

PRIJENOS PRAVA RADI OSIGURANJA – NEDOREČENOSTI I NEDOVRŠENOSTI

Dr. sc. Hano Ernst, docent
Dr. sc. Romana Matanovac Vučković, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.232.3
Ur.: 9. veljače 2012.
Pr.: 20. veljače 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autori u radu raspravljaju o institutu fiducijarnog prijenosa prava, pritom uspoređujući različita rješenja s obzirom na višestruke izvore u hrvatskom pravu (Zakon o vlasništvu, Zakon o obveznim odnosima, Ovršni zakon, Zakon o financijskom osiguranju i dr.), kao i s obzirom na promjene tih propisa tijekom proteklih petnaest godina. Autori analiziraju probleme koje se tiču objekata fiducijarnog osiguranja i metoda osnivanja, posebno ističući pitanje obvezanosti registracije i notifikacije, te odnosa između pojedinih metoda. Autori razmatraju pravni položaj strana tijekom trajanja osiguranja, i to kako pitanja vezana uz izvršavanje fiducijarno prenesenog prava, tako i pitanja vezana uz raspolaganja tim pravom i s tim povezane prioritetne odnose. Konačno, autori detaljno razrađuju i postupke namirenja iz fiducijarno prenesenog prava, pritom posebno ističući probleme u primjeni općih ovršnopравnih pravila na fiducijarni odnos. Posebna pažnja povećana je u svim segmentima odnosu fiducijarnog i založnog prava, s obzirom na centralni položaj založnog prava u hrvatskom stvarnopravnom sustavu. Specifičnosti su istaknute kod osiguranja na tražbinama, budući da se radi o arhetipu imovinskog prava, kao i kod financijskog osiguranja zbog posebne regulacije uspostavljene implementacijom europskog prava.

Ključne riječi: *fiducija, fiducijarna cesija, prijenos prava radi osiguranja, financijsko osiguranje, upisnik*

I. UVOD

Usprkos tome što hrvatski pravni sustav već dugo vremena sadržava niz pravila koja uređuju fiducijarni prijenos prava, taj je institut vrlo oskudno obrađen u literaturi, a izostaje mu spomen u sudskoj i poslovnoj praksi. Razlozi za to su djelomično u činjenici da je hrvatsko pravo prošlo komplicirano i opetovano uređivanje fiducijarnog osiguranja, djelomično u koncentraciji financiranja na druge

objekte osiguranja, te djelomično u nerazumijevanju i neadekvatnom usvajanju suvremenijih oblika financiranja.

Geneza fiducijarnog osiguranja općenito je bila uvjetovana tranzicijskim prilikama u Republici Hrvatskoj povezanim s neodgovarajućim modelima u zapadnoj Europi.¹ Iako se konceptualni (ne i normativni) model može pronaći u njemačkom pravu, fiducijarno vlasništvo je u vrijeme kad je uvedeno u OZ-u (1996) bilo smatrano apsolutnom novinom.² Pritom je, treba upozoriti, još u socijalizmu (kao i naknadno) postojalo uređenje založnog prava na pravu u ZOO-u (1978)³ koje je, prema ocjenama nekih, predstavljalo najmoderniju regulativu osiguranja u ono vrijeme.⁴ Zašto je onda zakonodavac ipak odlučio regulirati ovo područje posebno, dodatno multiplicirajući tipologiju instrumenata osiguranja?

Literatura općenito ukazuje na to da je multiplicitet bio namjeran, pri čemu je fiducijarno osiguranje imalo ulogu potisnuti založno pravo.⁵ Motivacija za postizanje takvog praktičnog učinka ležala je u mehanizmima namirenja, što je u skladu s činjenicom da su se kao objekti osiguranja u prvom redu u devedesetim godinama prošloga stoljeća trebale mobilizirati nekretnine. Prava su ostala praktično potisnuta, no zbog sustavnog pristupa ipak su bila regulirana. No, ta se regulacija temelji na pravilima koja se odnose na druge objekte osiguranja, koja se u slučaju kada je pravo objekt osiguranja primjenjuju na odgovarajući način. To je, između ostalog, i do danas ostao jedan od najizraženijih problema u odnosu na fiducijarni prijenos prava radi osiguranja jer prividno ukazuje na postojanje uređenja tog instituta, dok istodobno iziskuje visok stupanj napora da bi se odgonetnula postojeća rješenja, oblikovana za druge objekte osiguranja.

1 V. o tom problemu kod Dahan, F., *Law Reform in Central and Eastern Europe: The Transplantation of Secured Transactions Laws*, 2 Eur. J. L. Reform 369 (2000.).

2 U zapadnoeuropskim zemljama koje su fiducijarne prijenose razvile ranije, npr. njemačko i englesko pravo, taj se institut razvio iz drugih razloga. Englesko pravo je od početaka u *common law* razvijalo *mortgage*, (jer drugih instituta nije bilo), dok je kasnije u *equity* priznalo prijenos tražbine općenito. Njemačko pravo fiducijarni je prijenos razvilo u prvom redu na pokretninama, i to radi omogućavanja neposesnog osiguranja, koje je nedostajalo zbog krutog uređenja u BGB-u. Na pravima je iz sličnih razloga prihvaćen prijenos prava radi osiguranja, koji je gotovo u cijelosti potisnuo založno pravo.

3 V. čl. 989 *et. seq.* ZOO (1978).

4 Povlakić, M., *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Nova pravna revija, br. 1-2, 2011., str. 11.

5 Tako Dika navodi: «Uvođenjem posebnog sudskog i javnobilježničkog osiguranja htjelo se ... omogućiti vjerovniku stjecanje u materijalopravnom smislu višeg stupnja osiguranja od onoga što ga pruža založnopravno osiguranje - stjecanje vlasništva na stvari odnosno prava, umjesto založnog prava na tim predmetima osiguranja. Zatim se htjelo stvoriti pravozaštitni instrumentarij koji bi omogućavao da se u sporazumu ... s pravnom snagom sudske nagodile utvrdi tražbina fiducijara prema fiducijantu i suglasnost fiducijanta (i trećega, ako bi njemu pripadao predmet osiguranja) da se radi osiguranja te tražbine (bezuovjetno) prenese na fiducijara vlasništvo na određenoj stvari odnosno koje pravo fiducijanta (ili trećega) (*clausula assecurandi*), da se na temelju toga sporazuma izvorno ... ali i izvansudsko ostvarenje tražbine u slučaju zakašnjenja fiducijanta.» Dika, M., *Fiducijarno osiguranje*, u: Ovrha i stečaj - radni materijali, (Marković, N. i Garašić, J. (ur.), Narodne novine, 2009.), 35.

Zanimljivo je da zemlje u široj regiji u velikom broju slučajeva nisu u svoje pravne sustave posebno uvodile fiducijarno osiguranje, iako je većina zemalja bivše SFRJ u tom pogledu iznimka. Tako je fiducijarno osiguranje uređeno u Sloveniji, Crnoj Gori i Makedoniji, pri čemu je makedonsko pravo našlo uzor u hrvatskom pravu. U široj regiji fiducijarno osiguranje imaju Mađarska, Češka i Poljska.⁶

Osobitost aktualne situacije u Hrvatskoj jest dodatno u činjenici da se nalazimo u vakacijskom razdoblju, uslijed odgode primjene ključnih odredbi Ovršnog zakona,⁷ iako nove odredbe OZ-a (2010) nisu, međutim, u pogledu osiguranja gotovo ništa izmijenile.

Gospodarsko značenje fiducijarnog prijenosa prava različito je od ostalih osiguranja utoliko što se radi o specifičnim obrascima financiranja koji, iako su relativno dobro razvijeni u inozemnoj praksi, u hrvatskom pravu i poslovnoj praksi još uvijek su daleko od statusa redovitog poslovanja. Ti obrasci ovise o konkretnom pravu. Svakako najčešći slučaj su tražbine, redovito iz ugovora o kupoprodaji, ali i iz drugih ugovora koji predstavljaju temeljnu dužnikovu djelatnost, kao što su različiti ugovori o uslugama u uslužnom sektoru. Kreditiranje je relativno često i na temelju vrijednosnih papira, pri čemu osobito važan položaj zauzimaju različiti oblici financijskoga fiducijarnog osiguranja. Oni su specijalizirani i rezervirani za financijski sektor, ali zbog svoje učestalosti, kao i visine osiguranih tražbina zauzimaju društveno i gospodarski relevantan položaj.

Uređenje je podijeljeno kroz nekoliko izvora. Kao prvo, prijenos prava općenito je uređen u Zakonu o obveznim odnosima,⁸ jer taj Zakon matično uređuje ustup tražbine, tj. cesiju.⁹ Današnji ZOO pritom uređuje i potpuno rudimentarno cesiju radi osiguranja,¹⁰ kao što je to činio i njegov prethodnik.¹¹ Ta odredba, međutim, ne propisuje drugo nego da se primatelj dužan brinuti s pažnjom dobrog

6 Poljska je prihvatila dvije inačice fiducijarnog prijenosa, slično hrvatskom pravu, kao apstraktni prijenos vlasništva s jedne strane, te prijenos uz raskidni uvjet s druge. Pritom poljsko pravo, za razliku od hrvatskoga, priznaje fiducijarnog vjerovnika kao izlučnog vjerovnika. V. Povlakić, M., *Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi*, 24 Zb. PFR 195, 205 (2003.). Isto čini i slovenski zakonodavac kada dopušta strankama ugovaranje izlučnog prava, što pokazuje da je institut daleko od stabiliziranih obilježja.

7 NN 139/10, 125/11, 150/11, 154/11 i 12/2012, dalje OZ (2010). Temeljem čl. 340. OZ (2010), taj je zakon stupio na snagu osmoga dana od dana objave (10. prosinca 2010.) osim odredbi u al. 1.-3. toga članka. Neke su odredbe stupile na snagu 1. siječnja 2011. (čl. 340. al. 2. OZ (2010)). Člankom 2. ZIOZ (NN 150/11) izmijenjen je čl. 340. al. 1. na način je datum pomaknut na 1. srpnja 2012. (umjesto ranijeg 1. siječnja 2012.). Međutim, istom izmjenom nije diran čl. 339. OZ (2010) koji predviđa prestanak važenja odredbi OZ (1996) koje su zamijenjene novim odredbama. To je imalo za posljedicu potpuni prestanak važenja većeg dijela ovršnopavnog sustava do početka primjene OZ (2010), što je otklonjeno u zadnji trenutak Uredbom o izmjenama OZ (NN 154/11) koja je stupila na snagu 29. prosinca 2011. čime je odgođena praznina.

8 NN 35/05 i 41/08, dalje ZOO. Do 1. 3. 2006. na snazi je bio Zakon o obveznim odnosima iz 1978. godine, NN 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99 i 88/01, dalje ZOO (1978).

9 V. čl. 80. *et seq.* ZOO.

10 V. čl. 89. ZOO.

11 V. čl. 445. ZOO (1978).

gospodarstvenika, odnosno dobrog domaćina o naplati ustupljene tražbine te nakon naplate, nakon što zadrži koliko je potrebno za namirenje tražbine prema ustupitelju, ovome predati višak.

Istodobno je na snazi već preko petnaest godina Ovršni zakon,¹² koji uređuje prijenos prava radi osiguranju u širem i sveobuhvatnijem okviru fiducijarnog osiguranja kao općeg instituta sudskog, odnosno javnobilježničkog osiguranja. Za razliku od pokretnina i nekretnina, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,¹³ ne uređuje fiducijarni prijenos vlasništva u kontekstu čl. 34. budući da se tamo radi o ograničenju prava vlasništva.¹⁴ U nedostatku posebnih odredbi ZOO-a, međutim, put osnivanja osiguranja kroz OZ (1996) čini se nešto atraktivnijim, posebno u tranzicijskom okruženju u kojem nedostaje razvijena poslovna praksa.

I novi OZ (2010) koji još nije u tom dijelu stupio na snagu, uređuje ovaj institut, i to uz minimalna odstupanja od dosadašnjeg uređenja. U nastavku se analiziraju pravila ovršnog osiguranja i opće građanskopravno uređenje fiducijarne cesije, odnosno prijenosa prava radi osiguranja.

U drugom se dijelu na početku razmatraju prava kao objekt osiguranja kao ključni kriterij u određenju grupa pravila koja se primjenjuju zaokruženo. Nakon toga se raspravlja o odnosu prijenosa prava radi osiguranja prema založnom pravu i prema prodaji, koji u hrvatskom pravu mogu predstavljati problem zbog uske povezanosti i funkcionalnom umrežavanju instituta. Kasniji dijelovi obrađuju pojedine etape osiguranja, i to osnivanje (treći dio), pravne odnose prije namirenja (četvrti dio) i namirenje (peti dio). Šesti dio je zaključak.

II. OBJEKTI FIDUCIJARNOG OSIGURANJA I ODNOS PREMA SLIČNIM INSTITUTIMA

A. Prava kao objekt osiguranja

Osiguranje na pravima kompleksno je uređeno u svim pravnim sustavima, zbog raznolikosti prava koja mogu poslužiti kao osiguranje, odnosno zbog specifičnosti vezanih uz njihovo evidentiranje i prijenos. U Republici Hrvatskoj to se vidi već na prvi pogled kada se pogleda struktura pravila ovršnog prava o ovrsi na pojedinim imovinskim pravima, a slično, iako manje izraženo, proizlazi i iz ZV-a. Nesporno je da je zbog toga teško uspostaviti jedinstveni režim za npr. običnu tražbinu, udio u investicijskom fondu, poslovni udio i patent, jer ta prava nemaju puno toga zajedničkog. Hrvatski propisi o osiguranju, međutim, upravo daju dojam kao da se jedinstvenim pravilima mogu obuhvatiti sve kategorije prava. Pod

12 NN 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 i 67/08, dalje OZ (1996).

13 NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09, dalje ZV.

14 Tako i Gavella, N., *et al.*, *Stvarno pravo*: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 539 (upućujući na primjenu pravila ZOO umjesto pravila OZ).

pojmom prava razumiju se sva prenosiva imovinska prava. Pritom se razlikovanje između pojedinih prava temelji na nekoliko kriterija: (1) je li riječ o tražbini ili svim ostalim pravima?; (2) je li riječ o pravima koja se upisuju u javni upisnik ili ne? i (3) je li riječ o financijskom kolateralu, i to materijaliziranom, nematerijaliziranom registriranom ili neregistriranom papiru ili sredstvima na računu?

Kriterij (1) proizlazi iz naravi tražbine i odnosu prema dužniku te tražbine. Zbog toga se pravila o ovlastima i dužnostima vjerovnika razlikuju za ove objekte od ostalih, što je vidljivo u pravilu iz čl. 274.j OZ (1996), koji je specifičan za tražbine. Ova pravila pogotovo dolaze do izražaja kod novčanih tražbina, s obzirom na njihovu visoku likvidnost. Kriterij (2) ključan je u fazi osnivanja, zbog toga jer se registrirana prava tretiraju slično kao i nekretnine, tj. promjene se redovito obligatorno registriraju.

Kriterij (3) kompleksan je jer je moguća primjena općih, ali i posebnih pravila o financijskom osiguranju. Primjerice, nematerijalizirane vrijednosnice, tretiraju se slično registriranim pravima, dok je režim materijaliziranih papira, isti kao i onaj kod pokretnina. Ako su stranke kvalificirane osobe i ako je ugovoreno financijsko osiguranje, tada vrijede praktički samo pravila posebnog Zakona o financijskom osiguranju.¹⁵

B. Odnos prema založnom pravu

Obična fiducijarna cesija temelji se na pravilima ZOO-a. Kao što je već spomenuto, iako nastoji sustavno urediti i stvari i prava, ZV ne uređuje fiducijarno osiguranje pravima, budući da ga konstruira kao ograničeno vlasništvo.¹⁶ Međutim, vladajuće je mišljenje u hrvatskoj literaturi da se i kod založnog prava na pravu događa prijenos prava radi osiguranja.¹⁷ To proizlazi i izričito iz teksta ZV-a, koji kao način stjecanja dobrovoljnog založnog prava na tražbinama i vrijednosnim papirima na ime navodi ustup radi osiguranja,¹⁸ dok općenito navodi da je način stjecanja onaj predviđen za prijenos prava.¹⁹ Hrvatsko pravo, dakle, predviđa kompleksan *modus* stjecanja založnog prava na pravu utoliko što predviđa dva konstitutivna elementa: cesiju i notifikaciju. To dovodi do preklapanja i doktrinarnih nejasnoća.

Literatura je već ranije ukazala na problematičnost razlikovanja klasičnog založnog prava od fiducijarne cesije, pri čemu je založno pravo obilježeno konstitutivnom sukcesijom, tj. osnivanjem tereta na tražbini bez njezinog prijenosa, dok je cesija oblik translativnog stjecanja prava.²⁰ Slijedom toga, po tom mišljenju

15 NN 76/07, dalje ZFO.

16 V. *supra* bilj. 12.

17 Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 393; tako i Markovinović, H., Ovrha na novčanoj tražbini, 56 Zbornik PFZ 685, 700 (2006.).

18 Čl. 310. st. 1. ZV.

19 *Ibid.* Na vrijednosne papire na donositelja primjenjuju se pravila o pokretninama, a kod vrijednosnih papira po naredbi založno se pravo osniva založnim indosamentom.

20 V. Miladin, P. i Markovinović, H., Založno pravo na pravu, 46 PuG 95, 105 (2007.); Denišlić, M., Odnos založnog prava na potraživanjima i cesije, 31 Godišnjak PFSA 37 (1983.). Zato dio

proizlazi da konstitutivna sukcesija bolje odgovora prirodi založnog prava, da takvo tumačenje dovodi do nesklada između uređenja založnog prava na pravu i stvarima,²¹ te da je nemoguće analogno primijeniti odredbe o založnom pravu na pokretninama i nekretninama na zalag prava u takvoj konstrukciji.^{22,23} U literaturi je izražen i obrnuti stav sukladno kojem cesija radi osiguranja «prvenstveno znači zalaganje jednog potraživanja. Sličnosti koje postoji između ove vrste cesije i zalaganja potraživanja prije znače da je cesija radi obezbjeđenja u stvari zalaganje potraživanja nego obrnuto, da je zalaganje potraživanja cesija. ... Činjenica da je, iako se radi o zalaganju, na cesionara u potpunosti preneseno potraživanje govori samo o tome da se radi o jednom fiducijarnom pravnom poslu koji, zbog rizika koji nosi, vjerovatno neće biti često korišten u svrhu osiguranja jednog potraživanja.»²⁴

Ideja o cesiji prava na založnog vjerovnika posljedica je analogije koja se vuče između založnog prava na pokretninama i založnog prava na pravima, pri čemu je arhetip potonjeg založno pravo na tražbini. Analogija se sastoji u predaji pokretnine u posjed, koji je nemoguć kod prava s obzirom na to da ona nemaju fizičku (materijalnu) manifestaciju. U tom smislu fiducijarni prijenos predstavlja svojevrsni ekvivalent tradiciji. Pored toga, prijenosom prava, koje je popraćeno notifikacijom, sprječava se dužnikovog dužnika da založenu tražbinu ispuni dužniku te time oteža vjerovnikovo namirenje.

