



**Številka:** Up-95/16-18

**Datum:** 4. 6. 2018

## SKLEP

Senat Ustavnega sodišča je v postopku za preizkus ustavne pritožbe, ki jo je vložila registrirana lekarnarka Silva Bitenc Rošer – Lekarna Bitenc, Ljubljana, ki jo zastopa Anton Pregelj, odvetnik v Ljubljani, na seji 4. junija 2018

sklenil:

**1. Ustavna pritožba zoper sodbo Vrhovnega sodišča št. III Ips 64/2014 z dne 28. 10. 2015 v zvezi s sodbo Okrožnega sodišča v Ljubljani št. VII Pg 2606/2009 z dne 4. 4. 2012 se sprejme v obravnavo.**

**2. Do končne odločitve Ustavnega sodišča se šteje, da velja pogodba o koncesiji za opravljanje lekarniške dejavnosti št. 2/99, sklenjena dne 16. 7. 1999 med pritožnico in Mestno občino Ljubljana.**

## OBRAZLOŽITEV

### A.

1. Vrhovno sodišče je ugodilo reviziji Mestne občine Ljubljana (v nadaljevanju MOL) in je spremenilo sodbo druge stopnje tako, da je zavrnilo pritožbo pritožnice in potrdilo sodbo Okrožnega sodišča, ki je zavrnilo zahtevek pritožnice na ugotovitev, da je bila odpoved koncesijske pogodbe za opravljanje lekarniške dejavnosti, ki jo je 6. 4. 2009 podala MOL, nezakonita in brez pravnega učinka, in na ugotovitev, da zadevna koncesijska pogodba, sklenjena med pritožnico in MOL, še velja. Vrhovno sodišče se ne strinja z Višjim sodiščem, da je iz 18. člena Zakona o lekarniški dejavnosti (Uradni list RS, št. 36/04 – uradno prečiščeno besedilo – v nadaljevanju ZLD) izhajalo, da koncedent nima možnosti nekrivdne odpovedi koncesije. Opozarja na 16. člen ZLD, ki je določal, da morata koncedent in koncesionar s pogodbo o koncesiji urediti medsebojna razmerja, pri čemer morata določiti tudi rok za odpoved koncesije. Ta določba naj ne bi veljala samo za odpoved koncesionarja, saj bi v tem primeru to 16. člen ZLD izrecno določal. Poleg tega naj bi bila odpoved tipična oblika prenehanja trajnega pogodbenega razmerja. Vrhovno sodišče ugotavlja, da je v primeru pritožnične koncesije za nedoločen čas odpovedni rok jasno določen tako v odločbi o

podelitvi koncesije kakor tudi v koncesijski pogodbi. Posledično sklene, da lahko koncedent koncesionarju odvzame koncesijo tudi zaradi prenehanja koncesijske pogodbe, ki lahko preneha zaradi izteka roka trajanja ali zaradi enostranske odpovedi, če je sklenjena za nedoločen čas. Višje sodišče naj bi materialnopravno zmotno štelo, da so razlogi za odvzem koncesije v 18. členu ZLD izčrpno določeni oziroma da se izključno uporablja le ZLD, brez možnosti uporabe Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo in 20/18 – v nadaljevanju OZ).

