



Ljubljana, dne 24. 03. 2023

STALNA ARBITRAŽA
PRI GOSPODARSKI
ZBORNICI SLOVENIJE

Republika Slovenija
Ministrstvo za pravosodje

Župančičeva ulica 3
SI-1000 Ljubljana
gp.mp@gov.si

Za:

- dr. Dominika Švarc Pipan, ministrica za pravosodje
- Svet za alternativno reševanje sporov

ODPRTA POBUDA

**za obravnavo sporne avtentične razlage 40. člena Zakona o
gospodarskih javnih službah in predlaganje postopka za njeno
razveljavitev v Državnem zboru RS**

Spoštovana ministrica, dr. Dominika Švarc Pipan,

predsedstvo Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije je na svoji redni 4. seji dne 14. marca 2023 obravnavalo problematiko sporne avtentične razlage 40. člena Zakona o gospodarskih javnih službah¹ (v nadaljevanju: ZGJS) in

daje Ministrstvu za pravosodje odprto² pobudo, da obravnava sporno avtentično razlago 40. člena ZGJS in na Vladi Republike Slovenije predlaga postopek za njeno čim prejšnjo formalno razveljavitev v Državnem zboru.

1. Na Stalni arbitraži pri Gospodarski zbornici Slovenije menimo, da je sporna avtentična razlaga 40. člena ZGJS, ki sta ji zavezujoč učinek odrekla Vrhovno sodišče RS in Ustavno sodišče RS, izjemno škodljiva za ugled Republike Slovenije kot potencialne države gostiteljice domačih in tujih investicij, na drugi strani pa predstavlja pravno negotovost in nepredvidljivost za stranke koncesijskih razmerij (koncesionarje in koncendente). Kot taka ima omenjena avtentična razlaga tudi učinek odvratanja potencialnih investicij.

¹ Uradni list RS, št. 57/11.

² Pobuda je javno objavljena na spletni strani Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije: <http://www.sloarbitration.eu/Novice-in-dogodki>

2. Pričujoča odprta pobuda se nanaša na arbitrabilnost koncesijskih sporov v luči sporne avtentične razlage 40. člena ZGJS, ki je bila sprejeta leta 2011 in je v koncesijska razmerja vnesla pravno negotovost, tako na strani oseb javnega prava (koncedentov) ter potencialnih domačih in tujih investitorjev (koncesionarjev). V nadaljevanju pojasnjujemo ozadje sprejema sporne avtentične razlage 40. člena ZGJS in razloge za njeno pravno nevzdržnost.

3. Z arbitražo se redno rešujejo zahtevni premoženjskopравни spori s področja koncesij in javno-zasebnih partnerstev, v katerih kot stranke nastopajo država in druge osebe javnega prava. Gre za tipične primere, ko osebe javnega prava nastopajo v pogodbenih razmerjih kot gospodarski subjekti (*ex iure gestionis*) in ne kot oblast (*ex iure domini*). Koncesijske pogodbe in pogodbe o javno-zasebnem partnerstvu zaradi svoje narave in odnosa javno-zasebno v razvitih pravnih okoljih tipično vsebujejo arbitražne sporazume.

4. ZGJS je bil sprejet leta 1993 in je še danes, kljub evidentni zastarelosti temeljni predpis, ki določa način in oblike izvajanja gospodarskih javnih služb v Sloveniji. ZGJS v 40. členu (reševanje sporov) določa:

»Če pride pri izvajanju koncesijske pogodbe do spora med koncedentom in koncesionarjem, odloča o sporu redno sodišče.«

5. Iz zakonodajnega gradiva v času sprejemanja ZGJS nedvoumno izhaja, da je zakonodajalec z določbo 40. člena želel razmejiti med pravnim varstvom v pravnem postopku na eni ter pravnim varstvom v upravnem sporu na drugi strani. Določba 40. člena ZGJS je tako 18 let v teoriji in praksi veljala za popolnoma jasno in je kot taka služila svojemu namenu. Na njeni osnovi so se v koncesijske pogodbe vključevale arbitražne klavzule, koncesijski spori pa reševali v arbitražnih postopkih.