Ove sličnosti mogu zamagliti neke ključne karakteristike založnog prava. Na primjer, prestankom osigurane tražbine, prestaje i založno pravo, dok kod

-
- literature ističe da tezu «prema kojoj se založno pravo zasniva poslom koji je po svojoj naravi fiducijarni prijenos (fiducijarna cesija) valja pomno preispitati. Naime, učinci fiducijarnog prijenosa svakog prava, pa i tražbine, bitno su različiti od onoga što je svojstveno institutu založnog prava. Prijenos radi osiguranja karakterizira to da stjecatelj prava stječe cjelokupnu pravnu poziciju prenositelja prava. U skladu s dogovorom koji postoji u unutarnjem odnosu između prenositelja i stjecatelja, potonji je ovlašten raspolagati pravom koje je stekao samo u skladu sa svrhom radi koje mu je pravo preneseno. To vezanje ovlasti na unutrašnji odnos s prenositeljem prava djeluje, međutim, samo obveznopravno a ne i stvarnopravno.» Miladin, P. i Markovinović, H., *Založno pravo na pravu*, 46 PuG 95, 106 (2007.) (bilješka ispuštena).
- 21 I N. Gavella ističe razlikovanje između unutarnjeg i vanjskog učinka cesije radi osiguranja, pri čemu je pravo preneseno samo radi osiguranja, pa je i nadalje „ostalo subjektivno pravo založnog dužnika” u odnosu između cedenta i cesionara, ali je prema trećima odnos takav da samo cesionar ima položaj titulara prava. Gavella, N., *et al.*, *Stvarno pravo*: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 404.
- 22 Miladin, P. i Markovinović, H., *Založno pravo na pravu*, 46 PuG 95, 107 (2007.).
- 23 Ne posve jasno v. i Gavella, N., *et al.*, *Stvarno pravo*: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 407: «Budući da je njemu [vjerovniku] prenijeta (ustupljena) tražbina radi osiguranja, on je sada vjerovnik te tražbine, pa je on taj koji ima pravo zahtijevati ... davanja Upravo zato da bi sve to mogle biti ovlasti i dužnosti založnog vjerovnika, u našem se suvremenom pravu osnivanje založnog prava na tražbini zbiva prijenosom te tražbine radi osiguranja i obavještanjem dužnika o tome. No, založnom vjerovniku je tražbina prenesena samo radi osiguranja - ona, a isto tako i kamate koje daje, kao i druga povremena davanja i druge koristi od nje, zapravo pripadaju onome čija je založena tražbina (založnom dužniku), dok založni vjerovnik ima samo založno pravo na tome.»
- 24 Denišlić, M., *Odnos založnog prava na potraživanjima i cesije*, 31 Godišnjak PFSa 37, 46 (1983.) (bilješka ispuštena).

cesije to načelno nije slučaj. Međutim, ako se i kod založnog prava traži povratna cesija, kako to ukazuje dio literature,²⁵ to bi bilo suprotno pravilu o akcesornosti i neposredno čl. 346. ZV-a. Praktično razlika nije toliko značajna, prvenstveno jer se u oba slučaja mora provesti dodatni akt, barem u vidu notifikacije dužnikovog dužnika (ako postoji) kako se prema njemu ne bi mogla ostvarivati prava založnog vjerovnika.²⁶ Pored toga, kada se radi o registarskom založnom pravu ostaje upis, pa je u svakom slučaju potrebno posebno dokazati prestanak.

Pa ipak, nakon ispunjenja kod založnog prava dolazi do realne subrogacije u založno pravo, a ne u fiducijarno vlasništvo na predmetu ispunjenja, s obzirom na to da ZV uređuje založno pravo kao temeljni oblik osiguranja. Razlika se može potražiti i utoliko što kod cesije cesus može istaknuti prigovor prijeboja ili neki osobni prigovor prema vjerovniku, dok kod založnog prava utemeljenog na konstitutivnom osnivanju to ne bi mogao učiniti. Pored činjenice da se prijeboj može isključiti ugovorom, niti u slučaju fiducijarnog prijenosa se prijeboj, međutim, ne bi mogao dopustiti ako osigurana tražbina nije dospjela, jer bi takvo postupanje bilo suprotno pravilima o namirenju fiducijarnog vjerovnika kao založnog vjerovnika.²⁷

Prilikom razmatranja odnosa fiducijarnog vlasništva i založnog prava, općenito treba imati u vidu da je razvoj ovih instituta izvan hrvatskoga prava vremenski dispartatne pojave. Fiducijarni prijenosi predstavljaju specifične varijacije običnih prijenosa, pri čemu se uspostavljanjem fiducijarnih obveza između stranaka nastoji ublažiti nepovoljan položaj dužnika koji je nastao praktički definitivnim prijenosom dijela svoje imovine, koji ne odgovara stvarnoj namjeri stranaka da osiguraju vjerovnikovu tražbinu. Založno pravo predstavlja već zrelu koncepciju sukladno kojoj ne dolazi do prijenosa prava na vjerovnika, već mu se podjeljuje ovlaštenje na namirenje. U hrvatskom pravu, situacija je različita. Fiducijarno osiguranje je nastalo nakon, ili u najbolju ruku istodobno s novom regulativom založnog prava, pri čemu je nesporno da se radi o ekvivalentnim institutima. Bitna svrha uvođenja fiducijarnog vlasništva bila je u tomu da se omogući alternativni put namirenja (prvenstveno na stvarima), koji iz doktrinarnih razloga, kao i odanosti tradiciji nije bio prihvatljiv kod založnog prava. Zbog toga što je izgrađeno zakonom, te što je izgrađeno na postojećem sustavu, fiducijarno osiguranje funkcionalno odgovara založnopravnom osiguranju. Tu, dakle, nije riječ, kao npr. u njemačkom i donekle francuskom pravu, o *praeter legem* razvoju jednog zakonodavcu možda odioznog instituta, već o zakonodavnom izboru uvjetovanom specifičnostima jednog tranzicijskog društva.

Ne treba, međutim, ispustiti iz vida da je ZV prilikom uređivanja založnog prava prihvatio funkcionalističku koncepciju, sukladno kojoj je založno pravo središnji institut stvarnopravnog osiguranja čije se odredbe barem supsidijarno primjenjuju na sve institute koji imaju funkciju osiguranja. To je izričito propisano

25 Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio, (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 409.

26 To je dužniku u interesu učiniti što prije u oba slučaja, iako je vjerovnikovo prijevarno postupanje nakon prestanka založnog prava krajnje nevjerojatno.

27 Čl. 337. st. 5. ZV-a u vezi s čl. 297. st. 2. ZV-a.

u čl. 297. st. 2. ZV-a i za prijenos (vlasništva i prava) radi osiguranja te za sve ostale oblike osiguranja. U nedostatku posebnih odredbi, primijenit će se odredbe o založnom pravu kao središnjem institutu stvarnopravnog osiguranja. Slijedom toga, odnos između založnopravnog i fiducijarnog osiguranja predstavlja jedan konfuzno obilježeni odnos kod kojeg je fiducijarna cesija istodobno uključena u založnopravno osiguranje, ali ostaje i kao izdvojeni institut na koji bi se podredno trebale primjenjivati odredbe o založnom pravu.

C. Odnos prema kupoprodaji

U poslovnoj praksi, posebice inozemnoj, cesija se često koristi kao mehanizam financiranja tekućim tražbinama kroz faktoring. Riječ je o kupoprodaji tražbina, redovito radi financiranja, koja se strukturira u različitim varijantama. U engleskoj poslovnoj praksi, koja je utjecala na ostale zemlje, razlikuju se oblici cesije ovisno o tome obavlja li se uz notifikaciju ili bez nje, o tome odgovara li klijent faktoru pored dužnika ili ne (*recourse i non-recourse factoring*), te ovisno o tomu cediraju li se sve tražbine odnosno tražbine određene kategorije (*whole turnover master agreement*) ili one koje faktor odobri (*facultative master agreement*).²⁸

Cijena odgovara iznosu tražbine umanjenom za određeni iznos provizije, pri čemu se u poslovnoj praksi redovito otvara faktorski račun s kojeg klijent ima pravo na povlačenje, do određenog dijela nominalnog iznosa prenesenih tražbina (zbog toga jer preostaje svojevrzni margin kao osiguranje),²⁹ koji se na održava na revolving principu ovisno o uplatama dužnika. Diskontiranje se obračunava ovisno o dnevnom saldu računa, što pokazuje da je riječ o kamati, ali englesko pravo uz odgovarajuću dokumentaciju ne prihvaća da se radi osiguranju, budući da je sudska praksa uspostavila standardne testove: o postojanju *equity of redemption* (za razliku do prava nazadkupa),³⁰ o odgovornosti za ostvareni višak, odnosno manjak (što je prisutno kod faktoringa uz bonitetnu odgovornost, ali bez utjecaja),³¹ te o razlikovanju diskonta od kamate.³²

28 V. općenito Goode, R., *Commercial law* (3. izd., LexisNexis UK/Penguin, London, 2004.), 744 et seq. Notifikacijski je faktoring evolucijski stariji, i uključuje obavještanje dužnika prenesene tražbine o prijenosu, pri čemu naplatu redovito vrši vjerovnik (*direct collection*), a moguće je ugovoriti da to čini i klijent kao zastupnik (*agency factoring*). Kod nenotifikacijskog faktoringa, klijent naplaćuje tražbine, i prinose drži u *trustu* za vjerovnika. Nenotifikacijski faktoring u pravilu je indirektni faktoring zbog toga jer dužnik nastavlja s naplatom tražbina, iako su one *de iure* cedirane. Klijent kontinuirano obavještava faktora o naplatama na dnevnoj ili tjednoj bazi, a same iznose drži na posebnom računu, odvojeno. V. Beale, H., *et al.*, *The Law of Personal Property Security* (Oxford University Press, Oxford, 2007.), 598.

29 Beale, H., *et al.*, *The Law of Personal Property Security* (Oxford University Press, Oxford, 2007.), 577.

30 *Manchester Sheffield & Lincolnshire Rly vo v. North Central Wagon Co* (1888) 13 App.Cas. 554.

31 *Olds Discount Co. Ltd. v. John Playfair Ltd.* [1938] 3 All ER 275; *Lloyds & Scottish Finance Ltd. v. Cyril Lord Carpets Sales Ltd.* [1992] BCLC 609; *Welsh Development Agency v. Export Finance Co Ltd*, [1992] BCC 270.

32 *Chow Yoong Hong v. Choong Fah Rubber Manufactory* [1962] AC 209 PC; *Lloyds &*

U hrvatskom pravu postoji donekle opasnost od primjene čl. 297. st. 2. ZV-a u tom smislu da se i na cesiju radi osiguranja primijene pretpostavke za osnivanje založnog prava, što bi dovelo do automatske rekarakterizacije svih fiducijarnih cesija u založno pravo. Takvo rješenje u sudskoj praksi nije prihvaćeno, ali jest potencijalno slabo mjesto postojećeg uređenja. Vjerojatnija je relativizacija pretpostavki za osnivanje založnog prava, konkretno notifikacije, što bi onda dovelo do mogućeg flotantnog fiducijarnog osiguranja.³³

U hrvatskoj je praksi faktoring razvijen, iako još uvijek relativno slabo.³⁴ Posao je klasičnog tipa, i obavlja se kao prodaja, redovito uz avansno plaćanje do maksimalno 90%.³⁵ Postoji uglavnom suglasnost da je riječ o ugovoru autonomnog trgovačkog prava koji se temelji na okvirnom predugovoru i posljedično sklopljenim glavnim ugovorima o otkupu tražbina,³⁶ uz notifikaciju dužnika (otvoreni faktoring). Tu, dakle, ne bi bilo riječi o fiducijarnoj cesiji, već o običnoj cesiji radi prodaje.

To, međutim, može biti sporno. Literatura³⁷ se protivi takvoj rekarakterizaciji, na temelju klasičnog razdvajanje prodaje i osiguranja, koje je, međutim, komparativnopravno nejasno, kao što to pokazuje, npr. američko pravo.³⁸ Posljedica primjene pravila o založnom pravu na ove oblike financiranja sastojale bi se u eventualnoj nevaljanosti osiguranja (ako bi npr. izostala notifikacija) i posljedičnih neočekivanih gubitaka, kao i u različitom tretmanu u stečaju.

Scottish Finance Ltd. v. Cyril Lord Carpets Sales Ltd. [1992] BCLC 609.

33 Slično njemačkom pravu, sve bi tražbine bile prenesene na vjerovnika radi osiguranja, iako bi odnos dužnika prema klijentima ostao faktično nepromijenjen sve do njegovog nastupa zakašnjenja.

34 Literatura je s ovim institutom upoznata već duže vrijeme, i pokušala je prilagoditi pravila engleskoga i njemačkoga prava na hrvatske propise. V. Gorenc, V., *Ugovor o factoringu* (Školska knjiga, Zagreb, 1988.). Podaci HANFA-e pokazuju da je na kraju 2011. bilo 17 faktoring društava, koja su ostvarila u 2011. godišnji volumen transakcija domaćeg faktoringa u iznosu od oko 5,2 milijardi kuna. V. <http://www.hanfa.hr/index.php?ID=0&LANG=HR&AKCIJA=10>

35 V. Tepšić, I., *Pravni aspekti factoringa*, u: *Zaštita vjerovnika: financijski, pravni i porezni aspekti*, (Josipović, T. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2007.), 71. Vidi i objašnjenja na mrežnim stranicama pojedinih faktoring društava, npr. Erste Factoring, <http://www.erste-factoring.hr>; PBZ Faktoring, <http://faktoring.pbz.hr>; Prvi faktor, <http://www.prvifaktor.hr>

36 *Ibid.*, 66.

37 *Ibid.*, 75. navodi da svota novca stavljena na raspolaganje «pravno gledajući nije svota kredita, iako ekonomski može tako izgledati. Factor ne očekuje njen povrat od klijenta pa čak ni onda kada se radi o nepravom factoringu. Factor vjeruje da će se naplatom stečene tražbine naplatiti od dužnika.»

38 V. § 9-109(a)(3) UCC. Plank, T. E., *The True Sale of Loans and the Role of Recourse*, 14 *George Mason University Law Review*, 305 (1991.); Aicher, R. D. i Fellerhoff, W. J., *Characterization of a Transfer of Receivables as a Sale or a Secured Loan Upon Bankruptcy of the Transferor*, 65 *Am. Bankr. LJ* 181, 207 (1991.).

III. METODE OSNIVANJA FIDUCIJARNOG OSIGURANJA NA PRAVU

A. Osnivanje po ovršnopравnim pravilima

1. Opseg osiguranja

Fiducijarno vlasništvo uređeno je prvenstveno odredbama Ovršnog zakona o tom institutu³⁹ po kojem se ono može osnovati kao sudsko⁴⁰ ili javnobilježničko⁴¹ osiguranje, pri čemu u praksi postoji gotovo isključivo javnobilježničko osiguranje.⁴² Fiducijarno osiguranje ovršnopравno osniva se na temelju posebnog sporazuma,⁴³ s učincima sudske nagodbe.⁴⁴ To, naravno, daje ovom osiguranju posebnu snagu povezanu s činjenicom da je riječ o visoko formaliziranom i skupom pravnom poslu.

Kao i kod založnog prava, osigurati se mogu u svim slučajevima određena ili određiva novčane tražbine i nenovčane tražbine za koje je sporazumno utvrđena novčana protuvrijednost.⁴⁵ Za to je potrebno da je poznat barem dužnik, vjerovnik, pravni temelj i visina tražbine,⁴⁶ odnosno okvirni iznos osiguranja ako je riječ o budućoj tražbini iz jednog ili više pravnih odnosa između vjerovnika i dužnika, ako su vjerovnik ili treća osoba ovlašteni naknadno odrediti visinu tražbine nastale do toga okvirnoga iznosa i vrijeme njezine dospelosti.⁴⁷ Današnje rješenje u OZ-u (1996) kod založnog prava posljedica je izmjene iz 1999.,⁴⁸ koja je otklonila problematično rješenje sukladno kojem je tražbina morala biti egzistentna da bi se osigurala založnim pravom, što je onemogućavalo osiguranje okvirnih i revolving kredita.⁴⁹ Ovo je značajno jer je u tom segmentu postojala razlika između založnopравnog i fiducijarnog osiguranja, pri čemu je fiducijarno osiguranje bilo prilagođenije svakodnevnim potrebama. Danas, međutim, nema te razlike, iako OZ (1996) predviđa kod fiducijarnog osiguranja da stranke mogu odrediti i koji drugi način (osim putem vjerovnika) određivanja visine tražbine i njezine dospelosti.⁵⁰

39 V. čl. 273ff. OZ (1996); čl. 278ff. OZ (2010)

40 Čl. 274ff. OZ (1996); čl. 279ff. OZ (2010)

41 Čl. 279. OZ (1996).

42 Tako i Jelčić, O., Prava i mjere koji se upisuju u Upisnik sudskih javnobilježničkih osiguranja - učinak upisa prema strankama i trećima, u: Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina na pokretninama i pravima - radni materijal, (Grubić, V. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2005.), 17.

43 Čl. 274. OZ (1996); čl. 279. OZ (2010).

44 Čl. 274. st. 4. OZ (1996); čl. 279. st. 4. OZ (2010).

45 Čl. 274. st. 3. OZ (1996); čl. 279. st. 3. OZ (2010).

46 Čl. 301. st. 1. ZV.

47 Čl. 263a. OZ (1996), čl. 274a. OZ (1996); čl. 268., čl. 280. OZ (2010).

48 Čl. 5. ZIDOZ (NN 29/99).

49 V. Dika, M., Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 750.

50 Čl. 274.a st. 3. OZ (1996). V. *Ibid.* koji navodi kao primjer odluke banaka o visini kamatne stope ili neke druge objektivizirane kriterije.