2. Vrhovno sodišče ocenjuje, da ZLD kot specialni predpis ne ureja vseh vprašanj podeljevanja koncesij in sklepanja koncesijskih pogodb, zaradi česar je v zadevi smiselna uporaba 42. člena Zakona o gospodarskih javnih službah (Uradni list RS, št. 32/93 in 57/11 – v nadaljevanju ZGJS), ki določa, da koncesijska pogodba, sklenjena za nedoločen čas, preneha z odpovedjo. S sodiščem prve stopnje se Vrhovno sodišče strinja tudi glede upoštevnosti 333. člena OZ, ki prav tako utemeljuje možnost enostranske odpovedi trajnega dolžniškega razmerja. S tem v zvezi Vrhovno sodišče poudarja, da se – če je matični zakon pomanjkljiv – obligacijska pravila lahko analogno uporabljajo tudi na področju koncesijskih razmerij oziroma upravnega pogodbenega prava. Vrhovno sodišče razume odpoved pogodbe, sklenjene za nedoločen čas, kot določitev trajanja pogodbenega razmerja, ki s pogodbo ni vnaprej določeno. Koncesijsko razmerje naj bi s potekom odpovednega roka prenehalo. Vrhovno sodišče pritruje Okrožnemu sodišču, da je MOL v okoliščinah primera zakonito odpovedala koncesijsko pogodbo. Meni, da do tega zaključka pripelje tudi razlaga ZLD v skladu s pravom Evropske unije (v nadaljevanju EU). Člen 49 Pogodbe o delovanju Evropske unije (prečiščena različica, UL C 202, 7. 6. 2016 – PDEU) naj ne bi dopuščal neupravičenih omejitev pravice do ustanavljanja. Po mnenju Vrhovnega sodišča ni zanemarljiva obrambna teza MOL, da se zasebnim lekarnarjem ne sme omogočiti, da kot monopolisti večno opravljajo javno službo. Vrhovno sodišče navaja, da je treba nacionalne predpise razlagati skladno s pravom EU, ki spodbuja sklepanje koncesijskih pogodb za določen čas, s čimer izključuje možnost podeljevanja koncesij za nedoločen čas.

3. Pritožnica uveljavlja kršitve 14., 22., 23. in 74. člena Ustave. Meni, da gre v izpodbijanih sodbah za napačno razumevanje narave koncesijskih pogodb. Koncesijska pogodba naj ne bi bila pogodba civilnega prava, pač pa mešana pogodba javno zasebnega partnerstva, ki jo je treba presojati predvsem po pravilih javnega prava. Pritožnica to pogodbo razlaga tako, da je ni mogoče neodvisno odpovedati v času trajanja koncesije (koncesijskega razmerja) – koncesijska pogodba naj bi bila vezana na obstoj koncesije in naj bi bila logična posledica podeljene koncesije. Odpoved pogodbe o koncesiji brez odpovednega razloga naj bi bila v nasprotju z namenom ZLD in Zakona o javno-zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 127/06 – v nadaljevanju ZJZP).

4. Pritožnica razume upravno odločbo o podelitvi koncesije kot temelj svoje koncesije za opravljanje lekarniške dejavnosti, sklenitev koncesijske pogodbe naj bi pomenila le izpolnitev obveznosti koncedenta in koncesionarja, ki izhajajo iz koncesijskega razmerja. Navedeno razmerje naj bi se vzpostavilo z odločbo o podelitvi koncesije. Pritožnica Vrhovnemu sodišču očita, da je preseglo meje pravnega vprašanja, za katerega je dopustilo revizijo MOL. Ne bi se naj omejilo na vprašanje zakonitosti nekrivdne odpovedi koncesijske pogodbe, pač pa naj bi se spustilo na področje odvzema koncesije kot take. S tem naj bi Vrhovno sodišče poseglo v pravnomočno odločitev Upravnega sodišča o nezakonitem odvzemu koncesije pritožnici. Pritožnica navaja, da vprašanja skladnosti slovenskega pravnega reda s pravom EU glede časovne določenosti podeljevanja koncesije niso pravno upoštevana v tem gospodarskem sporu (prav zato, ker naj bi bila pravno upoštevana v zvezi z obstojem koncesije kot take, ne pa koncesijske pogodbe). Trdi, da bi morala Vrhovno in Okrožno sodišče v primeru dvoma o skladnosti slovenskega pravnega reda s pravom EU postaviti vprašanje za predhodno odločanje Sodišču EU.