6. Julija 2011, to je 18 let po uveljavitvi ZGJS, pa je slovenski zakonodajalec želel *post festum* onemogočiti arbitražno reševanje sporov iz koncesijskih razmerij tako, da je sprejel sporno avtentično razlago in z njo *bistveno spremenil vsebino* 40. člena ZGJS. Avtentična razlaga se glasi:

»40. člen ZGJS je razumeti tako, da reševanje sporov med koncedentom in koncesionarjem v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe spada v izključno sodno pristojnost.«

7. Vprašanje učinkov sporne avtentične razlage 40. člena ZGJS (in s tem arbitrabilnosti koncesijskih sporov) se je razmeroma kmalu po njenem sprejemu v Državnem zboru pojavilo v arbitražni praksi Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije. To vprašanje se je odprlo v arbitražnih postopkih, ki so v času sprejema avtentične razlage še tekli, v postopkih, ki so se začeli po sprejemu avtentične razlage in tudi tistih, ki so bili pred sprejemom avtentične razlage že pravnomočno končani.

8. Vprašanje arbitrabilnosti koncesijskih sporov je zatem postalo aktualno tudi v slovenski sodni praksi, v znanem postopku razglasitve izvršljivosti arbitražne odločbe z dne 11. marca 2011, izdane v postopku pred Stalno arbitražo pri Gospodarski zbornici Slovenije št. SA 5.6.-2/2009. Sledila je prelomna **odločitev Vrhovnega sodišča Republike Slovenije Cpg 2/2014 z dne 17. junija 2014**, s katero je Vrhovno sodišče pomembno pripomoglo k pravni predvidljivosti v koncesijskih razmerjih, saj od njegove odločitve dalje ni več sporno, da so spori iz koncesijskih pogodb arbitrabilni, kar je bilo ves čas tudi stališče pravne stroke. Jedro odločitve Vrhovnega sodišča je mogoče povzeti takole:

1. določba 40. člena ZGJS ne določa izključne pristojnosti rednega sodišča;
2. tudi, če bi določba 40. člena ZGJS določala izključno pristojnost rednega sodišča (pa je ne), to po uveljavitvi Zakona o pravnem postopku iz leta 1999

- ne bi preprečevalo reševanja sporov iz koncesijske pogodbe pred domačo arbitražo; in
3. avtentična razlaga zakona za sodišča ni zavezujoča.