Razlika se inače opravdavala neakcesornošću fiducijarnog prijenosa.⁵¹ U hrvatskom pravu ovo je posebno sporno, jer funkcionalna odredba čl. 297. st. 2. ZV-a upućuje da su oba osiguranja akcesorna. To je pitanje povezano, s jedne strane, s opsegom osigurane tražbine (tj. je li moguće osigurati buduće tražbine), te s druge, s retroaktivnim računanjem prioriteta. Dakle, riječ je samo o nekim aspektima akcesornosti koji više nisu odlučni ni kod založnog prava. Opravdanje je traženo i u činjenici da kod fiducijarnog osiguranja svrha osiguranja nije u pribavljanju ovršne isprave na temelju koje bi se kasnije provela ovrha, budući da se namirenje provodi izvansudski.⁵² To je, međutim, praktično sporno, zbog toga jer je sporazum isprava s učincima sudske nagodbe, dakle ovršna isprava.⁵³

U ovom kontekstu treba spomenuti i to da OZ (1996) načelno predviđa mogućnost da stranke ugovore da preneseno pravo posluži kao osiguranje i za neku drugu tražbinu predlagatelja osiguranja prema protivniku osiguranja.⁵⁴ Citirana zakonska odredba ima općenitu formulaciju koja nije ograničena po objektu, tako da se odnosi na sve vrste stvari, ali je taj zaključak doveden u pitanje stavcima 2. i 3. istoga članka koji isključivo govore o nekretnini. To samo po sebi ne bi bilo problematično, da te odredbe ne propisuju upis zabilježbe o tomu u zemljišnu knjigu⁵⁵ te pravilo o računanju prvenstvenog reda,⁵⁶ dok istovremeno te odredbe nedostaju za postupanje u pogledu Upisnika.⁵⁷ Upisnik nije javni registar vlasništva

51 V. Barbić, J., Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava, u: Novo ovršno i stečajno pravo, (Zagreb, 1996.), 80. koji navodi da fiducijarno vlasništvo "nije ovisno o osiguranoj tražbini, za vlasništvo stečeno u svrhu osiguranja, odnosno za prijenos prava u istu svrhu nije bitno je li tražbina već nastala, hoće li ona uopće nastati, je li ništava ili je valjana pobijena, je li prestala ispunjenjem ili na neki drugi način." Slično i Čulinović - Herc, E., Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika (dokt. dis.) (Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 1996.), 64. V. i osudnu sudsku praksu: ŽS Zagreb, Gž 6838/01 (9. 4. 2002) cit. Jelčić, O., Fiducijarno vlasništvo u hrvatskom pravu, 24 Zb. PFR 337 (2003.), bilj. 15. Takvo je stajalište poduprto njemačkom literaturom, koja tradicionalno odriče akcesornost kod *Sicherungsübereignung*, odnosno *Sicherungsabtretung*, te argumentacijom sukladno kojoj bi eventualna akcesornost u vidu suspenzivnog ugovaranja prijenosa bila pravno nesigurna zbog toga jer bi dovela u pitanje osiguranje budućih tražbina, odnosno uspostavu okvirnog osiguranja.

52 Dika, M., Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 790.

53 Čl. 274. st. 4. OZ (1996); čl. 279. st. 4. OZ (2010).

54 Čl. 274.d OZ (1996); čl. 283. OZ (2010).

55 Čl. 274.d st. 2. OZ (1996); čl. 283. st. 2. OZ (2010).

56 Čl. 274.d st. 3. OZ (1996); čl. 283. st. 3. OZ (2010).

57 Literatura navodi da je "[ratio] mogućnosti sklapanja naknadnoga sporazuma o osiguranju ... u tome da se strankama pruži prilika da isti predmet fiducijarnoga osiguranja iskoriste radi osiguranja i drugih već egzistentnih tražbina ili tražbina koje bi mogle nastati nakon sklapanja prvotnog sporazuma o takvu osiguranju. Tako bi se stranke mogle sporazumjeti da se naknadnim sporazumom fiducijarno osigura tražbina predlagatelja osiguranja koja je već osigurana na nekom drugom predmetu osiguranja, uz oslobođenje toga drugog predmeta osiguranja od postojećeg osiguranja, što bi protivniku osiguranja omogućilo da tim predmetom osiguranja slobodno raspolaže. Stranke bi se mogle sporazumjeti i da se na istom

koji podrazumijeva sveobuhvatno upisivanje stvarnih prava i drugih pravno-relevantnih činjenica kao što je to zemljišna knjiga ili registri plovni objekata ili letjelica. Zbog toga je dvojbeno je li moguće primijeniti odredbe općih propisa koje se primjenjuju na registrirane objekte, te postoji li, usprkos odredbi čl. 278. st. 4. OZ (1996), mogućnost da se na prava primijene odredbe o naknadnom sporazumu o osiguranju. To, međutim, ne predstavlja ozbiljan praktični problem. S obzirom na to da je u opisanim slučajevima uvijek riječ o istom vjerovniku, te uzevši u obzir da je moguće osigurati i buduće slabo određene tražbine, nije za očekivati da bi ova odredba imala opsežnu praktičnu primjenu.

Nešto manje jasnije pitanje je ono koje se odnosi na mogućnost osiguranja budućim tražbinama i njihovim određenjem. Kod založnog prava ovaj je problem posljedica interpretacije pravila o specijalitetu objekta. Kod fiducijarnog osiguranja, pitanje se više tiče mogućnosti cesije budućih tražbina, odnosno prijenosa inegzistentnog prava. Nesporno je da se može prenijeti samo ono što subjekt prijenosa ima u svojoj imovini. Slijedom toga, cesija prava kojeg nema cedent ne proizvodi trenutkom cesije pravni učinak. Međutim, kada cedent stekne pravo koje se može kvalificirati određenjem iz ranije cesije, nema više zapreke da cesija proizvede učinak neovisno o tomu što je riječ o ugovoru sklopljenom prije nastanka, odnosno stjecanja objekta tog prijenosa.⁵⁸ Cesija nastupa čim tražbina nastane, što otvara prostor za situaciju sličnu globalnoj cesiji u njemačkom pravu.

Problem određenosti objekta prijenosa prisutan je jer strogo tumačenje zahtijeva da su poznati osoba dužnika, visina i pravni temelj tražbine koja se cedira, što je gotovo nemoguće u kompleksnom suvremenom poslovnom okruženju. U kontekstu postojećih pravila ZU-a,⁵⁹ pitanje se svodi na registrabilnost, budući da je registracija načelno obvezatna.⁶⁰ ZU, prilikom definiranja sadržaja uloška navodi da se u dijelu B upisuju pojedini predmeti osiguranja, opisani «na način na koji su pojedinačno naznačeni u ispravi».⁶¹ Sukladno Pravilniku o Upisniku⁶² prava se, kao i pokretnine, upisuju s podacima njihovog opisa što uključuje naziv, vrstu, s identifikacijskim oznakama kako su navedeni u ispravi na temelju koje se vrši upis ili s podacima i na način kako se vode u nekoj javnoj knjizi.⁶³ To implicira visoki stupanj određenosti, i u skladu je s domaćom restriktivnom praksom. Primjerice,

predmetu fiducijarno naknadno osigura novi kredit banke ... odobren nakon što je kredit radi osiguranja kojega je osiguranje stečeno dijelom otplaćen itd.” Dika, M., *Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo* (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 795.

58 U njemačkom pravu, štoviše, uglavnom je prihvaćena interpretacija direktnog stjecanja cesionara, bez da je tražbina postala dio imovine cedenta, što može biti značajno u slučaju naknadnog otvaranja stečajnog postupka. V. Bülow, P., *Recht der Kreditsicherheiten: Sachen, Rechte, Personen* (7. izd., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007.), 491

59 Zakon o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima NN 121/06, dalje ZU.

60 O obvezatnosti v. više *infra*.

61 Čl. 12. st. 3. ZU.

62 Pravilnik o obliku i sadržaju upisnika te unutarnjem ustrojstvu i radu službe upisa (NN 77/06).

63 Čl. 16. st. 1. cit. Pravilnika.

buduća motorna vozila u salonu i budući urod uskladišten u silosu nije prikladan za upis prema praksi FINA-e.⁶⁴ Sličnu praksu imala je i bivša SDA u slučajevima zalaganja budućih dionica na temelju sporazuma o osiguranju i DEP-TER naloga,⁶⁵ pri čemu nalog nije sadržavao točnu oznaku papira, već uglavak o zalaganju svih budućih dionica, što je depozitorij ocijenio kao nedostatno određeno.

Usprkos navedenom, restriktivna interpretacija određenosti nije niti prihvatljiva niti korisna, pogotovo ako se želi omogućiti razvoj kompleksnijih obrazaca financiranja. Inozemni pravni sustavi su to dokazali, kao što je npr. francusko pravo koje je uvelo Daillyjevu cesiju⁶⁶ ili njemačko pravo koje je u sudskoj praksi prihvatilo labaviju interpretaciju.⁶⁷ O toj interpretaciji uvelike ovise mogućnosti financiranja malih i srednjih poduzeća, pa tako i likvidnost u gospodarstvu (čija je društveno-ekonomska vrijednost nesporna).

2. Obvezatnost i neobvezatnost registracije i notifikacije

Učinci sporazuma u pogledu stjecanja prava u određenim slučajevima mogu biti sporni. Prema tekstu OZ (1996), smatrat će se da je prijenos prava obavljen potpisivanjem sporazuma⁶⁸ uz iznimku predviđenu za nematerijalizirane vrijednosne papire,⁶⁹ ali je nakon stupanja na snagu ZU-a ta odredba derogirana (premda nije brisana), jer je suprotna pravilu o konstitutivnim učincima upisa u Upisnik⁷⁰ i s obzirom na prijelaznu odredbu o tomu.⁷¹ U prilog tvrdnji da su navedene odredbe derogirane govori i rješenje novog OZ (2010), koji je u bitnome zadržao rješenje iz OZ (1996), ali je u čl. 282. ispustio dijelove ranije odredbe o pokretninama i pravima (usprkos nedogovarajućem podnaslovu).

Konstitutivni učinci upisa u Upisnik, međutim, sukobljavaju se s drugim pravilima građanskog prava. Naime, obična fiducijarna cesija po ZOO-u perfektna je sporazumom, neovisno o registraciji.⁷² U situaciji u kojoj stranke propuste re-

64 Mičetić, Z., *Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina na pokretninama i pravima*, u: *Registar sudskih i javnobilježničkih osiguranja - aktualna pitanja u vezi s pretpostavkama i pravnim učincima upisa u javnu knjigu te namirenjem osigurane tražbine*, (Jelčić, O. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2008.), 7.

65 Danas v. čl. 191. Upute SKDD od 4. svibnja 2010.

66 *Loi n°81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le credit aux entreprises*. V. Legeais, D., *Droit commercial et des affaires* (16. izd., Armand Colin, Paris, 2005.), 383.

67 V. Reinicke, D. i Tiedtke, K., *Kreditsicherung* (5. izd., Luchterhand, Neuwied, 2006.), 264.

68 Čl. 274.c st. 3. OZ (1996).

69 Čl. 274.c st. 4. OZ (1996).

70 V. čl. 18. st. 1. ZU koji također koristi formulaciju presumpcije o trenutku prijena. U sukobu ove dvije presumpcije, proizlazi derogacija ranijeg propisa, tj. OZ (1996).

71 V. čl. 43. st. 3. ZU. Odredba je donekle sporna zbog toga jer se poziva na st. 2. istog članka koji govori o mogućnosti da stranke zatraže upis u Upisnik, dakle, implicirajući da se radi o njihovom pravu, ali i ne i dužnosti. To otvara problem u slučajevima u kojima stranke namjerno upis ne traže. S druge strane, st. 1. istog članka navodi da sporazum treba sadržavati izjavu protivnika osiguranja o tome da je suglasan da se neposredno na temelju sporazuma može u Upisniku obaviti taj prijenos, iz čega se može zaključiti da je upis obliogan.

72 Čl. 80. i 85. ZOO.

gistraciju, pitanje je, je li došlo do cesije ili nije. Argumentacija protiv, utemeljena na ZU, bila bi opravdana, ali bi se teško mogla suprotstaviti argumentu da je došlo do valjane cesije bez posebnih učinaka po OZ-u.⁷³ Tomu svakako ne pridonosi niti spomenuta formulacija iz čl. 18. ZU-a koja govori o presumpciji trenutka prijenesa. Iz toga bi se moglo tumačiti da kada je registracija obavljena, smatrat će se da je prijenos obavljen trenutkom podnošenja prijedloga, dok u ostalim slučajevima ta presumpcija nije primjenjiva, pa primjenom općih pravila ZOO-a kao trenutak prijenesa vrijedi trenutak sklapanja sporazuma.

Problem je posljedica strožeg posebnog uređenja u odnosu na opće, bez da se istodobno odredi posebna regulacija prema općem režimu. Premda nesporno vrijedi *lex specialis*, to pravilo ne rješava adekvatno posljedice i odnose koji bi nastali onda kada bi stranke ugovorile običnu fiducijarnu cesiju. Zbog toga bi bolje rješenje bilo ono koje bi proširilo obvezu registracije i na fiducijarne cesije sklopljene po općem propisu, čime bi se uspostavila jasnija pravila o prvenstvenom redu.

Drugo je pitanje notifikacije. Pravila ovršnog prava ne govore o notifikaciji, već jedino o objavljivanju oglasa u Narodnim novinama⁷⁴ i to samo prije stupanja na snagu ZU-a.⁷⁵ Međutim, po općim pravilima ZOO-a, notifikacija je potrebna,⁷⁶ usprkos tomu što u slučaju da nje nema, cesija ostaje valjana. Literatura drži da notifikacija nije pretpostavka pravnih učinaka cesije na temelju čl. 80. st. 1. ZOO-a.⁷⁷ Nevisno o tome, notifikacija jest zakonska dužnost cedenta, s obzirom na opće pravilo iz čl. 82. st. 1. ZOO-a sukladno kojoj je cedent „dužan obavijestiti dužnika o ustupanju”. Primjena tog pravila zahtijevala bi notifikaciju dužnika u svim slučajevima, što se može pokazati komplicirano i otegotno. Sličan zaključak dobiva se i podrednom primjenom pravila o založnom pravu po čl. 297. st. 2. ZV-a, tj. pravila o notifikaciji kao elementu zasnivanja založnog prava na tražbini.⁷⁸

73 Odredbe OZ-a prvenstveno su osmišljene za pokretnine, kod kojih ne postoji ovaj problem jer se redovito radi o bezposjedovnom osiguranju, koje opći propis (ZV) ne prihvata.

74 Čl. 274.c st. 5. OZ (1996).

75 V. čl. 43. st. 5. ZU.

76 V. čl. 82. ZOO.

77 Markovinić, H., Ugovor o cesiji (dokt. dis.) (Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2005.), 21, 195. To shvaćanje može biti praktično sporno (iako se autori ne zalažu za suprotno tumačenje). Članak 80. ZOO govori o tome „koje se tražbine mogu prenijeti ugovorom”, a ne o učincima cesije. Pored toga, čl. 80. st. 1. ZOO samo navodi da „vjerovnik može ugovorom ... prenijeti”, a ne i da ne postoje neke dodatne pretpostavke. U tom kontekstu čl. 82. st. 1. ZOO-a moguće dodaje notifikaciju kao pretpostavku stavljajući u opreku pristanak dužnika (koji nije potreban) i notifikaciju (koja to jest). Isto proizlazi i iz odnosa više ustupanja, čiji se prioritet određuje prema notifikaciji. V. *ibid.*, navodeći da je u romanskim sustavima u kojima je notifikacija konstitutivna logično pravilo o notifikaciji kao kriteriju kod višestrukog ustupanja. Ovakvo je uređenje u skladu s francuskim pravom (Art. 1690. CC), u kojem je cesija kritizirana kao nefleksibilan institut, i zbog čega je inicijalno razvijena Daillyjeva cesija, a u konačnici i zbog kojeg su izmijenjena pravila o nantismanu u Livre IV CC. U oskudnoj domaćoj sudskoj praksi prihvaćeno je da nedostatak notifikacije ne utječe na valjanost cesije, ali samo u kontekstu prigovora cesusa protiv cesionarevog zahtjeva za isplatom. VSRH, Revt-36/03 od 18. veljače 2004; VSRH, Rev-1559/01 od 12. rujna 2001.

78 Čl. 310. st. 1. ZV.

Posljedice obligatornosti notifikacije su višeznačne. Kao prvo, notifikacija može u mnogim slučajevima biti neželjena za dužnika, zbog toga jer je zalaganje tražbina tradicionalno povezano s lošim bonitetom subjekta. Kao drugo, odnos između cedenta i cesionara može biti takav da je cesionar ovlastio cedenta da i neovisno o cesiji naplaćuje tražbinu za račun cesionara. Iz odredbi OZ (1996) o posebnim dužnostima predlagatelja osiguranja u odnosu na prenesenu tražbinu, koje se poklapaju s dužnostima založnog vjerovnika proizlazi da je potrebna notifikacija, jer je dužan sam obaviti naplate.⁷⁹ Karakter je ovih odredbi, međutim, dispozitivan.⁸⁰ Tek u slučaju da dođe do poremećenog poslovanja, odnosno kašnjenja u otplati, cesionar će iskoristiti svoje osiguranje i otkriti stvarne odnose koji postoje. Kod založene tražbine prema pravilima ZV-a to je gotovo nemoguće zbog toga jer se dužnik obavještava o založnom ugovoru, pri čemu on više ne može s oslobađajućim učinkom ispuniti obvezu ignorirajući tu promjenu. Založnom dužniku tražbina se ne može više valjano ispuniti.⁸¹ Ista situacija postoji i kod prisilnog založnog prava, kod kojeg je tražbina zaplijenjena, a po uzoru na koje je izgrađen institut dobrovoljnog sudskog i javnobilježničkog založnog prava. Fiducijarna cesija bi ovdje, kao i u npr. njemačkom i francuskom pravu, imala zato prednost da notifikacija izostaje, ako tako stranke odluče, samo kada bi se otkonila interpretacija o obligatornosti notifikacije.

Kod registrirane fiducije pitanje je od praktične važnosti utoliko što je upitno treba li služba upisa provjeravati je li obavljena notifikacije ili ne. S obzirom na to da to nije pretpostavka za upis, po našem mišljenju to nije niti potrebno niti korisno. Sličan problem postoji i kod registriranog založnog prava.⁸² U svim je ovim slučajevima prijenos publiciran, a da se istodobno presumira da je sadržaj upisnika svima poznat.⁸³ Ako bi se prihvatilo da upis djeluje kao notifikacija, to rezultira apsurdnim obvezama dužnika: svaki dužnik morao bi prije isplate posebno istraživati je li u međuvremenu proveden upis nečijeg fiducijarnog prijenosa tražbine, što je očito ne samo nemoguće, nego krajnje neučinkovito rješenje. Slijedom toga, nije za očekivati da bi sudska praksa prihvatila bez daljnjega obvezu pregleda registra, odnosno dužnika označila kao *mala fide* ako je ispunio cedentu usprkos registraciji.

79 Čl. 274.j st. 1. OZ (1996), čl. 289. st. 1. OZ (2010).

80 Čl. 274.j st. 1. OZ (1996), čl. 289. st. 1 OZ (2010).

81 Ali v. Miladin, P. i Markovinović, H., Založno pravo na pravu, 46 PuG 95, 113, 129 (2007.).

82 V. Dika, M., Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 757 koji smatra da bi trebalo obavijestiti dužnikovog dužnika da bi se izbjeglo njegovo eventualno plaćanje tražbine dužniku. To je, međutim, sporno u kontekstu odrebe čl. 17. st. 1. ZU-a.

83 Čl. 21. st. 4. ZU.