5. Pritožnica poudarja, da koncesija za lekarniško dejavnost nikoli ni podeljena za nedoločen čas, pač pa v vsakem primeru preneha s smrtjo, upokojitvijo ali nezmožnostjo za opravljanje dejavnosti koncesionarja. Vrhovno sodišče naj bi zmotno uporabilo 71. člen ZJZP. Pritožnica izpostavlja 90. člen ZJZP, ki zahteva, da koncesijska pogodba vsebuje razloge za odpoved. Odpoved iz "poljubnih" razlogov (ali brez razlogov) naj bi bila v neskladju s to določbo in s samim konceptom koncesij, ki naj ne bi dopuščal take arbitrarnosti. Pritožnica se zavzema za razlago, da je treba pred ZJZP podeljene koncesije, kot kontinuirana pravna razmerja, uskladiti s tem predpisom. Meni, da bi lahko njena koncesija prenehala le na podlagi odpovedi iz sedme alineje 18. člena ZLD, ne pa na podlagi odpovedi koncesijske pogodbe. Opozarja tudi na 33. in 39. člen ZGJS. MOL, ki naj bi nastopala v dvojni vlogi (kot ustanoviteljica Lekarn Ljubljana in podeljevalka koncesij zasebnim lekarnarjem), pritožnica očita zlorabo moči in položaja oblastnega organa. Vrhovno sodišče naj bi s spregledom tega dejstva in z napačnim tolmačenjem materialnih pravil, ki urejajo koncesijsko pogodbo za lekarniško dejavnost, kršilo človekovo pravico do podjetniške svobode.

6. Poleg ustavne pritožbe (zoper sodbo Vrhovnega sodišča, pritožnici vročeno 3. 12. 2015) je pritožnica 8. 3. 2016 in 12. 4. 2017 Ustavnemu sodišču poslala še dve dopolnitvi ustavne pritožbe. V vlogi z dne 23. 5. 2018 predlaga začasno zadržanje izpodbijane sodbe Vrhovnega sodišča. Pritožnica navaja, da je Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije (v nadaljevanju ZZZS) sledil stališču MOL, da pritožnica več nima koncesije za izvajanje lekarniške dejavnosti in ji je odpovedal pogodbo o izvajanju programa lekarniških storitev (z učinkom 30. 5. 2018). Pojasnjuje, da po odpovedi te pogodbe ne bo mogla prodajati zdravil na recept, s tem pa tudi ne opravljati koncesionirane lekarniške dejavnosti. To naj bi peljalo v odpoved njene najemne pogodbe za poslovni prostor, ki naj bi bila sklenjena izključno zaradi opravljanja lekarniške dejavnosti. Po oceni pritožnice vzpostavitev prejšnjega stanja

(ponovna sklenitev pogodbe o izvajanju programa lekarniških storitev) po izgubi poslovnega prostora zanjo več nima pomena (najemodajalec naj bi našel novega najemnika, ki bo opravljal lekarniško dejavnost, pritožnici naj bi bila – tokrat upravičeno – odvzeta lekarniška koncesija). Pritožnica te trditve dokazuje s kopijama dopisa ZZZS št. 5203-4/2004-Lj/31 z dne 26. 4. 2018 o odpovedi pogodbe o izvajanju programa lekarniških storitev in pogodbe o najemu poslovnih prostorov št. 3/2007.

## B.

7. Dopolnitvi ustavne pritožbe sta vloženi po izteku roka iz prvega odstavka 52. člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12 – v nadaljevanju ZUstS). Zato Ustavno sodišče navedb o kršitvah iz teh vlog ni moglo upoštevati.

8. Senat Ustavnega sodišča je ustavno pritožbo sprejel v obravnavo (1. točka izreka). O njeni utemeljenosti bo odločalo Ustavno sodišče, ki bo presodilo, ali so bile z izpodbijanima sodnima odločbama kršene pritožničine človekove pravice oziroma temeljne svoboščine.

9. Če je ustavna pritožba sprejeta v obravnavo, lahko po 58. členu ZUstS senat ali Ustavno sodišče na nejavni seji zadrži izvršitev posamičnega akta, ki se z ustavno pritožbo izpodbija, če bi z izvršitvijo lahko nastale težko popravljive škodljive posledice.