9. Vrhovno sodišče je pravzaprav umestilo 40. člen ZGJS v okvir pravne ureditve arbitrabilnosti v Sloveniji, na kar je že pred tem opozarjala pravna stroka.³ V času sprejema ZGJS je namreč dopustnost dogovora o arbitraži urejal Zakon o pravnem postopku iz leta 1977. Ta je razlikoval med pogoji za dopustnost arbitraže med domačim in tujim subjektom (mednarodni element) ter arbitraže med dvema domačima subjektoma. Kot splošni pogoj za dopustnost dogovora o arbitraži je ZPP iz leta 1977 določal obstoj spora o pravicah, s katerimi lahko stranke prosto razpolagajo. Kot dodaten pogoj za arbitrabilnost sporov z mednarodnim elementom pa je ZPP iz leta 1977 določal odsotnost izključne pristojnosti jugoslovanskega (slovenskega) sodišča oziroma odsotnost izključne pristojnosti drugih sodišč, ko je šlo za spore brez mednarodnega elementa. Tako po ZPP iz leta 1977 za izključitev arbitrabilnosti določene vrste sporov ni zadoščala zgolj odsotnost izrecne določbe o možnosti arbitražnega reševanja sporov, temveč je moral zakonodajalec izrecno določiti izključno pristojnost slovenskega (za spore z mednarodnim elementom) oziroma drugega sodišča (za spore brez mednarodnega elementa). Take omejitve besedilo 40. člena ZGJS ne vsebuje in tako že ob svojem sprejemu leta 1993 ni izključevalo arbitrabilnosti sporov iz koncesijske pogodbe. Pozneje je ZPP iz leta 1999 odpravil izključno pristojnost rednih sodišč kot oviro za arbitrabilnost spora. ZPP iz leta 1999 je določal, da lahko stranke za spore o pravicah, s katerimi prosto razpolagajo, s pogodbo določijo pristojnost domače arbitraže s sedežem v Sloveniji. Tako je bil od uveljavitve ZPP iz leta 1999 naprej edini pogoj za reševanje sporov pred domačo arbitražo ta, da gre za pravice, s katerimi lahko stranke prosto razpolagajo. Polje arbitrabilnosti pa se je leta 2008 še dodatno razširilo s sprejemom Zakona o arbitraži (ZArbit),⁴ ki v 4. členu kot arbitrabilne opredeljuje vse spore iz premoženjskopравnih razmerij, pri čemer pa ni več pogoja, da gre za pravice s katerimi lahko stranke prosto razpolagajo. Ta pogoj je ZArbit obdržal za »vsa druga razmerja«, tj. tista, ki niso premoženjskopравna. Tega z avtentično razlago 40. člena ZGJS ni mogoče spremeniti, ne za naprej, ne za nazaj.

10. Citirani odločitvi Vrhovnega sodišča so v poznejših arbitražnih odločbah redno sledili tudi arbitražni senati v postopkih pred Stalno arbitražo pri GZS, in sicer v okviru odločanja o svoji pristojnosti.

11. Geneza slovenske pravne ureditve arbitraže, ki je leta 2008 rezultirala v modernem Zakonu o arbitraži⁵ pokaže, da se je ureditev vprašanja arbitrabilnosti v času spreminjala v smislu širitve polja arbitrabilnosti. Ta vtis je slovenski zakonodajalec leta 2011 pokvaril s pravno nevzdržno avtentično razlago 40. člena ZGJS. Nemara gre za edini »proti arbitraži nastrojeni« pravni akt v sicer »arbitraži prijaznem« slovenskem pravnem okolju. Avtentična razlaga 40. člena ZGJS je bila predmet enotne kritike vodilne pravne doktrine, ki ji je argumentirano odrekala učinke, arbitražnih senatov, ki so še naprej sprejemali svojo pristojnost v koncesijskih sporih, naposled pa ji je leta 2014 učinke odreklo tudi Vrhovno sodišče Republike Slovenije v zadevi Cpg 2/2014. Analiza namreč pokaže, da arbitražna in sodna praksa enotno priznava arbitrabilnost koncesijskih sporov v Republiki Sloveniji.

³ Aleš Galič: Arbitrabilnost sporov iz koncesijske pogodbe, Pravna praksa, št. 41-42/2011, str. 37. Glej tudi Konrad Plauštajner: Spornost avtentične razlage zakonske določbe, Odvetnik, št. 4(54)/2011, str. 16–18. Glej tudi Marko Djinović in Peter Rižnik, Arbitrability of concession disputes : digest of the case law of the Ljubljana Arbitration Centre and the Slovenian courts, Javna uprava. - ISSN 1318-2277 (Letn. 54, št. 1/2, 2018, str. 55-78, 115-116). Glej tudi Nejc Lahne, Razblinjen mit o 40. členu Zakona o gospodarskih javnih službah, Slovenska arbitražna praksa, letnik III, št. 3.

⁴ Uradni list RS, št. 45/08.

⁵ Uradni list RS, št. 45/08 s spremembami.