B. Osnivanje po obveznopравnim pravilima

Po ZOO-u, fiducijarna cesija predstavlja poseban oblik obične cesije i ne pokazuje osobitosti u pogledu formalnosti osnivanja. Slijedom toga, za perfektnost cesije radi osiguranja dostatan je ugovor između cedenta i cesionara. S obzirom na nedostatak posebnih pravila obveznog prava, opravdana je primjena pravila o založnopравnom osiguranju i na ovu vrstu osiguranja.⁸⁴

To otvara slične probleme o kojima je već bilo riječi, ali ovdje bez uporišta u posebnim pravilima ovršnopравnog osiguranja. S jedne strane, postavljaju se pitanja opsega osiguranja, među kojima je najspornije ono koje se odnosi na mogućnost prijenosa budućih tražbina na vjerovnika. Problem osiguranja budućih tražbina nije toliko izražen, zbog toga jer niti ZV nema restriktivan pristup.⁸⁵ Mogućnost prijenosa budućih tražbina, uključujući onih koje su određene masovno (globalno) poznato je i u hrvatskoj literaturi, uglavnom po uzoru na njemačko pravo.⁸⁶ Takvu mogućnost ne bi trebalo odricati niti podrednom primjenom pravila o založnom pravu, zbog toga jer to pravilo traži određenost, koja je zadovoljena ako se razumno može zaključiti o tome koja je tražbina prenesena, a koja nije. Određenost je pitanje pravne sigurnosti utoliko da se prilikom namirenja može identificirati što kome pripada, a ne zato da bi se ograničio opseg osiguranja. Od navedenog, međutim, treba razlikovati buduću cesiju tražbina, do koje dolazi tek naknadnim sporazumom, što je čest slučaj ako se prvo ugovara okvirni posao, a sama cesija slijedi po ponudi konkretnih tražbina.⁸⁷

S druge strane, i ovdje se postavlja pitanje notifikacije. Razlika u *causi* cesije ne odražava se u ZOO na modalitet osnivanja, što je svojevrсни sustavni problem zbog toga jer je sustav stvarnopравnog osiguranja donekle utemeljen na načelu publiciteta. Ono se u ZV odražava u pravilu da se založno pravo osniva cesijom radi osiguranja i notifikacijom,⁸⁸ kao i u samome ZU, ali ZOO ne tretira ovaj problem. Podredna primjena pravila o založnom pravu na druge oblike stvarnopравnog osiguranja⁸⁹ zahtijevala bi da se kod fiducijarne cesije također obavi notifikacija, ali je takvo tumačenje problematično iz istog razloga zbog kojeg je problematična i sama odredba kod založnog prava (tj. zbog upitnosti sankcije). Jedino kada bi se tumačilo da je notifikacija uvijek nužna pretpostavka cesije moglo bi se osigurati potpuno poštovanje ovog pravila, ali je ta interpretacija neusklađena sa suvremenim trendovima razvoja pravila o cesiji.

84 Čl. 297. st. 2. ZV.

85 Čl. 301. st. 1. i 2. ZV.

86 Gorenc, V., Ugovor o faktoringu, Računovodstvo i financije, br. 9, 2007., str. 129., 130.

87 U njemačkom pravu v. npr. Bülow, P., Recht der Kreditsicherheiten: Sachen, Rechte, Personen (7. izd., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007.), 481.

88 V. čl. 310. ZV.

89 Čl. 297. st. 2. ZV.

C. Osnivanje fiducijarnog financijskog osiguranja

ZFO, implementirajući Direktivu o financijskom osiguranju⁹⁰ uređuje osim hibridnog založnog prava i fiducijarni prijenos prava iz instrumenta osiguranja prenesenih s davatelja na primatelja instrumenta osiguranja.⁹¹ Ovo osiguranje razvijeno je neposredno radi harmonizacije s *aquis communautaire* EU-a, a u širem kontekstu radi osiguranja likvidnosti i smanjenja sistemskog rizika.

ZFO definira ugovor o financijskom osiguranju fiducijarnog tipa kao ugovor kojim se obvezuje davatelj instrumenta osiguranja, radi osiguranja ispunjenja svoje ili tuđe određene financijske obveze, prenijeti na primatelja određen instrument osiguranja pod uvjetima utvrđenima ugovorom, okvirnim ugovorom ili općim uvjetima poslovanja. Primatelj tog instrumenta osiguranja obvezuje se u skladu s ugovorenim uvjetima, ZFO, ili drugim propisima, taj ili ekvivalentni instrument osiguranja vratiti davatelju. Pritom može biti utvrđeno i pravo primatelja određenog instrumenta osiguranja da uslijed smanjenja vrijednosti tog instrumenta osiguranja zatraži dodatni ili zamjenski instrument osiguranja, odnosno pravo davatelja određenog instrumenta osiguranja da uslijed porasta njegove vrijednosti zatraži povrat odgovarajućeg iznosa određenog instrumenta osiguranja.⁹² Istaknuto je da su prava iz instrumenta osiguranja prenesena s davatelja na primatelja instrumenta osiguranja, što uključuje i ugovore o povratnoj kupnji, odnosno ugovore o obratnoj povratnoj kupnji.⁹³

Osobitost ovog osiguranja u osnivanju očituje se utoliko što se inzistira na neformalnosti, tj. za valjanost se ne može tražiti više od pisanog dokaza o sklapanju, odnosno isporuci ili stjecanju.⁹⁴ Nakon izmjena FCD-a iz 2009. koje još nisu implementirane u domaćem pravu, za dokazivanje financijskog osiguranja, ako se radi o kreditnim tražbinama, dovoljan je pisani dokaz o tome o kojoj je tražbini riječ (lista).⁹⁵ Isporuka ili stjecanje instrumenta osiguranja definirani su kao sve radnje, uključujući i isporuku zamjenskog ili dopunskog instrumenta osiguranja te povrata viška instrumenta osiguranja, kojima se na temelju ugovora o financijskom osiguranju prenosi instrument osiguranja s davatelja na primatelja instrumenta osiguranja, pri čemu se instrument osiguranja smatra isporučenim, odnosno stečenim onda kada prijenos instrumenta osiguranja na njemu bude zabilježen na odgovarajućem računu u registru u kojemu se vode financijski instrumenti, odnosno

90 2002/47/EC, OJ L 168, 27. 6. 2002, 43; dalje: FCD (od eng. *Financial Collateral Directive*)

91 Čl. 2. t. 7. ZFO.

92 Čl. 2. st. 1. t. 2. ZFO.

93 Čl. 2. st. 1. t. 7. ZFO. Repo poslovi jednostavni su poslovi čija je temeljna svrha dobivanje gotovinskog (*cash*) novca, što se ostvaruje u zamjenu za vrijednosne papire koji se prodaju kupcu uz obvezu nazadkupnje (tj. pravo nazadprodaje). Redovito se radi o kratkoročnim ugovorima, koji su često unutardnevni (*intra-day*) i prekonoćni (*overnight*). U privatnom sektoru, repo poslovi instrumenti su kojima se pokrivaju *short* pozicije, olakšava namira, te služe za *hedging* ili špekulativne svrhe.

94 Čl. 4. ZFO.

95 Čl. 1. st. 5. FCD.

na odgovarajućem novčanom računu (ako je riječ o novčanim sredstvima).⁹⁶ Ovdje nisu primjenjiva pravila ZU-a o registraciji, niti u slučajevima sudskog ili javnobilježničkog osiguranja, ako je riječ o nematerijalizirnim dionicama, budući da su one izvan okvira registrabilnosti po čl. 6. ZU-a. Isto vrijedi i za novčana sredstva zbog toga što se fiducijarni prijenos sredstava po prirodi stvari ne može registrirati (u Upisniku). On se mora obaviti, a suprotno bi značilo da su sredstva prenesena prijenosom u Upisnik, bez faktične promjene po računu.

IV. PRAVNI POLOŽAJ STRANA TIJEKOM TRAJANJA OSIGURANJA

A. Izvršavanje fiducijarno prenesenog prava

Jedan od ključnih problem sustava fiducijarnog osiguranja odnosi se upravo na odnose koji postoje tijekom trajanja osiguranja. S obzirom na to da je riječ o prijenosu prava, vjerovnik postaje titular prava pa ga je zbog toga ovlašten izvršavati. Istovremeno, međutim, nesporno je da je pravo preneseno samo radi osiguranja, tj. da je svrha prijenosa u tome da se vjerovniku omogući izvršavanje toga prava samo u slučaju dužnikovog zakašnjenja. Nasuprot vjerovnikovom pravu, stoji i njegova obveza da vrati, tj. povratno prenese pravo na fiducijarnog dužnika.⁹⁷

OZ (1996) u čl. 274.e prati ovu ideju, navodeći da je protivnik osiguranja ovlašten i dalje vršiti pravo koje je preneseno na predlagatelja osiguranja.⁹⁸ Strane mogu i drukčije ugovoriti, predviđajući da predlagatelj osiguranja vrši preneseno pravo,⁹⁹ ali se u takvom sporazumu mora utvrditi način na koji će predlagatelj osiguranja to činiti i kako će se obračunavati koristi koje će od toga imati. Istodobno se navodi i pravilo o prijeboju s troškovima, kamatama i glavnicom (tim redoslijedom), ako drukčije nije ugovoreno.¹⁰⁰

Posebno je pravilo predviđeno kod nematerijaliziranih dionica te udjela i poslovnih udjela u trgovačkom društvu utoliko što prijenosom tih papira radi osiguranja sve do stjecanja punopravnog prava ili njihove prodaje, prenositelj ne gubi pravo glasa, ni pravo sudjelovanja u dobiti.¹⁰¹ Ova je odredba dispozitivne naravi, prema izričitom tekstu čl. 278. st. OZ (1996).

Donekle suprotno citiranim pravilima, OZ (1996) za tražbine predviđa posebno pravilo po kojem je predlagatelj osiguranja dužan naplaćivati kamate ili kakve druge

96 Čl. 2. st. 1. t. 10. ZFO.

97 Čl. 277.a OZ (1996) propisuje pravo fiducijarnog dužnika da mu bude vraćeno preneseno pravo ako u roku ispuni svoju obvezu kao i onda ako osigurana tražbina prestane na koji dugi način.

98 Čl. 274.e st. 1. OZ (1996); čl. 284. st. 1. OZ (2010).

99 Čl. 274.e st. 2. OZ (1996); čl. 284. st. 2. OZ (2010).

100 Čl. 274.e st. 3. OZ (1996); čl. 284. st. 3. OZ (2010).

101 Čl. 278. st. 3. OZ (1996); čl. 295. st. 3. OZ (2010).

povremene tražbine,¹⁰² naplatiti tu tražbinu, odnosno primiti njezino ispunjenje kada dospije¹⁰³ te poduzimati druge mjere potrebne radi očuvanja prenesene tražbine.¹⁰⁴

Posljedice ispunjenja cedirane tražbine su različite, ovisno o tome je li osigurana tražbina već dospjela ili nije. Ako osigurana tražbina još nije dospjela, vjerovnik može zadržati naplaćeni iznos, osim ako dužnik ne zahtijeva da isti položi kod suda ili javnog bilježnika.¹⁰⁵ U odnosu na tako naplaćeni iznos ne može nastupiti prijeboj jer nema dospjele protutražbine dužnika (na povrat sredstva osiguranja). Vjerovnik faktično može raspolagati primljenim sredstvima, anticipirajući prijeboj, ali mora voditi računa o odnosu osigurane tražbine (zajedno s kamatama i troškovima), ali i o kamati koju je dužan obračunati za korist dužnika u razdoblju između isplate i prijeboja. Prijeboj bi nastupio odmah po dospijeću osigurane tražbine, ako bi istodobno dospjela i dužnikova protutražbina, što, međutim, nije slučaj. Taj je problem posljedica činjenice da OZ ne predviđa (kao npr. ZFO) istodobno dospijeće i obračun. Slijedom toga, ako se prihvati da se radi o prijeboju,¹⁰⁶ onda se mora prihvatiti i to da se radi o prijeboju dospjele i nedospjele tražbine.

Ako je predmet ispunjenja stvar (tj. ako je bila riječ o tražbini na predaju), vjerovnik stječe vlasništvo te stvari po samome zakonu.¹⁰⁷ Nije u potpunosti jasno radi li se o ograničenom vlasništvu, slično kao što je to bilo i u odnosu na tražbinu, tj. radi li se o realnoj subrogaciji ili ne. Iako je interpretacija za korist realne subrogacije logičnija, jer je očuvala sadržaj izvorno osnovanog prava, problem postoji zbog nedostatka registracije, jer se raniji upis odnosi na prestalu tražbinu, a ne na stvar. To bi upućivalo na to da ako i postoji fiducijarno vlasništvo, onda se ono može ravnati kao neregistrirani fiducijarni prijenos u smislu čl. 34. st. 3. ZV-a (koje ne djeluje prema trećima).

Ako je osigurana tražbina dospjela, vjerovnik može zadržati iznos koji je primio u visini neispunjene tražbine, a dužniku samo predati višak.¹⁰⁸ Dakle, ovdje se radi o specifičnom obliku namirenja prijebojem propisanim u OZ (1996). U širem kontekstu, može se govoriti o paralelizmu komisornom namirenju.

Ako se radi o običnoj fiducijarnoj cesiji, vrijedi sličan režim, jer je po obveznom pravu, vjerovnik dužan brinuti se o naplati,¹⁰⁹ a tako je predviđeno i kod založnog prava, koja su pravila podredno primjenjiva.¹¹⁰ On je dužan poduzeti

102 Ovdje je propisan *ex lege* prijeboj s troškovima, kamatama, odnosno glavnicom osigurane tražbine. Čl. 274.j st. 1. t. 2. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 2. OZ (2010).

103 Čl. 274.j st. 1. t. 3. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 3. OZ (2010).

104 Čl. 274.j st. 1. t. 1. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 1. OZ (2010).

105 Čl. 274.j st. 1. t. 3. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 3. OZ (2010). Isto vrijedi i kada je predmet ispunjenja dužnički vrijednosni papir.

106 V. Gavella, op. cit., str. 414. koji govori o prijeboju kod založnog prava na pravu.

107 Ibid.

108 Ibid.

109 Čl. 89. ZOO.

110 Čl. 297. st. 2. ZV.

mjere za očuvanje¹¹¹ i naplatiti kamate,¹¹² odnosno samu tražbinu kada dospije.¹¹³ Kao što je već spomenuto, iako se tu radi o dva instituta, ZV čini se prihvaća zajedničku koncepciju jer inkorporira cesiju radi osiguranja u založnopravni okvir, „deposedirajući” dužnika.¹¹⁴ Literatura je prilikom analize pravnog položaja cesionara i založnog vjerovnika ukazala da je pripadanje prava temeljna razlika između ta dva instituta, ali da kod zalaganja tražbine založnom dužniku ostaje golo pravo, zbog čega je cesija radi osiguranja zapravo zalaganje tražbine.¹¹⁵

Za razliku od dispozitivnog pravila kod fiducijarnog osiguranja po ovršno-pravnom sustavu, založni vjerovnik (odnosno fiducijarni vjerovnik u varijanti podredne primjene istih pravila) ovlašten je na izvršavanje založenog prava. Dio literature¹¹⁶ opravdano vidi problem u odredbi o obveznom polaganju u sud,¹¹⁷ koja je predviđena za slučaj da vjerovnik nedospjele tražbine naplati založenu tražbinu, što bi razdvajalo režim civilnih plodova i glavne tražbine.¹¹⁸

To je pravilo specifično jer odstupa od općih pravila o založnom pravu, po kojima založni vjerovnik ima pravo na posjed zaloga (u konkretnom slučaju stečenog realnom subrogacijom tražbine). Iako se opravdanje može vidjeti u nastojanju očuvanja vrijednosti i identiteta dijela imovine, ono ipak nije potpuno jasno, s obzirom na to da vjerovnik ima dužnost brige za zalog i u ostalim slučajevima u

111 Čl. 334. st. 1. ZV.

112 Čl. 334. st. 2. ZV, čl. 335. st. 1. al. 1. ZV.

113 Čl. 334. st. 3. ZV, čl. 335. st. 1. al. 2. ZV.

114 Donekle se ovo može objasniti i općenitom logikom različitosti filozofije založnog prava i fiducije. Založno pravo najopćenitije ima u vidu jedno potencijalno ostvarivo pravo na namirenje na tuđoj stvari koje se ostvaruje kasnijom prodajom zaloga. Fiducijarni prijenos ima najopćenitije u vidu sadašnji prijenos u svrhu osiguranja, uz potencijalni povrat (iskupljenje) objekta osiguranja u slučaju ispunjenja osigurane tražbine. Kad se ovo primjeni na novčanu tražbinu, treba uzeti u obzir njezinu specifičnost kao objekta osiguranja. Takva je tražbina predestinirana da prestane ispunjenjem i da se pretvori u novac. Ta likvidnost tražbine daje temelj za to da se fiducijarnom cesijom obavi anticipirano namirenje vjerovnika iz naplaćene tražbine, čime se automatski ostvaruje, a to je upravo funkcija cijelog instituta.

115 Denišlić, M., Odnos založnog prava na potraživanjima i cesije, 31 Godišnjak PFSa 37, 46ff (1983.). Pored temeljnog razlikovanja, ističu se i druge razlike između cesije i zalaganja koje su, međutim manje značajne u kontekstu cesije radi osiguranja. Na primjer, (obični) cesionar nije dužan naplatiti tražbinu, a zalagoprimec jest, ali cesionar kod cesije radi osiguranja ima istu dužnost (čl. 89. ZOO) kao i zalagoprimec, čime je njihov položaj blizak.

116 Miladin, P. i Markovinović, H., Založno pravo na pravu, 46 PuG 95, 112 (2007.).

117 Čl. 334. st. 4. ZV.

118 V. Miladin, P. i Markovinović, H., Založno pravo na pravu, 46 PuG 95, 111 (2007.). U literaturi je istaknut i problem vezan uz ovlaštenje založnog vjerovnika da naplati civilne plodove, pri čemu se ukazuje na proturječnost odredbe čl. 323. st. 3. ZV-a koja propisuje stjecanje vlasništva i prijeboj s troškovima, kamatama i glavnicom kao posljedicom ubiranja i čl. 337. st. 5. ZV-a koji govori o namirenju vjerovnikove dospjele tražbine iz tih plodova utoliko što je nejasno može li doći do prijeboja prije dospjeća osigurane tražbine. Kad se radi o tražbinama, a to vrijedi i za ostala prava, sukladno čl. 334. st. 2. ZV-a vrijednost kamata ili drugih povremenih davanja prebija se s troškovima založnog vjerovnika, s kamatama koje mu dužnik duuguje i s glavnicom. U takvom slučaju, vjerovnik ima pravo zadržati primljeno, a do namirenja dolazi dospjećem tražbine.

kojima ima jednaku faktičnu mogućnost raspolaganja. Slijedom toga, tu bi odredbu trebalo uzeti kao dispozitivnu, dok u svakom slučaju dolazi do namirenja nakon dospjeća osigurane tražbine.¹¹⁹

B. Raspolaganja prenesenim pravom i prioritetni odnosi

S obzirom na to da OZ (1996) na isti način i paralelno uređuje fiducijarno osiguranje stvarima i pravima, uređuje i mogućnost vjerovnikovog daljnjeg raspolaganja pravom koje mu je preneseno radi osiguranja. Fiducijarni vjerovnik nije ovlašten raspolagati s predmetom osiguranja prije dospjeća, zbog postojanja fiducijarnog odnosa. Kod imovinskih prava, osobito tražbina, ova činjenica ima posebno značenje. Naime, OZ (1996) općenito predviđa,¹²⁰ ne bez kritike,¹²¹ da je otuđenje pravno valjano i neovisno o tomu što je poduzeto protivno nedostatku svojeg ovlaštenja. Ta je odredba u skladu s općim pravilom stvarnoga prava sukladno kojem vlasništvo prednika nije pretpostavka valjanosti raspolaganja,^{122, 123} zbog čega je u određenim slučajevima moguće stjecanje od neovlaštenika.¹²⁴

Pri razmatranju posljedica ovih raspolaganja treba imati u vidu da se u konkretnom slučaju radi o stjecanju od ovlaštenika protivno zabrani prijenosa. Ako bi se tumačilo da je ugovorom o fiducijarnom osiguranju implicirana (ili izričito ugovorena) klauzula o privremenoj zabrani prijenosa kojom je tražbini oduzeto

119 Položeno će biti predano dužniku samo pod uvjetima koje je postavio vjerovnik (čl. 93. ZOO), dakle, samo ako osigurana tražbina bude isplaćena. U suprotnom, dolazi do namirenja prijebojem. Pitanje pripada li dužniku zbog toga diskont koje je u literaturi istaknuto je pitanje ugovornog odnosa između stranaka.