10. Senat Ustavnega sodišča ocenjuje, da je pritožnica izkazala nastanek težko popravljivih škodljivih posledic. Pritožnica z ustavno pritožbo izpodbija pravnomočno zavrnitev zahtevka na ugotovitev, da koncesijska pogodba, sklenjena med njo in MOL, velja. V trenutku odločanja o zadržanju je torej treba zaradi učinkov pravnomočnosti šteti, da koncesijska pogodba ne velja. Lahko bi se sicer zastavilo vprašanje, ali to nujno pomeni tudi, da ne obstaja veljavno koncesijsko razmerje (da pritožnica več nima koncesije kot pravice). Iz pravnomočnega sklepa Upravnega sodišča št. I U 550/2016 z dne 13. 3. 2018, s katero je bila odločba MOL o ugotovitvi, da je koncesija pritožnice prenehala, izrečena za nično, izhaja le, da ZLD in ZGJS ne predvidevata izdaje take ugotovitvene odločbe. V vsakem primeru pa je za pritožnico, ki je bila doslej deležna financiranja iz javnih sredstev na podlagi pogodbe o izvajanju programa lekarniških storitev, ključnega pomena, da ZZZS šteje, da pritožnica več nima veljavne koncesije za izvajanje lekarniške dejavnosti.

11. Senat Ustavnega sodišča ugotavlja, da pritožnica brez pogodbe o financiranju iz javnih sredstev ne more dlje časa opravljati lekarniške dejavnosti.<sup>1</sup> Veliko zmanjšanje

---

<sup>1</sup> Lekarniška dejavnost je javna zdravstvena služba, s katero se zagotavlja trajna in nemotena oskrba prebivalstva in izvajalcev zdravstvene dejavnosti z zdravili ter farmacevtska obravnava

prihodkov, ki je posledica omejitve na prodajo zdravil brez recepta, pomeni realno nevarnost prenehanja opravljanja lekarniške dejavnosti. Morebiten časovno zamaknjen uspeh pritožnice v postopku z ustavno pritožbo bi pomenil, da je ukinjena pravnomočna odločitev, da koncesijska pogodba ne velja, kar bi sicer lahko pomenilo, da mora ZZZS s pritožnico znova skleniti pogodbo o izvajanju programa lekarniških storitev. Vendar bi se to zgodilo le, če bi pritožnica dejansko še opravljala lekarniško dejavnost. To, kot že navedeno, je v primeru poteka daljšega časa do odločitve Ustavnega sodišča o ustavni pritožbi vprašljivo. Tedaj morebiten uspeh pritožnice v postopku z ustavno pritožbo ne bi več mogel izboljšati njenega pravnega položaja. Na drugi strani senat Ustavnega sodišča ocenjuje, da zadržanje izvršitve izpodbijane sodbe ne more imeti enako hudih škodljivih posledic za MOL. Če namreč pritožnica v postopku pred Ustavnim sodiščem ne bo uspela, bo to pomenilo le odložitev učinkovanja odpovedi koncesijske pogodbe do odločitve Ustavnega sodišča. Iz tega za MOL ne bo nastala nikakršna nepopravljiva ali težko popravljiva škoda.

12. Senat Ustavnega sodišča je na podlagi 58. člena ZUstS odločil, da do končne odločitve zadrži učinkovanje sodbe Vrhovnega sodišča št. III Ips 64/2014 z dne 28. 10. 2015 v zvezi s sodbo Okrožnega sodišča v Ljubljani št. VII Pg 2606/2009 z dne 4. 4. 2012. Sodbi sta po vsebini negativni ugotovitveni. Odločitev o zadržanju učinka teh sodb zato pomeni, da se do končne odločitve Ustavnega sodišča šteje, da velja pogodba o koncesiji za opravljanje lekarniške dejavnosti št. 2/99, sklenjena dne 16. 7. 1999 med pritožnico in MOL, kot je odločilo Višje sodišče v Ljubljani s sodbo št. I Cpg 926/2012 z dne 18. 12. 2013 (2. točka izreka).

### C.

13. Senat je sprejel ta sklep na podlagi drugega odstavka 55.b člena in 58. člena ZUstS v sestavi: predsednik senata dr. Marijan Pavčnik in članici dr. Etelka Korpič – Horvat in dr. Dunja Jadek Pensa. Sklep je sprejel soglasno.

dr. Marijan Pavčnik  
Predsednik senata