesij v postopku materialnega preoblikovanja zasebnika, sami potrjujejo, da se je tudi v praksi uveljavila razlaga izpodbijane določbe, da ne onemogoča prehoda koncesij prek postopka materialnega preoblikovanja. Če bi bil tak prehod že po zakonu ničen, bi bilo odločanje ministrstva o soglasju brezpredmetno.

⁷³ Kljub šesti alineji prvega odstavka 44.j člena ZZDej ni nujno, da se prenos zdravstvene koncesije z materialnim preoblikovanjem konča z odvzemom koncesije. Drugi odstavek 74. člena ZJZP dopušča prenos posebne in izključne pravice (torej tudi koncesije) na druge izvajalce "skladno z zakonom in ob predhodnem soglasju javnega partnerja". Koncedent lahko tisti prenos zdravstvene koncesije, ki ga vsaj v temelju dopušča zakon (samo materialno preoblikovanje), predhodno odobri.

65. Glede na navedeno tretji odstavek 42. člena ZZDej ni v neskladju z Ustavo (2. točka izreka).

C.

66. Ustavno sodišče je sprejelo to odločbo na podlagi 21. in 43. člena ZUstS v sestavi: predsednica dr. Jadranka Sovdat ter sodnici in sodniki dr. Matej Accetto, dr. Dunja Jadek Pensa, dr. Etelka Korpič – Horvat, dr. Marijan Pavčnik in Marko Šorli. Sodnica dr. Špelca Mežnar je bila pri odločanju v tej zadevi izločena. Ustavno sodišče je odločbo sprejelo soglasno.

dr. Jadranka Sovdat
Predsednica