120 Čl. 274.f st. 2. OZ (1996); čl. 285. OZ (2010).

121 Povlakić, M., *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu (dok. dis.)*, (Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, 2001.), 233.

122 Ponašanje je inkriminirano, jer prema izričitoj odredbi, „nije isključena kaznena odgovornost” osoba koje su sudjelovale u protupravnom postupanju. V. čl. 274.f st. 5. OZ (1996); čl. 285. st. 5. OZ (2010).

123 Dika navodi da «mogućnost valjanoga unovčenja predmeta osiguranja neovisno o tome je li tražbina dospjela ili nije bitno pojednostavljuje realizaciju pravozaštitnog cilja fiducijarnog osiguranja – otklanjanje potrebe da se radi namirenja predlagatelja osiguranja provodi sudski ... postupak, da se stjecateljima stvari ili prava koji se unovčuje pruži sigurnost da su valjano stekli ono što su kupili, bez potrebe da provjeravaju je li osigurana tražbina dospjela i je li stoga fiducijar ovlašten otuđiti predmet osiguranja.» Dika, M., *Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo* (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 807 (bilješka ispuštena).

124 Ukazano je da i kod pokretnina i kod nekretnina, konkretno pravilo jest problematično jer nije u skladu s uobičajenim ponašanjem u pravnom prometu, kao i zbog toga jer je nejasno bi li treći ako bi išta stjecao, stjecao osiguranje (sa ili bez osigurane tražbine) ili vlasništvo (u smislu punopravnog vlasništva). V. Čulinović-Herc, E., *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika (dok. dis.)* (Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 1996.), 253; Josipović, T., *Raspolaganja sredstvima osiguranja tražbina (podzaložno pravo, raspolaganja prvenstvenim redom hipoteke, raspolaganje zadužnikom/bjanko zadužnikom i dr.)*, u: *Zaštita vjerovnika: pravni porezni i računovodstveni aspekti*, (Josipović, T. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2006.), 282.

svojstvo prenosivosti, tada bi svaki kasniji prijenos, odnosno cesija tražbine bili bez učinka prema dužniku. Odredba čl. 274.f st. 2. OZ (1996) ne onemogućuje primjenu takvog tumačenja, jer govori o valjanosti otuđenja, dok ZOO ne govori o nevaljanosti već nedostatku djelovanja prema dužniku.¹²⁵

Tu se, međutim, ne radi o zabrani prijenosa koja je uspostavljena s dužnikom, pa se ne radi niti o slučaju iz čl. 80. st. 2. ZOO-a, već eventualno o slučaju iz čl. 80. st. 1. Takva interpretacija ne bi dovela do ništetnosti cesije zbog izričitog isključenja. Vjerojatnije je da se radi o zabrani u smislu čl. 322. st. 2. ZOO-a uperenoj prema jednoj strani.

Praktično gledano, međutim, teško je da bi kasnija cesija uspjela. U slučaju raspolaganja fiducijarnog vjerovnika, u nedostatku notifikacije dužnik fiducijarno prenesene tražbine neće biti upoznat s identitetom fiducijarnog vjerovnika, što će njegovom cesionaru signalizirati prijevarno postupanje. S druge strane, ako je notifikacija izvršena, tada je jasno da će taj cesionar biti upoznat i s tim da se radi o fiducijarnoj cesiji.

Suprotno, u usporedbi sa založnim pravom, kod fiducijarnog osiguranja zbog toga jer je izvršen prijenos, načelno dužnik ne može raspolagati s predmetom osiguranja, pa niti tako da osnuje novo osiguranje. U slučaju dužnikovog raspolaganja objektom osiguranja, stoga treći načelno ne može steći pravo. Međutim, iako kod prava ne vrijede pravila o stjecanju od neovlaštenika, hrvatsko pravo prihvaća mogućnost višestruke cesije koja prvenstvo daje kasnijem notifikantu, za razliku od npr. njemačkoga prava koje drži kasniju cesiju nemogućom. To je rješenje kritizirano¹²⁶ zbog toga što notifikaciju čini svojevrsnim konstitutivnim elementom cesije. Tu se, međutim, radi o specifičnom vidu zaštite povjerenja, tj. stjecanja od neovlaštenika, pri čemu se kasnijem cesionaru daje prednost ako je bio pošten.¹²⁷

Pitanje raspolaganja svodi se tako na pitanje poštenja. Kod registriranog osiguranja problem je pojačan činjenicom apsolutnog djelovanja upisnika.¹²⁸ Cesionari se zbog toga ne bi mogli pozivati na to da nisu znali da je pravo cedirano, čak i onda kada su od cesusa dobili potvrdu o statusu tražbine jer fiducijarna cesija nije notificirana. Kod obične fiducijarne cesije, ako notifikacije nije bilo, tada nedostatak notifikacije onemogućuje i kasnijeg cesionara da sazna za raniju cesiju, jer je skrivena, i u tom bi slučaju trebalo prihvatiti djelovanje pravila o višestrukome ustupanju i prednost dati ranijem notifikantu.

U svakom slučaju, međutim, fiducijarni prijenos načelno znači da dužnik nema pravo kasnijeg zalaganja iste tražbine odnosno prava, tj. da mu je objekt osiguranja privremeno blokiran, što je na poredbenopravnom planu izvrgnuto vrlo

125 Čl. 80. st. 2. ZOO. V. Markovinović, H., Ugovor o cesiji (dokt. dis.), (Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2005.), 95, koji raspravlja o problematičnoj interpretaciji ove odredbe u kontekstu poredbenopravnih stajališta.

126 Ibid., 132.

127 Ibid., 134.

128 Čl. 21. st. 4. ZU.

oštroj kritici.¹²⁹ Hrvatsko pravo u sferi založnog prava ima krajnje negativan stav da se dužnika ograniči u mogućnosti višestrukog zalaganja, sankcionirajući takve klauzule ništavima.¹³⁰ Prihvaćajući istu ideju kod fiducijarnog vlasništva po OZ (1996) odredbe ostavljaju dovoljno prostora za tumačenje po kojem je moguće osnivanje kasnijeg založnog prava nakon fiducijarnog prijenosa.¹³¹ Premda jedan dio literature smatra da se u Upisnik ne može upisati založno pravo, ako je prije toga upisan prijenos radi osiguranja, što proizlazi *arg. a contrario* iz čl. 274.i OZ-a (1996) koji dopušta hipotekarno opterećenje fiducijarno opterećene nekretnine,¹³² drugi dio literature smatra da se ta odredba primjenjuje i na ostale situacije, pozivom na analognu primjenu odredaba o nekretninama.¹³³

Kod ovršnopavnog fiducijarnog osiguranja, ipak, ne postoji zapreka ugovaranju zabrane opterećenja, što literatura tumači kao izričito odstupanje od pravila o ništavim uglavcima iz čl. 307. st. 4. ZV-a.¹³⁴ Ta odredba uvelike oslabljuje cijelu ideju o omogućavanju kasnijeg raspolaganja s obzirom na to da je za očekivati da bi vjerovnici standardno ugovarali upis zabrane.¹³⁵ Zakonodavac pritom nije ocijenio neprihvatljivim deklaraciju ništavosti uglavka o zabrani opterećenja, jer bi u tom slučaju brisao odredbu iz ZV-a, nego je signalizirao da postoji posebno opravdanje za dopustivost takvog ugovaranja u jednom slučaju. Moguće je da je to posljedica činjenice da se radi o fiducijarnom prijenosu, pa da zakonodavac poštuje implicitnu zabranu opterećenja ugrađenu u prijenos vlasništva (pa i radi osiguranja), ali je takvo formalističko tumačenje nevjerojatno. Fiducijarni vlasnik se ne nalazi u ništa opasnijem položaju od založnog vjerovnika da bi mu trebala posebna zaštita. Odredba ima za posljedicu da ova ugovorna klauzula može utjecati na izbor sredstva osiguranja ili u najmanju ruku predstavlja dodatno opterećenje prilikom izbora.

129 U njemačkom pravu razvijena je posebna teorija i praksa zabrane preosiguranja (*Übersicherung*), kako bi se olakšala dužnikova pozicija. V. Oechsler, J., Anhang nach §§ 929–936 Sicherungseigentum – Sicherungsübereignung, u: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht, §§ 854–1296, Wohnungseigentumsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, (Gaier, R. (ur.), Beck, München, 2009.), 30 *et seq.*

130 Čl. 307. st. 4. ZV. U teoriji je istaknuto da je opravdanje za takvo propisivanje u tome što ne postoji «svrha ... da ojača založno osiguravanje vjerovnikove tražbine (daljnjim zalaganjem iste stvari dužnik ne utječe na založno pravo koje je već osnovano, niti smanjuje mogućnost njegovog namirenja), nego bi služio kao nekakav dadatni prisak na dužnika.» Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio, (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 189.

131 Čl. 274.i OZ (1996), čl. 288. OZ (2010).

132 Jelčić, O., Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja te podzakonski akti za njegovu provedbu, u: Registar sudskih i javnobilježničkih osiguranja - iskustva i problemi, (Grubić, V. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2007.), 7.

133 Mihelčić, G., Sudsko/Javnobilježničko fiducijarno osiguranje na pokretninama, 11 HPR 18, 20 (2008.); ne posve jasno Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 532.

134 Dika, M., Gradansko ovršno pravo: Opće gradansko ovršno pravo (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 795.

135 V. Matko-Ruždjak, J., Javnobilježničko osiguranje tražbina prijenosom vlasništva i prijenosom prava, u: Zaštita vjerovnika: stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina, (Josipović, T. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2005.), 287.

Prioritetni odnosi koji nastaju uslijed osnivanja fiducijarnog osiguranja nešto su manje kompleksni od založnog prava, jer je fiducijarno osiguranje ekskluzivnije, i to je upravo jedan od ključnih problema toga oblika osiguranja. Nakon što je došlo do prijenosa prava, ovrhovoditelji više ne mogu plijeniti to pravo, jer fiducijarnom vjerovniku pripada izlučno pravo (za razliku od založnog vjerovnika, koji ga nema).¹³⁶ Činjenica da je fiducijarni prijenos registriran samo donekle olakšava njihov položaj.

I inače kod ranijeg registriranog fiducijarnog vlasništva registracija djeluje prema kasnijem založnom vjerovniku u svakom slučaju i sprječava stjecanje. Iako tu nema nelogičnosti *per se*, funkcionalno gledano postoji razlikovanje prema založnom pravu, koje tolerira višestruko zalaganje.

Poseban vid problema prioriteta javlja se u slučajevima u kojima fiducijarno osiguranje slijedi nakon već osnovanog založnog prava. Kao prvo, zbog koncepcije založnog prava po ZV-u, sporno je, je li moguće naknadno osnivanje fiducije. Kao drugo, ako je to moguće, situacija je problematična zbog promjene založnog dužnika. Ako pretpostavimo da nakon registriranog založnog prava uslijedi fiducijarni prijenos, bilo neregistrirani ili registrirani,¹³⁷ založni vjerovnik je doveden u položaj da svoje založno pravo mora ostvarivati prema fiducijarnom vjerovniku.

OZ (1996) predviđa kao opće pravilo učinkovitost ovršne isprave prema kasnijem preuzimatelju duga, pri čemu se na odgovarajući način primjenjuje pravilo o cesiji tražbine.¹³⁸ To bi se pravilo moglo analogno primijeniti i na prijenos objekta osiguranja, jer u tom slučaju dolazi do razdvajanja stvarnopravne i osobne odgovornosti. Ovrhovoditelj mora u tom slučaju dokazati prijenos javnom ili ovjerenom privatnom ispravom, kojom ne raspolaže, ali je za očekivati da će ju podnijeti u postupku ili dužnik ili stjecatelj. Kod ovrhe na nekretnini vrijedi pravilo o tomu da se ovrha u slučaju prijenosa vlasništva nekretnine s ranijeg dužnika protiv kojega glasi ovršna isprava na novog vlasnika, može neposredno tražiti protiv novog vlasnika, uz predočenje izvotka iz zemljišne knjige kojim se dokazuje prijenos.¹³⁹ S obzirom na to da Upisnik uvijek publicira prijenos na registriranog fiducijarnog vlasnika, tu nema razloga da se na odgovarajući način ne primijeni ova odredba. Kod neregistriranog fiducijarnog vlasništva vrijedi isto, ali je dokazivanje nešto teže.

U slučajevima u kojima fiducijarni prijenos slijedi nakon fiducijarnog prijenosa, ako je prvi prijenos registriran, kasniji prijenos je bez učinka, jer je cesionar dužan provjeriti registarsko stanje. Ako je prvi prijenos neregistriran, vrijede opća pravila o višestrukoj cesiji. Međutim, budući da upisničko tijelo ne zna za postojanje ranije fiducije, upis će uvijek biti dopušten. Ako bi se uzelo da djeluje kao notifikacija, jasno je da postoji široki prostor za zlouporabu.

Kod financijskog osiguranja ukoliko ugovorom nije drugačije ugovoreno, primatelj instrumenta osiguranja ovlašten je neograničeno koristiti se i raspolagati

¹³⁶ Čl. 55. OZ (1996), čl. 73. OZ (2010).

¹³⁷ U smislu ZU-a radi se o novoj radnji osiguranja. Nova radnja osiguranja, ovrhe ili novo pravo, upisuju se u istom ulošku tako da se uz taj upis u napomeni upisuje bilješka o prethodnom upisu (čl. 19. st. 1. Pravilnika).

¹³⁸ Čl. 29. st. 2. OZ (1996), čl. 28. st. 2. OZ (2010).

¹³⁹ Čl. 77.a OZ (1996), čl. 131. OZ (2010).

novčanim sredstvima i financijskim instrumentima koji su instrument osiguranja, uključivši pravo na njihovo otuđenje.¹⁴⁰ Ovdje, dakle, nema zapreka niti približno onima koje postoje prema ovršnopравnim pravilima. To je vjerovnikovo neograničeno pravo raspolaganja očito u raskoraku s temeljnim pravilima i idejom osiguranja, jer predstavlja povredu dužnosti čuvanja, zabrane aproprijacije i prava na povrat. Pravo korištenja opravdavano je argumentom da je ono komercijalni imperativ, te da mogućnost slobodnog raspolaganja kolateralom, financijska institucija koja ga drži može ga iskoristiti na najučinkovitiji način, jer smanjujući vlastite troškove smanjuje i troškove financijske usluge pružene davatelju kolaterala.¹⁴¹ Taj je argument privlačan, međutim, u velikoj mjeri zanemaruje kreditni rizik primatelja kolaterala i zbog toga ga treba uzeti s rezervom.

V. NAMIRENJE IZ FIDUCIJARNO PRENESENOG PRAVA

A. Namirenje tražbina osiguranih sudskim i javnobilježničkim fiducijarnim osiguranjem na pravu

1. Općenito o namirenju iz fiducijarno prenesenog prava

Pravila o namirenju iz fiducijarno prenesenog predmeta osiguranja samo su u jednom dijelu jednaka za sve predmete osiguranja. Ovdje je riječ samo o namirenju tražbine iz prava koje je preneseno radi osiguranja, dok će se ostali predmeti osiguranja ostaviti po strani. Kod namirenja iz fiducijarno prenesenog prava riječ je o izvansudskom namirenju.¹⁴²

Predlagatelj osiguranja ovlašten je pristupiti unovčenju predmeta osiguranja, dakle namirenju osigurane tražbine iz vrijednosti prenesenog prava tek nakon dospijeca te tražbine.¹⁴³ Ipak, ako pravo preneseno radi osiguranja protivnik osiguranja otuđi prije dospijeca te tražbine i takvo će otuđenje biti valjano.^{144,145} Zbog otuđenja prava prije dospijeca osigurane tražbine mogu nastupiti neke druge

140 Čl. 6. st. 1. ZFO.

141 V. npr. ISDA, *Collateral Arrangements in the European Financial Markets, The Need for National Law Reform*, 2000.

142 Isto Mihelčić, G., *Izvansudsko namirenje stvarnopravno osiguranih tražbina* (dokt. dis.) (Pravni fakultet u Zagrebu, 2011.), str. 399. Ova autorica drži da prijenos vlasništva radi osiguranja na subjektivnim imovinskim pravima kao predmetu osiguranja i namirenje vjerovnika, što se tiče pravila stvarnog prava, dijeli sudbinu uređenja prijenosa vlasništva radi osiguranja na drugim predmetima osiguranja: pokretnim i nepokretnim stvarima. Nadalje ističe da je osnovno (i jedino) pravilo i kod namirenja vjerovnika iz vrijednosti subjektivnog imovinskog prava kao predmeta osiguranja ono iz čl. 34 st. 5. ZV-a prema kojem se vjerovnik namiruje izvansudskim putem u skladu s pravilima o namirenju založnopravnih tražbina.

143 Čl. 274.f/1. OZ (1996); čl. 285. st. 1. OZ (2010). V. Gavella, N., *et al.*, *Stvarno pravo*: 2. dio (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 543.

144 Čl. 274.f/2. OZ (1996); čl. 285 st. 2. OZ (2010).

145 Ovo pravilo vrijedi za sve vrste predmeta osiguranja. Više vidjeti Dika, M., *Gradansko ovršno pravo*: Opće građansko ovršno pravo, (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 807.

posljedice nepovoljne za predlagatelja osiguranja i eventualno stjecatelja prava koje je predmet osiguranja,¹⁴⁶ no samo stjecanje je valjano (naravno, ako nema nekih drugih razloga koji uzrokuju nevaljanost takvog stjecanja). Istodobno, predlagatelj osiguranja može pravo koje je predmet osiguranja unovčiti samo preko javnog bilježnika.¹⁴⁷ Može se postaviti pitanje je li navedeno pravilo propisano kao pretpostavka valjanosti otuđenja u svakom slučaju, dakle i prije dospijeća, ali se iz citiranih odredaba ne može sa sigurnošću zaključiti koji bi bio odgovor.