12. Argumentom pravno sistemske nevzdržnosti ter neustavnosti instituta avtentične razlage končno pritrjuje tudi **Ustavno sodišče republike Slovenije v odločbi številka U-I-462/18-45 z dne 3. junija 2021**. Ustavno sodišče je presodilo, da institut avtentične razlage, kot je urejen v Poslovniku državnega zbora (PoDZ-1), ni v skladu z drugo povedjo drugega odstavka 3. člena in s prvo povedjo 125. člena Ustave Republike Slovenije. Glede na ugotovljeno neskladje je Ustavno sodišče razveljavilo 107. člen PoDZ-1, kolikor določa, da Državni zbor sprejema avtentične razlage zakonov (1. točka izreka). Ustavno sodišče je prav tako razveljavilo 149. do 152. člen PoDZ-1, ki določajo postopek za sprejetje avtentične razlage zakona, razen kolikor te določbe na podlagi četrtega odstavka 282. člena PoDZ-1 določajo postopek za sprejetje avtentične razlage poslovnika (2. točka izreka), saj Ustavno sodišče ustavne skladnosti avtentične razlage poslovnika v tej zadevi ni presojalo.

13. Kljub odločitvi Vrhovnega sodišča RS, po kateri se arbitražne odločbe iz koncesijskih sporov tudi po sprejemu avtentične razlage 40. člena ZGJS pravno formalno izvršujejo pred slovenskimi sodišči, pa dejstvo, da je avtentična razlaga formalno še vedno v veljavi, domače in tuje gospodarske subjekte na eni ter koncedente na drugi strani dejansko odvrta od vključevanja arbitražnih sporazumov v koncesijske pogodbe. Zaznavamo namreč resno bojazen potencialnih domačih tujih investitorjev, ki se ne želijo podvreči jurisdikciji državnih sodišč v državi gostiteljici, da bi v primeru spora tvegali spor o pristojnosti oz. izgubo pravice do izbranega foruma. Tako ni mogoče mimo dejstva, da ima avtentična razlaga 40. člena ZGJS kljub svoji pravni neučinkovitosti še vedno *de facto* negativne učinke za arbitražno reševanje koncesijskih sporov, saj je formalno v veljavi in kot taka udeležence koncesijskih razmerij postavlja v pravno negotovost. Zakonodajalec bi zato moral, tudi spričo jasne odločitve Ustavnega sodišča št. U-I-462/18-45, avtentično razlago 40. člena ZGJS nemudoma formalno razveljaviti in zagotoviti ustavno zajamčeno načelo pravne varnosti in predvidljivosti.

14. Zavedamo se, da problematika gospodarskih javnih služb oz. ZGJS kot tak nista v pristojnosti Ministrstva za pravosodje. Vendar pa gre v danem primeru sporne avtentične razlage 40. člena ZGJS (problematika arbitrabilnosti koncesijskih sporov) predvsem za vprašanje pravno predvidljivega arbitražnega okolja v Sloveniji, ki ga uokvirja ZArbit in za katerega je pristojno naslovno ministrstvo. **Glede na navedeno predlagamo, da Ministrstvo za pravosodje v okviru svojih pristojnosti obravnava sporno avtentično razlago 40. člena ZGJS in v okviru Vlade Republike Slovenije predlaga postopek za njeno čim prejšnjo formalno razveljavitev v Državnem zboru.**

S spoštovanjem

mag. Marko Djinović
generalni sekretar

prof. dr. Aleš Galič
predsednik

Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije je samostojna institucionalna arbitraža, ki deluje pri Gospodarski zbornici Slovenije in je od nje neodvisna. Spore rešujemo že od leta 1928, ko je bilo ustanovljeno takratno Razsodišče za trgovino, obrt in industrijo v Ljubljani. Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije za stranke organizira in zagotavlja podporo reševanju domačih sporov in sporov z mednarodnim elementom z arbitražo, mediacijo in drugimi alternativnimi oblikami reševanja sporov v skladu z lastnimi pravili in drugimi pravili ter postopki, o katerih se stranke dogovorijo.