U samom postupku namirenja unovčenjem prava primjenjuju se pravila o ovrsci, ovisno o tomu koja je narav prava koje je predmet osiguranja.¹⁴⁸ Imovinska prava koja nisu tražbine u pravilu se unovčuju primjenom pravila o prodaji pokretnina.¹⁴⁹

Već je prije isticano da u slučaju kada fiducijant fiducijaru pravo prenese radi osiguranja, on u slučaju ispunjenja ili drugog načina prestanka osigurane tražbine ima tek obveznopravni zahtjev na povrat toga prava.¹⁵⁰ Sam protivnik osiguranja fiducijarnim prijenosom gubi preneseno pravo, iako je u nedostatku suprotnog sporazuma ovlašten izvršavati njegov sadržaj.¹⁵¹ Izvršavanjem sadržaja toga prava u skladu sa zakonom, protivnik osiguranja može iz njega crpiti plodove i druge koristi. S druge strane, ako je sporazumom o fiducijarnom osiguranju određeno da je predlagatelj osiguranja ovlašten izvršavati sadržaj prenesenog mu prava, istim je sporazumom potrebno odrediti i način na koji će se obračunavati plodovi i druge koristi koje će on imati od takvog izvršavanja. Ako drukčije nije ugovoreno, vrijednost koristi ostvarenih od izvršavanja sadržaja prenesenog prava prebija se najprije s troškovima na čiju naknadu predlagatelj osiguranja ima pravo, zatim s kamatama i naposljetku s glavnicom.¹⁵² U potonjem slučaju riječ je o prijeboju *ex lege*.¹⁵³ Može se postaviti pitanje, u kojem trenutku dolazi do prijeboja. Primjenom pravila iz čl. 196. st. 2. ZOO-a ispalo bi da prijeboj s koristima ostvarenim izvršavanjem sadržaja fiducijarno prenesenog prava može nastati tek kada dospije

146 Ako predmet osiguranja unovči prije dospijeća osigurane tražbine, predlagatelj osiguranja odgovarat će protivniku osiguranja za štetu koju je time prouzročio, iako takvo raspolaganje neće biti nevaljano samo zbog činjenice da se dogodilo prije dospijeća osigurane tražbine (čl. 274.f st. 2. OZ (1996); čl. 285. st. 2. OZ (2010)). Također, okolnost da je takvo raspolaganje pravno valjano ne isključuje kaznenu odgovornost osoba koje su sudjelovale u takvom otuđenju. (čl. 274.f st. 5. OZ (1996); čl. 285. st. 5. OZ (2010)).

147 Čl. 274.f st. 3. OZ (1996); čl. 285. st. 3. OZ (2010).

148 Čl. 274.g st. 1. OZ (1996); čl. 286. st. 1. OZ (2010).

149 Čl. 200. OZ (1996), čl. 299. OZ (2010). Detaljnije v. Mihelčić, G., Izvansudsko namirenje stvarnopravno osiguranih tražbina (dok. dis.), (Pravni fakultet u Zagrebu, 2011.), 400, 401.

150 Isto Dika, M., Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 812; suglasno Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio, (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 544.

151 Čl. 274.e st. 1. OZ (1996); čl. 284. st. 1. OZ (2010).

152 Čl. 274.e st. 3. OZ (1996); čl. 284. st. 3. OZ (2010).

153 Ova pravila slična su stvarnopravnim pravilima o namirivanju prijebojem iz čl. 337. st. 6. ZV. Vidi i Mihelčić, G., Izvansudsko namirenje stvarnopravno osiguranih tražbina (dok. dis.) (Pravni fakultet u Zagrebu, 2011.) 399.

osigurana tražbina.¹⁵⁴ S druge strane, u čl. 284. st. 3. OZ (2010)¹⁵⁵ propisano je da će stranke sporazuma o fiducijarnom prijenosu prava utvrditi kako će se koristiti od fiducijarno prenesenog prava koje ostvari predlagatelj osiguranja prebijati s troškovima, kamatama te na kraju s glavnicom.¹⁵⁶ Iz tog pravila proizlazi da bi se one mogle sporazumjeti da do prijeboja dođe i prije dospjeća osigurane tražbine.

Osim unovčenja radi namirenja iz vrijednosti prava koje je predmet osiguranja¹⁵⁷ te namirenja prijebojem,¹⁵⁸ namirenje osigurane tražbine može se provesti i tako da predlagatelj osiguranja postane punopravni nositelj prava, uslijed čega će se smatrati da je osigurana tražbina, uključujući i sve sporedne tražbine (kamate, troškovi i porez)¹⁵⁹ ispunjena u cijelosti. To se može dogoditi na sljedeći način. Predlagatelj osiguranja ne mora u postupku namirenja pristupiti unovčenju prenesenog mu prava, već nakon dospjeća osigurane tražbine može zatražiti od protivnika osiguranja da se izjasni zahtijeva li da se predmet osiguranja unovči. Ako ovaj to ne zahtijeva ili se ne očituje u roku od 30 dana, predlagatelj osiguranja postat će punopravni nositelj prava.¹⁶⁰ Ako, pak, protivnik osiguranja zahtijeva unovčenje, javni bilježnik pristupit će prodaji prava radi namirenja osigurane tražbine. Tu bi, u pogledu samog postupka prodaje također trebalo primijeniti pravila o ovrsi, te u tom smislu, ako je riječ o imovinskom pravu koje nije tražbina, primijeniti na odgovarajući način pravila o prodaji pokretnina u ovrsi, ali samo u onoj mjeri u kojoj je to moguće, budući da su pravila iz čl. 291. OZ (2010)¹⁶¹ *lex specialis*.

Međutim, ako javni bilježnik kojemu je povjerena prodaja prava radi namirenja osigurane tražbine, ne uspije unovčiti to pravo u roku od tri mjeseca, i u ovom slučaju smatrat će se da je predlagatelj osiguranja postao punopravni nositelj prava.¹⁶²

154 Ovdje nije potrebna izjava o prijeboju iz čl. 196. ZOO-a jer do prijeboja dolazi po samom zakonu.

155 Čl. 274.e st. 3. OZ (1996); čl. 284. st. 3. OZ (2010).

156 S druge strane, prema čl. 337. st. 6. ZV-a, prijeboj plodova založene stvari koja je u posjedu založnog vjerovnika prebija se *ex lege* s tražbinom, makar ona i nije dospjela. Dakle, do prijeboja dolazi prije dospjeća založnim pravom osigurane tražbine, zbog čega se njena vrijednost umanjuje i prije no što je dospjela.

157 Čl. 274.f st. 1. OZ (1996); čl. 285. st. 1. OZ (2010).

158 Čl. 274.e st. 3. OZ (1996); čl. 284. st. 3. OZ (2010).

159 Na sam fiducijarni prijenos stvari, odnosno prava kao i na povrat stvari fiducijantu (protivniku osiguranja) u slučaju ispunjenja osigurane tražbine ili njenog prestanka na drugi način, ne plaća se porez na promet, porez na dodanu vrijednost ni ikakav drugi porez koji se plaća prigodom prijenosa vlasništva, odnosno prijenosa prava. Međutim, ako predlagatelj osiguranja unovči stvar, odnosno pravo radi namirenja dospjele osigurane tražbine ili ako postane punopravni vlasnik stvari, odnosno nositelj prava, plaća se zakonom propisani porez (čl. 274.f st. 4. OZ (1996); čl. 285. st. 4. OZ (2010)).

160 Čl. 277. st. 7. OZ (1996); čl. 291. st. 7. OZ (2010). O tome da je postao punopravni nositelj prava potvrdu će mu izdati javni bilježnik preko kojeg se u skladu s čl. 277. st. 1. i 2. OZ (1996) (čl. 291. st. 1. i 2. OZ (2010)) odvija korespondencija između predlagatelja i protivnika osiguranja (čl. 277. st. 8 t. 1. OZ (1996); čl. 291. st. 8. t. 1. OZ (2010)).

161 Čl. 277. OZ (1996); čl. 291. OZ (2010).

162 Čl. 277. st. 7. OZ (1996); čl. 291. st. 7. OZ (2010). U ovome slučaju javni bilježnik koji je

Izvorne odredbe o fiducijarnom vlasništvu su, kao i današnje, omogućavale vjerovniku izbor između različitih postupaka u slučaju dužnikovog zakašnjenja. Analiza pokazuje da je vjerovnikovo postupanje uvjetovano odnosom vrijednosti dospjele tražbine i predmeta osiguranja, te uvjetima na tržištu. U redovitoj situaciji kakvu predviđa OZ vjerovnik ne smije, pa zato niti ne pristupa prodaji dok se o tome nije obavijestio i izjasnio dužnik,¹⁶³ ali je i izvorno, a pogotovo današnje uređenje dopustilo vjerovniku da pristupi unovčenju, doduše, ne potpuno slobodno, već isključivo putem javnog bilježnika.¹⁶⁴ Vjerovnikovo pravo na otuđenje proizlazilo je izvorno posredno iz odredbe čl. 275. st. 1. OZ (1996) sukladno kojoj vjerovnik nije mogao ni otuđiti niti opteretiti predmet osiguranja ako drukčije nije bilo određeno sporazumom, što je tumačeno kao put ugovaranju namirenja prodajom bez sudjelovanja javnog bilježnika i bez obavještanja dužnika.¹⁶⁵ Danas je situacija jasnija, jer vjerovnik ne može otuđiti stvar drukčije nego preko javnog bilježnika, čak i onda kada se radi o nematerijaliziranim vrijednosnim papirima (pri čemu javni bilježnik povjerava prodaju ovlaštenom brokeru).¹⁶⁶

Vezano uz pitanje što znači "punopravni" nositelj prava, u odnosu na namirenje, to znači da predlagatelj osiguranja sada stečeno pravo može slobodno otuđiti te njime na drugi način raspolagati, bez ikakve odgovornosti naspram protivnika osiguranja. Budući da je odnos fiducije namirenjem prestao, sva eventualna ovlaštenja protivnika osiguranja u odnosu na izvršavanje sadržaja prava koja su postojala temeljem zakona ili sporazuma o fiduciji, kao i ovlaštenja na ubiranje koristi od prava prestaju u trenutku namirenja "pretvaranjem" fiducijarnog nositelja prava u punopravnog nositelja prava. Kako je već fiducijarnim prijenosom stekao pravo translativnom sukcesijom od protivnika osiguranja, namirenjem u kojem je postao punopravni vlasnik predlagatelj osiguranja ne stječe ništa više od sadržaja prava kojeg je već imao, no otpadaju eventualna ograničenja koja su u korist protivnika osiguranja propisana zakonom ili uređena sporazumom o fiduciji, npr. u pogledu izvršavanja sadržaja toga prava ili u pogledu plodova i drugih koristi koje proizlaze iz toga prava. Istodobno, potrebno je u Upisniku, u kojem je do tada predlagatelj osiguranja bio upisan kao fiducijarni nositelj prava uz zabilježbu da je pravo stečeno radi osiguranja,¹⁶⁷ brisati takav upis prema čl. 36. ZU-a.

Nastavno na slučaj u kojem se protivnik osiguranja na poziv predlagatelja upućenim mu po dospijeću osigurane tražbine i zakašnjenju u njenom ispunjenju izjasni da želi da se pravo koje je fiducijarno prenio na predlagatelja osiguranja

obavljao prodaju izdat će predlagatelju osiguranja potvrdu o tome da je postao punopravni nositelj prava (čl. 277. st. 8. t. 2. OZ (1996), čl. 291. st. 8. t. 2. OZ (2010)).

163 Čl. 277. OZ (1996), čl. 291. OZ (2010).

164 Čl. 274.f OZ (1996), čl. 285. OZ (2010).

165 Dika, M., Dvije godine primjene Ovršnog zakona s naglaskom na dobrovoljno sudsko i javnobilježničko založno pravo i fiducijarno osiguranje tražbina vjerovnika u: Ovrha u gospodarskoj i suskoj praksi: najaktualnija pitanja, (Barbarić, K. (ur.), Inženjerski biro, Zagreb, 1998.), 55.

166 Čl. 274.f st. 3. OZ (1996), čl. 285. st. 3. OZ (2010).

167 Čl. 43. st. 2. ZU.

unovči, valja istaknuti da mora ostvariti i sljedeće pretpostavke. Protivnik osiguranja je dužan u svojem zahtjevu odrediti najnižu cijenu po kojoj se pravo može prodati te imenovati javnog bilježnika koji je voljan obaviti prodaju i priložiti njegovu izjavu da će to učiniti i od iznosa dobivenog prodajom prethodno namiriti osiguranu tražbinu s kamatama i troškovima te platiti porez na promet.¹⁶⁸ Ako sve navedeno propusti učiniti u roku od 30 dana od dana primitka poziva predlagatelja osiguranja, smatra se da je predlagatelj osiguranja postao punopravni nositelj prava.¹⁶⁹ Najniža cijena ne može biti niža od osigurane tražbine te predvidivih troškova, kamata i poreza.¹⁷⁰ Ako bi se dopustilo da dužnik odredi i nižu prodajnu cijenu, onda se ne bi moglo braniti pravilo o komisornom namirenju vjerovnika, odnosno fikcija o namirenju za iznos tražbine, troškova i poreza koja nastupa u slučaju neuspješne prodaje.¹⁷¹ Literatura je ukazala da odredba štiti vjerovnika od dužnikovog osujećivanja stjecanja punopravnog vlasništva,¹⁷² ali dužnik takav interes ima samo onda kada je vrijednost prava veća od vrijednosti tražbine. Dužnik tada neće umjetno snižavati cijenu, i uzrokovati prodaju ispod stvarne vrijednosti jer time sam sebi nanosi štetu. S druge strane, odredba stavlja dužnost procjene ukupne tražbine na dužnika, usprkos tomu što je on u daleko lošijem položaju od vjerovnika da takvu procjenu izvrši, čak i onda kada se ne radi o dužniku-potrošaču.

Zakon ne daje jasan odgovor na pitanje znači li odredba o najnižoj cijeni zapravo da se pravo može putem javnog bilježnika prodati po cijeni koja je barem jednaka vrijednosti osigurane tražbine, plus predvidivi troškovi, kamate i porez, ili se primjenjuju pravila o prodaji pokretnina u ovrsi pa se na drugoj dražbi pravo može prodati i po cijeni koja je jedna trećina cijene koju je odredio protivnik osiguranja. Prva varijanta izglednija je u kontekstu daljnjih posljedica, budući da se predlagatelj mora zadovoljiti prenesenim mu pravom jer će se smatrati da je stjecanjem statusa punopravnog nositelja toga prava u postupku namirenja zbog neuspjele prodaje putem javnog bilježnika, on u cijelosti namiren. Za ovaj slučaj bitno je napomenuti i to da je predlagatelj taj koji mora predumjeti troškove namirenja prodajom fiducijarno prenesenog prava, u protivnom se prodaja neće provesti. Dužan je također poduzeti i druge radnje koje su usmjerene na upoznavanje potencijalnih kupaca sa sadržajem prenesenog prava. Ako to ne učini, ne može se pristupiti prodaji.

Zahtijevati unovčenje fiducijarno prenesenog prava po dospijeću osigurane tražbine i zakašnjenju u njenom ispunjenju može i sam protivnik osiguranja. U tom slučaju primjenjuju se pravila o unovčenju predlagatelja osiguranja, s tim da je troškove prodaje prava radi namirenja dužan predumjeti protivnik osiguranja.¹⁷³

Ako je pravo prodano u postupku namirenja, na temelju provedene dražbe, javni bilježnik će sklopiti u obliku javnobilježničkog akta u ime predlagatelja

168 Čl. 277. st. 2. OZ (1996); čl. 291. st. 2. OZ (2010).

169 Čl. 277. st. 7. OZ (1996); čl. 291. st. 7. OZ (2010).

170 Čl. 277. st. 3. OZ (1996); čl. 291. st. 3. OZ (2010).

171 Čl. 277. st. 7. i 9. OZ (1996); čl. 291. st. 7. i 9. OZ (2010).

172 Dika, M., *Građansko ovršno pravo: Opće građansko ovršno pravo*, (Narodne novine, Zagreb, 2007.), 812.

173 Čl. 277.c OZ (1996); čl. 294. OZ (2010).

osiguranja ugovor s kupcem o prodaji prava.¹⁷⁴ Prodajom prava predlagatelj osiguranja prestaje biti njegovim nositeljem te su time stečeni uvjeti za brisanje upisa fiducijarnog prijenosa prava i zabilježbe da je prijenos izvršen radi osiguranja, sukladno čl. 36. ZU-a.

Različite mogućnosti namirenja - unovčenjem fiducijarno prenesenog prava, prijebom *ex lege* s koristima koje proizlaze iz fiducijarno prenesenog prava te stjecanjem statusa punopravnog nositelja prava, daju strankama fiducijarnog odnosa mogućnost kalkulacije u svakom konkretnom slučaju, o tome koji je način najpovoljniji u smislu da se osigurana tražbina namiri u cijelosti.

2. Namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine

Kada je predmet osiguranja novčana tražbina, postupak namirenja razlikuje se od onoga koji je prethodno opisan. Rečeno je da se kod namirenja iz fiducijarno prenesenog prava primjenjuju pravila o ovrsi,¹⁷⁵ stoga će se ovdje posebno istražiti kako se predmetna odredba odnosi na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine.

U postupku ovrhe namirenje nije moguće provesti unovčenjem tražbine za određenu cijenu, tj. njezinom prodajom uslijed koje bi se tražbina cedirala kupcu uz plaćanje cijene. Tražbina se u postupku ovrhe ne može prodati,¹⁷⁶ već se ovrha na tražbini provodi prijenosom radi naplate ili prema OZ (1996), prijenosom umjesto isplate, s tim da se uređenju prijenosa umjesto isplate upućuju ozbiljni i vrlo argumentirani prigovori koji dovode do zaključka da je riječ o zapravo neprimjenjivim odredbama.¹⁷⁷ Sada se postavlja pitanje mogu li se i ako da, u kojoj mjeri, odredbe o ovrsi na novčanoj tražbini primijeniti i na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine.

Zbog toga jer OZ predviđa dužnosti vjerovnika oko tražbine koja mu je prenesena radi osiguranja, te zbog toga jer se naplaćeni iznosi prebijaju s troškovima na čiju naknadu predlagatelj osiguranja ima pravo, s kamatama i na kraju s glavnicom, jasno je da se radi o namirenju prijebom. Iz dikcije ove odredbe¹⁷⁸ proizlazi da do prijebaja dolazi *ex lege*, i to prije dospijeca osigurane tražbine. No, valja imati na umu da je riječ o dispozitivnoj odredbi i da stranke mogu odrediti drukčije.

174 Čl. 274.g st. 3. OZ (1996); čl. 286. st. 3. OZ (2010).

175 Čl. 274.g st. 1. OZ (1996); čl. 286. st. 1. OZ (2010).

176 Situacija u kojoj se tražbina u postupku ovrhe ne može prodati da bi se ovrhovoditelj namirio iz cijene koja je za nju dobivena kritizira se u pravnoj književnosti. Upozorava se da se prema postojećem uređenju vjerovnik može namiriti tek iz "onoga što je dobiveno *na ime ispunjenja tražbine*, čime se propušta omogućiti da se namiri iz onog što se može dobiti *za tražbinu*." Predlaže se *de lege ferenda*, pored namirenja primanjem onog što je na ime tražbine naplaćeno, propisati i druge načine namirenja iz vrijednosti tražbine, prvenstveno prodajom i namirenjem iz cijene koja je dobivena prodajom. Time bi se unaprijedilo postojeće stanje prema kojem se rizik neispunjenja tražbine na kojoj je vjerovnik u postupku ovrhe stekao založno pravo prevaljuje na vjerovnika - ovrhovoditelja. Vidi Markovinović, H., Ovrha na novčanoj tražbini, 56 Zbornik PFZ, 685 (2006.), 697.

177 Detaljno vidi *ibid.*, 709-714.

178 Čl. 274.j st. 1. t. 2. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 2. OZ (2010).

Predlagatelj osiguranja dužan je naplatiti prenesenu mu tražbinu, odnosno primiti njezino ispunjenje nakon što ona dospije. Ako je riječ o novčanoj tražbini, predlagatelj osiguranja dužan je na prijedlog protivnika osiguranja predati naplaćeni iznos na čuvanje sudu ili javnom bilježniku, osim ako je osigurana tražbina već dospjela. U tom slučaju može si zadržati dugovani iznos, a ostalo predati protivniku osiguranja.¹⁷⁹ Dakle, predlagatelj osiguranja mora novac kojeg je primio na ime fiducijarno prenesene tražbine predati na čuvanje sudu ili javnom bilježniku samo ako osigurana tražbina još nije dospjela i samo ako je to zatražio protivnik osiguranja.

Činjenica da je protivnik osiguranja nakon fiducijarnog prijenosa tražbine koja se prenosi radi osiguranja prestao biti vjerovnikom te tražbine, dok je istodobno vjerovnikom te tražbine postao predlagatelj osiguranja u izravnoj je koliziji s uređenjem ovrhe na tražbini, prema kojem sud u rješenju o ovrsi kojim određuje prijenos tražbine koja je predmet ovrhe, poziva dužnika te tražbine da dužni iznos položi kod suda,¹⁸⁰ odnosno javnog bilježnika,¹⁸¹ a ne da ju ispuni ovrhovoditelju. To je logično jer se ovrha inače provodi na tuđoj, tj. neprenesenoj tražbini. Sam prijenos tražbine proveden je dostavom rješenja dužniku tražbine koja je predmet ovrhe, nakon kojeg je ispunjenje tražbine ovlašten zahtijevati i ovrhovoditelj, ali ne sebi već u sudski polog, jer se ovrhovoditelj namiruje iz sredstava položenih kod suda, odnosno javnog bilježnika.¹⁸² Zbog toga je prijenos sporan.¹⁸³

Nema, međutim, dvojbe da je fiducijarno prenesena tražbina izišla iz imovine protivnika osiguranja i ušla u imovinu protivnika osiguranja. Predlagatelj osiguranja ovlašten je zahtijevati njezino ispunjenje i prije dospeljeća osigurane tražbine, a u sudski polog je tada dužan staviti naplaćeni iznos samo na izričit zahtjev protivnika osiguranja. Istodobno, ako je osigurana tražbina dospjela, predlagatelj osiguranja ovlašten je naplatiti ju, zadržati dugovani iznos novca, a ostatak predati protivniku osiguranja. Stoga je upitno mogu li se odredbe o namirenju u ovrsi na novčanoj tražbini prijenosom radi naplate primijeniti i na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine,¹⁸⁴ tim više što su u čl. 274.j st. 1. t. 3 OZ (1996) uređene ovlasti

179 Čl. 274.j st. 1. t. 3. OZ (1996); čl. 289. st. 1. t. 3. OZ (2010).

180 Čl.160. st. 3. OZ (1996), novo uređenje vidi čl. 106. st. 2. OZ (2010).

181 Čl. 164. st. 1. OZ (1996), novo uređenje vidi čl. 106. st. 2. OZ (2010).

182 Čl. 170/1 OZ (1996), novo uređenje vidi čl. 111. st. 1. OZ (2010).

183 To stoga što proizlazi da ovrhovoditelj zapravo nije postao vjerovnik tražbine koja je predmet ovrhe jer ne može primiti njeno ispunjenje. Takvo uređenje ostavlja ozbiljno mjesto zaključku da tražbina u ovrsi nije prešla u imovinu ovrhovoditelja, iako ima mjesta i drukčijim zaključcima. U literaturi se upućuje na to da ovrhovoditelj nije postao vjerovnik tražbine, da on čak nije prijenosom tražbine radi naplate stekao niti materijalnopravnu ovlast zahtijevati ispunjenje te tražbine, već da je stekao tek procesnu ovlast zahtijevati ispunjenje tražbine koja je predmet ovrhe i to tako da ju njezin dužnik ispuni polaganjem dužnog iznosa kod suda, odnosno javnog bilježnika. Tako Markovinović, H., *Ovrha na novčanoj tražbini*, 56, *Zbornik PFZ* 685, (2006.), 708, 709.

184 U literaturi se navodi i da se na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine primjenjuju odredbe o ovrsi na tražbini prijenosom radi naplate. V. Mihelčić, G., *Izvangsudsko namirenje stvarnopravno osiguranih tražbina (dokt. dis.)*, (Pravni fakultet u Zagrebu, 2011.), 400;

predlagatelja osiguranja u odnosu na fiducijarno prenesenu tražbinu koje treba smatrati posebnim odredbama (*lex specialis*) u odnosu na opće odredbe o namirenju na novčanoj tražbini u ovrsi.

Vezano uz pitanje mogu li se odredbe o ovrsi na tražbini prijenosom umjesto isplate primijeniti na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine, to je teško zamislivo. Naime, kod prijenosa umjesto isplate tražbina u postupku ovrhe prelazi s ovršenika na ovrhovoditelja, čime se on smatra namirenim ako u ovršnom postupku nije bilo više ovrhovoditelja.¹⁸⁵ S druge strane, fiducijarno prenesena tražbina već je u fazi osiguranja u imovini predlagatelja osiguranja, tako da u fazi namirenja ne može doći do ponovnog prijenosa radi namirenja. Istodobno, u čl. 274.j st. 1 t. 3 OZ (1996) jasno stoji da predlagatelj osiguranja ima ovlast naplatiti prenesenu tražbinu te se samim fiducijarnim prijenosom ne smatra da je on namiren. Fiducijarno se tražbina prenosi radi osiguranja. Namirenje naplatom te tražbine tek je posljedica činjenice da osigurana tražbina nije ispunjena o dospelosti.

I naposljetku, a vezano uz primjenu odredaba o ovrsi u odnosu na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine, valja zaključiti sljedeće. Za razliku od klasičnih pravila o namirenju koja uključuju pljenidbu, prijenos radi naplate i prijenos umjesto isplate, fiducijarnim prijenosom tražbine, ona prelazi s protivnika na predlagatelja osiguranja odmah, već u fazi osiguranja. Bez prijenosa tražbine nema ni odnosa fiducije, nema ni stvarnopravnog osiguranja. Stoga se u fazi namirenja ta tražbina ne može ponovo prenijeti. Jednostavno, vjerovnik-fiducijar, tj. predlagatelj osiguranja naplaćuje se iz fiducijarno prenesene tražbine ako mu osigurana tražbina ne bude o dospijeću ispunjena i to primanjem isplate od dužnika fiducijarno prenesene tražbine, sukladno čl. 274.j OZ (1996).

U OZ (2010) odredbe o ovrsi na novčanoj tražbini uređene su drukčije od opisanog uređenja prema OZ (1996). Novo uređenje trebalo bi stupiti na snagu 1. srpnja 2012., no pitanje je hoće li se to uistinu i dogoditi. Prema novom uređenju ovrha na tražbini provodi se pljenidbom, prijenosom i namirenjem. Prijenosom tražbine ovrhovoditelj stječe ovlast tražiti od ovršenikova dužnika isplatu iznosa naznačenoga u ovršnom nalogu, ako je taj iznos dospio, te obavljati sve radnje koje su potrebne radi očuvanja i ostvarenja prenesene mu tražbine, kao i koristiti se pravima u vezi sa zalogom koji je dan za osiguranje te tražbine.¹⁸⁶ Sam prijenos tražbine provodi se dostavom ovršnog naloga ili rješenja o ovrsi Agenciji, odnosno ovršenikovu dužniku. U tome nalogu poziva se ovršenikov dužnik da dužni iznos položi kod javnog ovršitelja uplatom na određeni račun i da ga o tome obavijesti.¹⁸⁷ Izgleda da prema novom uređenju tražbina koja je predmet ovrhe ne prelazi u imovinu ovrhovoditelja već on stječe samo privremenu ovlast zahtijevati njeno

Stuhne, Z., Neki aspekti sudskog i javnobilježničkog osiguranja tražbine prijenosom prava, u: Zaštita vjerovnika: financijski, pravni i porezni aspekti, (Josipović, T. (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2007.), 173.

185 Čl. 171. st. 4. OZ (1996).

186 Čl. 104. OZ (2010).

187 Čl. 106. OZ (2010).

ispunjenje. On se može namiriti tek iz sredstava položenih kod javnog ovršitelja.¹⁸⁸ Razlika je u tomu da je dužnik tražbine koja je predmet ovrhe prema novom uređenju dužan ispuniti ju u polog javnom ovršitelju, sve ostalo u bitnome ostaje isto, osim što više nema prijenosa umjesto isplate, već je uređen samo prijenos radi naplate. Ovrhovoditelj na koga je tražbina prenesena namiruje se iz sredstava položenih kod javnog ovršitelja.¹⁸⁹

Ako se radi o tražbini na predaju stvari, posebno je u čl. 274.j st. 1. t. 3 OZ¹⁹⁰ (1996) propisano da ispunjenjem prenesene tražbine predlagatelj osiguranja postaje vlasnik stvari predajom koje je tražbina ispunjena. Čini se da bi to upućivalo da je stjecanjem vlasništva na stvari predajom koje je tražbina ispunjena, predlagatelj osiguranja zapravo namiren. Ostaje nejasno treba li predlagatelj osiguranja sada kao vlasnik stvari pristupiti prodaji te stvari radi namirenja, prema pravilima o ovrsi, nekom vrstom analogne primjene čl. 274.g st. 1 OZ (1996). *De lege ferenda* ovu bi dovođbu trebalo razjasniti izričitom zakonskom odredbom.

3. Namirenje iz fiducijarno prenesenih nematerijaliziranih vrijednosnih papira

U čl. 274.f st. 3 OZ (1996) propisano je da u slučaju da je riječ o nematerijaliziranim vrijednosnim papirima koji kotiraju na burzi ili drugom uređenom javnom tržištu, javni bilježnik može njihovo unovčenje povjeriti ovlaštenom društvu koje će prodaju izvršiti prema Zakonu o tržištu kapitala.¹⁹¹ To stoga što je pristup burzi ograničen,¹⁹² pa prodaju obavlja ovlašteno društvo u skladu s odredbama ZTK-a, u svoje ime, a za račun predlagatelja osiguranja, te nakon toga obavještava o prodaji javnog bilježnika.¹⁹³

B. Namirenje tražbina osiguranih fiducijarnom cesijom po obveznopравnim pravilima

Kada je riječ o tražbinama osiguranim prijenosom tražbina i drugih prava radi osiguranja prema pravilima obveznog prava, namirenje se provodi prema obveznopравnim pravilima iz čl. 89. ZOO-a koja su vrlo oskudna, te prema stvarnopравnim pravilima, kao što je to propisano u čl. 297. st. 2. ZV-a.¹⁹⁴

Namirenje prema obveznopравnim pravilima iz čl. 89. ZOO-a odnosi se samo na namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine. Fiducijar je dužan brinuti se s pažnjom dobroga gospodarstvenika, odnosno dobroga domaćina o naplati fidu-

¹⁸⁸ Čl. 111. st. 1. OZ (2010).

¹⁸⁹ Više vidi Mihelčić, G., *Novine o ovrsi na novčanoj tražbini*, 6 PuG, 2010, str. 1472.-1486., posebno, str. 1478.-1780.

¹⁹⁰ Čl. 289. st. 1. t. 3. OZ (2010).

¹⁹¹ Zakon o tržištu kapitala NN 88/08, 146/08 i 74/09, dalje ZTK.

¹⁹² Čl. 301. ZTK.

¹⁹³ Čl. 274.g st. 4. OZ (1996), čl. 286. st. 4. OZ (2010).

¹⁹⁴ Prema čl. 297. st. 2. ZV, što je određeno za založno pravo primjenjivat će se na odgovarajući način i na prijenos vlasništva radi osiguranja, ako zakonom nije određeno drukčije.

cijarno prenesene tražbine, te nakon naplate, nakon što zadrži za sebe koliko je potrebno za namirenje vlastite tražbine prema ustupitelju, ovome predati višak.

Prema stvarnopravnim pravilima u načelu namirenje iz fiducijarno prenesenih prava, što uključuje i tražbine, provodi se sudskim putem, po pravilima o ovrsi radi naplate novčane tražbine.¹⁹⁵ Koja pravila o ovrsi će se u konkretnom slučaju primijeniti ovisi o naravi prava koje je preneseno radi osiguranja, kao predmetu ovrhe. Izvansudsko namirenje iz vrijednosti fiducijarno prenesenog prava moguće je ako je riječ o pravu koje se ne smatra nekretninom te ako je fiducijant takvo namirenje dopustio u pisanom obliku, odnosno, u slučaju trgovačkog ugovora, ako fiducijant takvo namirenje nije izričito isključio u trenutku fiducijarnog prijenosa.¹⁹⁶

1. Namirenje sudskim putem

Kada je riječ o pravu koje je preneseno radi osiguranja u načelu se namirenje provodi sudskim putem. Pored pravila iz ZV-a primjenjuju se odredbe o ovrsi na pravima, ovisno o tomu koja je narav prava koje je predmet osiguranja.¹⁹⁷ Imovinska prava koja nisu tražbine u pravilu se unovčuju primjenom pravila o prodaji pokretnina,¹⁹⁸ ako je, pak, riječ o tražbinama, primjenjuju se druga ovršna pravila. Način namirenja ovisi o naravi prava koje je preneseno radi osiguranja, što će uvjetovati i primjenu ovršnih pravila.

U odnosu prema sudskom i javnobilježničkom fiducijarnom osiguranju, u slučaju fiducijarnog osiguranja osnovanog prema pravilima obveznog prava, glavna je značajka da u pravilu nema ovršne isprave. Stoga, da bi se uopće moglo pristupiti namirenju iz fiducijarno prenesenog prava valja najprije ishoditi ovršnu ispravu, tj. pokrenuti parnični postupak u kojem će se utvrditi da osigurana tražbina nije namirena te da je radi njenog namirenja potrebno pokrenuti ovršni postupak u kojem će se fiducijant namiriti iz fiducijarno prenesenog prava. Tek kada se ishoditi ovršna isprava, moguće je pristupiti provedbi ovršnog postupka, tj. namirenju. Način namirenja, kao što je rečeno, ovisi o naravi prava koje je preneseno radi osiguranja.¹⁹⁹ Međutim, ovdje će se u postupku ovrhe uzeti u obzir činjenica da je pravo već preneseno radi osiguranja, tako da nije potrebno provoditi ovršne radnje pljevidbe i prijenosa, već samo ovršne radnje namirenja. S druge strane, u nedostatku pravila u ZOO-u i ZV-u o tome kako se uopće provodi fiducijarni prijenos pojedine vrste prava radi osiguranja, može nastati niz nedoumica u konkretnim slučajevima oko toga koja pravila o ovrsi uopće treba primijeniti i je li ih moguće primijeniti s obzirom na to kako je fiducijarni prijenos izvršen.

U čl. 336. st. 7. ZV-a posebno je uređena i mogućnost uspostave prinudne

¹⁹⁵ Čl. 336. st. 2. ZV.

¹⁹⁶ Sukladno čl. 336. st. 2. i čl. 337. st. 1. i 2. ZV.

¹⁹⁷ Čl. 274.g st. 1. OZ (1996); čl. 286. st. 1. OZ (2010).

¹⁹⁸ Čl. 200. OZ (1996); čl. 299. OZ (2010).

¹⁹⁹ Mihelčić, G., Položaj založnih vjerovnika u ostvarivanju prava na namirenje iz vrijednosti imovinskih prava kao objekta založnih prava, Pravo u gospodarstvu, 3/2009, str. 813- 825.

uprave, ako je založeno pravo koje je sposobno davati plodove i druge koristi. U tom slučaju založni vjerovnik ovlašten je od suda zahtijevati da uspostavi privremenu upravu i postavi upravitelja koji će biti ovlašten ubirati plodove i druge koristi, unovčavati ih te dobivene iznose polagati u sud radi namirenja iz tog pologa. To bi se moglo primijeniti i na fiducijarno preneseno pravo. Fiducijar bi mogao zahtijevati od suda postavljanje privremene uprave radi namirenja iz koristi koje daje fiducijarno preneseno pravo, sukladno čl. 336. st. 7. ZV-a.

U sudskom namirenju fiducijar ne može postati punopravnim nositeljem fiducijarno prenesenog prava te tako namiriti osiguranu tražbinu koja nije ispunjena o dospijeću. Prema čl. 307. st. 4. ZV-a ništetne su odredbe založnog ugovora da će zalog prijeći u vjerovnikovo vlasništvo, ako dug ne bi bio plaćen na vrijeme. Ako se to temeljem čl. 297. st. 2. ZV-a na odgovarajući način primijeni na prijenos vlasništva radi osiguranja, dolazi se do zaključka da fiducijar ne može postati punopravni nositelj fiducijarno prenesenog prava da bi se na taj način namirio, čak niti ako je to ugovoreno u sporazumu o fiduciji. Takva odredba sporazuma o fiduciji bila bi ništetna. U tomu da postane punopravni nositelj prava u slučaju neispunjenja osigurane tražbine onemogućavaju ga i pravila o ovrsi (koje bi se trebale primijeniti u svemu što nije riješeno ZV-om), budući da ni u tim odredbama nema načina da se ovrhovoditelj iz prava koje je predmet ovrhe namiri tako da postane njegovim nositeljem.

2. Izvansudsko namirenje

S obzirom na komplikacije koje mogu nastati u sudskom namirenju iz fiducijarno prenesenog prava te na potencijalnu dugotrajnost takvog postupka i određene nedoumice oko primjene propisa, svakako bi bilo dobro da se stranke fiducijarnog prijenosa dogovore o primjeni pravila o izvansudskom namirenju, tj. da fiducijant već u sporazumu o fiduciji ili naknadno pristane da se preneseno pravo izvansudski unovči, a ako je riječ o trgovačkom poslu, da to izrijekom ne isključi.²⁰⁰ U tome slučaju moguće je namiriti osiguranu tražbinu prodajom fiducijarno prenesenog prava na javnoj dražbi. Ako pravo ima burzovnu ili tržišnu cijenu, prema čl. 337. st. 4. ZV-a dopuštena je prodaja iz slobodne ruke, ali s tim da se mora provesti putem osobe koja je ovlaštena za prodaju na burzi.

Pitanje je može li se na javnoj dražbi prodati, tj. unovčiti i sama tražbina. Ako bi riječ bila o sudskom namirenju, sama tražbina se ne bi mogla prodati jer to onemogućuju pravila o ovrsi, o čemu je već bilo riječi. Međutim, ZV nema pravila koja bi onemogućavala, odnosno zabranjivala prodaju tražbine izvansudski, na javnoj dražbi. Stoga se može tvrditi da se prema ZV-u namirenje može provesti i prodajom fiducijarno prenesene tražbine.²⁰¹ Ako fiducijarno prenesena tražbina ima

²⁰⁰ Čl. 337. st. 1. i 2. ZV.

²⁰¹ I Gavella izgleda smatra da je i tražbinu moguće prodati na javnoj dražbi, sukladno pravilima ZV-a. Gavella, N., *et al.*, Stvarno pravo: 2. dio, (2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.), 443.

burzovnu ili tržišnu cijenu, moguće bi ju bilo prodati i iz slobodne ruke putem osobe koja je ovlaštena na trgovanje takvim tražbinama.²⁰²

Inače, iz čl. 334. ZV-a proizlazi da je (kao i založni vjerovnik) fiducijar dužan učiniti što je potrebno da fiducijarno prenesenu tražbinu dužnik ispuni, te primiti njeno ispunjenje. Ako je riječ o nenovčanoj tražbini, pa ju dužnik ispuni tako da fiducijaru dade neku stvar koja je predmet te tražbine, fiducijar će postati fiducijarni vlasnik te stvari.²⁰³ U ovome slučaju dolazi do realne subrogacije i stvar sada stupa na mjesto fiducijarno prenesene tražbine. Fiducijar u tome slučaju namirenje može provesti prodajom te stvari prema pravilima ZV-a i pravilima o ovrsci na odnosnoj vrsti stvari. Prigodom primjene pravila o ovrsci valja voditi računa da je fiducijar kao ovrhovoditelj već fiducijarni vlasnik stvari i tome prilagoditi ovršne radnje.

Ako je, s druge strane, riječ o novčanoj tražbini, iz čl. 334. st. 4. ZV-a proizlazi da je fiducijar ovlašten primiti novac na ime ispunjenja fiducijarno prenesene tražbine te ga položiti u sudski polog. No, ako je osigurana tražbina dospjela, ovlašten je od primljenog novca zadržati koliko mu pripada i ostatak predati fiducijantu. To uređenje poklapa se s pravilom iz čl. 89. ZOO-a u kojem je vrlo općenito uređeno namirenje iz fiducijarno prenesene tražbine, pa nema kolizije između pravila ZOO-a i ZV-a. Ako je riječ o pravu koje daje plodove ili druge koristi ili je riječ o tražbini, namirenje se provodi i prijebijem *ex lege*, s koristima koje takvo pravo ili tražbina daju.²⁰⁴ Do prijebija dolazi i prije dospijeca osigurane tražbine.

Prema pravilima ZV-a izgleda da ni u slučaju izvansudskog namirenja nema mogućnosti da fiducijar zadrži preneseno mu pravo ako mu osigurana tražbina ne bude namirena o dospijecu. Naime, ZV ne sadrži pravila koja bi stvorila pravnu osnovu za takvo namirenje. Kao što je već rečeno za sudsko namirenje, i kod izvansudskog namirenja odgovarajućom primjenom čl. 297. st. 2. ZV-a, dolazi se do zaključka da komisorno namirenje nije dopušteno, a kad bi bilo ugovoreno u sporazumu o fiduciji, radilo bi se o ništetnom uglavku. Sigurno je i ovo jedan od odlučnih razloga zašto je u praksi fiducijarno osiguranje osnovano prema pravilima obveznog i stvarnog prava rijetkost.

C. Namirenje fiducijarnog financijskog osiguranja

Financijsko osiguranje donekle je specifično jer naglašava jednostavne oblike namirenja koji zahtijevaju najmanji trošak i najmanje aktivnosti. To su s jedne strane prijebij, odnosno *close-out netting*, i s druge aproprijacija, tj. komisorno namirenje.

Netting je ključan pojam na financijskom tržištu jer višestruko smanjuje kontinuiranu izloženost, i stoga predstavlja samostalnu metodu upravljanja rizicima. Nedostatak i otežavanje netiranja stoga je neprihvatljivo.²⁰⁵ S obzirom na to da je vjerovnik stekao kolateral u vlasništvo, ako nakon njegovog raspolaganja dođe do

202 Arg. ex čl. 337. st. 4. ZV.

203 Arg. ex čl. 334. st. 4. ZV

204 Čl. 337. st. 4. i 5. ZV.

205 V. Benjamin, J., *Financial law* (Oxford University Press, Oxford, 2007.), 264.

ispunjenja pretpostavki za ostvarenje instrumenta osiguranja, tj. do zakašnjenja, a istodobno postoji obveza primatelja instrumenta osiguranja na isporuku zamjenskog instrumenta osiguranja, moguć je prijevremeni prestanak obveza.²⁰⁶ Tu se radi o ugovornom akceleriranom dospijeću kod kojeg se sve obveze svode na jedinstveni neto iznos.²⁰⁷

Članak 6. st. 3. ZFO-a je nejasan jer predviđa da je, ukoliko nije drugačije ugovoreno, prijevremeni prestanak moguć bez da bi o tome primatelj instrumenta osiguranja morao prethodno obavijestiti davatelja, bez da bi morao čekati da istekne određeno dodatno vrijeme, bez da bi morao organizirati javnu dražbu ili pribaviti bilo čije dopuštenje za prodaju. Ta je odredba u bitnome identična onoj iz čl. 5. st. 5. ZFO-a kod založnog pravnog financijskog osiguranja, kod kojeg je predviđena mogućnost izvansudske prodaje ili prisvojenja. Kod fiducijarnog financijskog osiguranja ZFO kao niti FCD ne predviđa izvansudsku prodaju niti komisorno namirenje, nego *close-out netting*. U kontekstu toga citirana odredba koja spominje javnu dražbu, odnosno prodaju nema smisla.

Razlog zbog kojeg FCD ne govori o komisornom namirenju, a pogotovo dražbi kod fiducijarnog financijskog osiguranja je što se radi o potpunom prijenosu vlasništva, pa nema mjesta prisvajanju niti prodaji. S obzirom na to da odredba čl. 6. FCD-a nameće dužnost prihvaćanja instituta kao takvog, otklonjena je mogućnost rekarakterizacije i eventualne primjene pravila o založnom pravu (s navedenim ograničenjima).

Ono što je, međutim, posebno zanimljivo, jest konstrukcija posebnog založnog prava iz čl. 5. ZFO-a iz perspektive fiducije. Iako je financijsko osiguranje *sui generis* tip osiguranja on pokazuje obilježja koja su najbližnja fiducijarnom prijenosu modificiranom na način da se za vjerovnika uspostavlja pravo na supstituciju. Pravo korištenja kolaterala tu svakako najviše pridonosi,²⁰⁸ zajedno s mogućnosti prijetoja.²⁰⁹ Jednako tako i odstupanje od tradicionalnih pravila namirenja (zabrana

206 Čl. 6. st. 2. ZFO. Netiranje je definirano kao obračun sadašnjih ili budućih plaćanja, obračun obveza na isporuku ili obračun prava koja proizlaze iz jednog ili više ugovora o određenom financijskom poslu pri čemu obračunavanje može značiti prestanak ili ukidanje, ili prijevremeno dospijeće obveze za plaćanje i isporuku, ili na stjecanje kakvog drugog prava. Obračunavanje može značiti i izračun ili procjenu jedinstvene, tržišne, likvidacijske ili zamjenske vrijednosti u svezi s jednom ili više obveza ili prava, a može značiti i konverziju u jednu valutu i/ili utvrđivanje neto iznosa obveze, bilo putem prijetoja ili na koji drugi način. Čl. 2. st. 1. t. 14. ZFO.

207 Definicija iz čl. 2. st. 1. t. 13. navodi da je to mogućnost da po nastupanju pretpostavke za ostvarenje instrumenta osiguranja odgovarajuće obveze ugovornih strana postanu dospjele i izražene u novcu kao obveze plaćanjem, obračunavanjem, prijetojem ili na koji drugi način, ukoliko je tako predviđeno ugovorom, okvirnim ugovorom, općim uvjetima poslovanja, ZFO-om ili drugim propisom, pri čemu se uzima u obzir koliko je jedna strana dužna drugoj te nastaje obveza plaćanja neto razlike iznosa onoj strani čija je tražbina veća.

208 Primatelj instrumenta osiguranja dužan je najkasnije na dan dospelosti tražbine vratiti isti ili pribaviti zamjenski instrument osiguranja koji stupa na mjesto i dobiva jednak pravni položaj izvornog instrumenta osiguranja kojim je raspolagao. Čl. 5. st. 2. ZFO.

209 Primatelj instrumenta osiguranja može svoju obvezu pribavljanja zamjenskog instrumenta osiguranja na odgovarajući način procijeniti, izraziti u novčanom iznosu i izvršiti prijetoj

komisornog namirenja, izvansudsko namirenje),²¹⁰ pa i samo ukidanje formalnosti približava ovo založno pravo fiducijarnom osiguranju.

VI. ZAKLJUČAK

Uređenje prijenosa prava radi osiguranja u hrvatskom pravu obilježeno je nizom nedorečenosti i nedovršenosti. Iako se na prvi pogled čini kao da se radi o jednostavnom institutu, prijenos prava radi osiguranja je slojevito i zbog toga komplicirano uređeno u hrvatskom pravu. To je djelomično posljedica povijesnoga razvoja, ali i neusmjerene zakonodavne politike, koja ne samo da prilikom uređivanja ovog instituta nije vodila računa o osobitostima objekta osiguranja, već nije vodila niti računa o interoperabilnosti odredbi pojedinih propisa. Činjenica ostaje da je odnos između različitih dijelova pravnog sustava i dalje nejasan. U vrijeme kada je donesen ZOO (1978) koji rudimentarno sadržava odredbe o cesiji radi osiguranja, situacija je bila svakako drugačija od one tijekom posljednjeg desetljeća u kojem su izrađeni i novi ZOO, kao i ZU, ZFO, izmjene OZ (1996) i konačno novi OZ (2010). Česte promjene i nesređenost izvora kod fiducijarnog osiguranja svakako nisu pridonijeli afirmaciji ovih osiguranja.

Analiza uglavnom pokazuje da je to posljedica i činjenice da je osiguranje na imovinskim pravima uređeno bez jasnih obrazaca financiranja koji bi bili uvjetovani kompleksnijim modelima poslovanja. To ne iznenađuje zbog toga jer se ipak radi o tranzicijskom pravnom i gospodarskom sustavu koji u relativno kratkom razdoblju nije mogao kompenzirati nedostatke koji su nastajali desetljećima. Namjera zakonodavca da ovo područje uredi svakako je korisna, i zbog toga se ne može reći da u hrvatskom pravu, kao u nekim pravnim sustavima, izostaje uređenje osiguranja na pravima. Međutim, fiducijarno, a i založnopravno, osiguranje na pravima ipak trpi više prigovora, no što je to primjereno jednom suvremenom pravnom sustavu koji pretendira pružiti infrastrukturu za razvijeno financijsko poslovanje.

Na koncepcijskoj razini, fiducijarni prijenos prava ima nejasno uređeni odnos prema založnom pravu (odnosno obrnuto), kao i djelomično prema prodaji. Ti problemi nisu jedinstveni za hrvatsko uređenje, ali u našem pravu još nisu dostatno prepoznati. Pored toga, temeljne poluge za financiranje tražbinama, kao što je prijenos budućih tražbina i revolvirajuće, flotantno osiguranje, posebno u kontekstu uloge notifikacije i dalje ostaju sporni, pogotovo zbog relativno krute interpretacije nadležnih tijela. Razvoj osiguranja na pravima i odluke oko opsega osiguranja u ovom segmentu ključne su za razvoj i jednostavnih struktura kao što je faktoring i

davatelju s dospjelom tražbinom osiguranom instrumentom osiguranja, pa i onda kada pretpostavke za ostvarenje instrumenta osiguranja nastupe prije trenutka od kojega je ugovorom bilo predviđeno da je primatelj dužan pribaviti zamjenski instrument osiguranja. U tom slučaju uzima se u obzir koliko je jedna strana dužna drugoj, te se među tim iznosima izvršava prijeboj, odnosno obračunavanje te preostaje isključivo obveza plaćanja neto razlike iznosa onoj strani čija je tražbina veća. Čl. 5. st. 3. ZFO.

210 Čl. 5. st. 4. ZFO.

komplikiranih struktura kao što je sekuritizacija. I poredbenopravno gledano ključni problemi bili su koncentrirani oko istih pitanja, pa nije za očekivati drugačiji razvoj u Hrvatskoj.

S tim u vezi treba ukazati da hrvatsko pravo ne prihvaća kao temeljno razlikovanje između fiducijarne cesije i založnog prava na pravu, već razlikovanje koje se više temelji na tome radi li se o registriranom ili neregistriranom osiguranju. Fiducijarna cesija može biti utemeljena i na pravilima ZOO-a, i na pravilima o ovršnopravnom (sudskom, odnosno javnobilježničkom) osiguranju, ali samo kod sudske, odnosno javnobilježničke fiducijarne cesije, postoji konstitutivan upis u Upisnik. Takvo uređenje ne odražava dosljedan zakonodavni stav, kao uostalom i kod šireg pitanja funkcije fiducijarne cesije u sustavu osiguranja. U odnosu na založno pravo fiducijarno osiguranje je agresivnije i ekskluzivnije, ali zbog toga svakako manje prilagođeno samoj osiguravajućoj funkciji.

To se dobro vidi kod financijskog osiguranja. Razvoj toga tipa osiguranja bio je posljedica prihvaćanja europske pravne stečevine, ali je istodobno pridonio razvoju trenda približavanja založnog i fiducijarnog osiguranja. Kod financijskog osiguranja to je najočitiije, jer se uistinu radi o hibridnom institutu. Ono i kod založnog tipa pokazuje sličnosti s fiducijarnim osiguranjem, zbog čega je financijsko osiguranje preferirano u poredbenoj i međunarodnoj poslovnoj praksi. Kod ostalih je objekata osiguranja to manje izraženo, tim više ako se radi o manje likvidnim pravima.

Slijedom ovih razmišljanja, posebno uzevši u obzir primjenu „na odgovarajući način”, koja otvara mogućnost ozbiljnih interpretativnih dvojbi, *de lege ferenda* svakako bi bilo dobro razmisliti o manje sustavnom, ali detaljnijem i izdvojenom uređenju. Prethodno bi trebalo razmotriti i položaj fiducijarnog osiguranja u pravnom sustavu općenito kao i njegov napeti odnos prema založnom pravu.

Summary

SECURITY OF CLAIMS BY TRANSFER OF RIGHTS – AMBIGUITIES AND IMPERFECTIONS

The authors in the article discuss the institute of fiduciary transfer of rights making comparison between different solutions with respect to numerous legal sources in Croatian law (Property Act, Civil Obligations Act, Execution Act, Financial Collateral Act etc.), as well as with respect to amendments of these regulations in last fifteen years. The authors analyse issues concerning the object of fiduciary security and methods of its establishment especially emphasizing the issue of mandatory registration and notification as well as relations between certain methods. The authors scrutinize legal positions of parties during the life of collateral, for example the issues arising from execution of the fiduciarily transferred right as well as from exercising the transferred right and correlated priority relationships. Moreover, the authors scrutinize in details the proceedings of settlement with fiduciarily transferred right particularly stressing the issues arising from implementation of general rules on execution in fiduciary relationship. A special attention has been given to all segments of relationship between fiduciary security and security by pledge with respect to a central position of pledge in Croatian real property system. Specificities have been pointed out in case of security of claims due to the fact that we are dealing with an archetype of property law as well as of financial collateral due to special regulations created by the implementation of European Law.

Key words: *fiduciary, fiduciary cession, security of claims by transfer of rights, financial collateral, register.*

Zusammenfassung

RECHTEÜBERTRAGUNG WEGEN VERSICHERUNG – UNVOLLSTÄNDIGKEITEN UND UNKLARHEITEN

In der Arbeit besprechen die Autoren das Institut der fiduziarischen Rechteübertragung, wobei sie unterschiedliche Bechlüsse bezüglich mehrfacher Quellen im kroatischen Recht (Eigentumsgesetz, Gesetz über Pflichtverhältnisse, Vollstreckungsgesetz, Gesetz über Finanzversicherung u.A), sowie bezüglich Änderungen dieser Vorschriften während der letzten fünfzehn Jahre vergleichen. Die Autoren analysieren die auf das Objekt der Treuhänderversicherung und auf Gründungsmethoden bezogenen Probleme, wobei sie insbesondere die Frage der Registrierungs- und Notifikationspflicht und Verhältnisse zwischen einzelner Methoden betonen. Die Autoren betrachten die Rechtslage der Parteien während der Versicherungsdauer, und zwar die Fragen, die sowohl mit Erfüllung der fiduziarischen Rechteübertragung als auch mit Verfügung über dieses Recht und mit dazu gebundenen Prioritätsverhältnissen verbunden sind. Abschließend bearbeiten die Autoren detailliert auch das Vergütungsverfahren aus dem fiduziarisch übertragenen Recht, wobei sie die Probleme der Anwendung von allgemeinen vollstreckungsrechtlichen Regeln an das fiduziarische Verhältnis betonen. In allen Teilbereichen schenkt man besondere Aufmerksamkeit dem Verhältnis zwischen der Treuhänder- und Pfandversicherung bezüglich der Zentralstellung vom Pfandrecht im kroatischen sachlich-rechtlichen System. Die Besonderheiten werden bei der Forderungsversicherung betont, da es sich um das Archetyp des Vermögensrechtes handelt, sowie bei der Finanzversicherung wegen der durch Implementierung des EU-Rechtes wiedergestellten besonderen Regelung.

Schlüsselwörter: *Fiduziarität, fiduziarische Zession, Rechteübertragung wegen Versicherung, Finanzversicherung, Register*

Riassunto

**TRASFERIMENTO DEL DIRITTO A FINI DI GARANZIA
– VAGHEZZE ED INCOMPIUTEZZE**

Gli autori nel lavoro dibattono dell'istituto del trasferimento fiduciario del diritto, comparando all'uopo le differenti soluzioni rispetto alle numerose fonti del diritto croato (legge sulla proprietà, legge sui rapporti di obbligazione, legge sull'esecuzione forzata, legge sulla garanzia finanziaria ed altre), come pure rispetto alle modifiche che siffatte normative hanno vissuto nell'arco degli ultimi quindici anni. Gli autori analizzano i problemi che riguardano l'oggetto della garanzia fiduciaria ed i metodi di costituzione, rilevando soprattutto la questione dell'obbligatorietà della registrazione e della notificazione, come anche la questione del rapporto tra i singoli metodi. Gli autori esaminano la posizione giuridica delle parti durante la durata della garanzia, valutando sia le questioni concernenti l'esecuzione del diritto fiduciariamente trasferito, sia le questioni riguardanti la disponibilità di detto diritto ed i rapporti prioritari connessi. Da ultimo, gli autori vagliano dettagliatamente anche le procedure di soddisfacimento del diritto fiduciariamente trasferito, osservando all'uopo i problemi di applicazione delle regole generali dell'esecuzione forzata al rapporto fiduciario. Particolare attenzione è dedicata a tutti i segmenti del rapporto tra garanzia fiduciaria e reale con riferimento alla centralità del ruolo che nel diritto reale croato riveste il diritto reale di garanzia. Peculiarità emergono circa la garanzia del credito, posto che si tratta dell'archetipo del diritto patrimoniale, come anche circa la garanzia finanziaria in ragione della particolare disciplina dovuta all'attuazione del diritto europeo.

***Parole chiave:** fiducia, cessione fiduciaria, trasferimento del diritto a scopo di garanzia, garanzia finanziaria, registro.*