

Pristup nacionalnih tijela Europskom sudu kroz institut prethodnog postupka - opseg pojma “sud”¹

UDK: 341.645(4)EU

Sažetak

Tumačenje odredbi Ugovora i akata institucija, tijela, ureda i agencija Europske unije težak je zadatak koji očekuje svako tijelo koje pri rješavanju konkretnih slučajeva mora primjenjivati europsko pravo. U svrhu olakšavanja tog zadatka, Ugovorom o funkcioniranju Europske unije utemeljen je institut prethodnog postupka kojim se omogućava pristup nacionalnih tijela Europskom sudu. Tekstom Ugovora ovlaštenici na pokretanje tog postupka određeni su kao “*court or tribunal*”, a tumačenje tog pojma prepušteno je Europskom sudu kao tumaču Ugovora. Izbjegavajući dati određenu definiciju pojma “sud”, Europski sud kroz svoju bogatu praksu određuje kriterije kojima se pri tome vodi. Ovaj rad bavi se kritičkim prikazom razvoja kriterija koje Sud postavlja i načina na koje ih primjenjuje kroz preko 50 godina postojanja tog instituta. S obzirom na osobito značenje instituta prethodnog postupka u novim državama članicama i nedoumicama do kojih može doći u pogledu primjene koncepta suda u ovom postupku na nacionalne institucije, s tog su aspekta prikazane i odabrane hrvatske institucije.

Gljučne riječi: Europski sud, prethodni postupak, tumačenje europskog prava, europsko pravo, nacionalni sudovi

1. Uvod

Institut prethodnog postupka izuzetno je važan institut europskog prava i sa procesno-pravnog i s materijalno-pravnog stajališta. Njegova se važnost očituje u činjenici da oko polovice svih slučajeva kojima se Europski sud bavi otpada na ovaj postupak te da su upravo donošenjem odluka u prethodnom postupku izgrađena načela od ključne važnosti za funkcioniranje pravnog sustava Europske unije.

Za primjenu ovog instituta od ključne je važnosti suradnja Europskog suda i nacionalnih tijela koja upućuju pitanja. Ipak, kako nisu samo redovni sudovi ti koji na pojedinačne slučajeve primjenjuju pravne norme, pitanje tumačenja ili valjanosti norme europskog prava može se pojaviti i pred drugim tijelima. Europski sud prepoznao je tu činjenicu već u ranoj praksi, ali do danas nije pronašao formulu kojom bi jasno odredio koja su tijela ovlaštena

¹ Rad predstavlja izmijenjenu verziju diplomskog rada izrađenog i obranjenog na Katedri za europsko javno pravo pod mentorstvom prof. dr. sc. Tamare Capete.

na pokretanje prethodnog postupka. Ovaj rad napisan je kao pokušaj približavanja odgovoru na pitanje koja sve tijela imaju mogućnost suradnje s Europskim sudom u prethodnom postupku. U radu ću razmotriti kriterije koje Sud postavlja te mjerila putem kojih propituje njihovo ispunjavanje. Nastojat ću prikazati vremenski razvoj tih kriterija u kojem se oni pokazuju kao više ili manje važni za odlučivanje u novijim slučajevima. Pokušat ću determinirati kriterije kojima se Sud vodi u nedavnoj praksi i primijeniti ih na neke hrvatske institucije koje nisu dio redovnog sudskog sustava, a čije potpadanje pod članak 267. Ugovora može doći u pitanje nakon ulaska Republike Hrvatske u punopravno članstvo u Europskoj uniji.

2. Nadležnost za tumačenje pravnih normi europskog prava

Od presuda u slučajevima *Van Gend en Loos* i *Costa v. ENEL* početkom 60-ih godina prošlog stoljeća jasno je da europsko pravo nije klasičan sustav međunarodnog prava. Stjecanjem statusa države članice EU, europske pravne norme automatizmom postaju dio pravnog sustava države članice. S obzirom na to, europsko pravo može se okarakterizirati jedino kao *sui generis* pravni sustav. To i sam Sud izražava u presudi u predmetu *Costa v. ENEL* kada kaže: „Za razliku od običnih međunarodnih ugovora, Ugovor o EEZ stvorio je vlastiti pravni sustav koji je, od stupanja na snagu Ugovora, postao sastavni dio pravnih sustava država članica i koje su njihovi sudovi obvezni primjenjivati.”². Ulaskom u europski pravni sustav stvara se složeni odnos nacionalnog i europskog prava, pri čemu postoje dva paralelna sustava pravnih normi (nacionalni i europski) koja vrijede u isto vrijeme i na istom teritoriju.

Europski sustav pravnih normi čine izravno primjenjive norme uređene aktima institucija Europske unije, ali i nacionalna pravila donosena na temelju tih akata. Sudovi država članica pojavljuju se tako u dvojakoj ulozi - kao nacionalni sudovi koji primjenjuju nacionalne pravne norme i kao europski sudovi koji primjenjuju europske pravne norme kako bi riješili konkretan spor. Kako je za njihovo pravilno funkcioniranje i primjenu pravnih pravila ključno ispravno tumačenje tih pravila, europsko pravo rješenje tog problema pronalazi u institutu prethodnog postupka kojim su nacionalni sudovi pod određenim uvjetima ovlašteni uputiti pitanje Europskom sudu.

Tumačenje i primjena normi te odlučivanje o valjanosti normi nacionalnog prava ovise o pravnoj tradiciji i zakonskom uređenju u pojedinoj državi članici, dok je za tumačenje i odlučivanje o valjanosti europskog prava isključivo nadležan Europski sud. Odluka Suda u prethodnom postupku upućena je tijelu koje je pokrenulo postupak kako bi ono na odgovarajući način u tom konkretnom predmetu primijenilo pravnu normu, a ne strankama. To je jedan od osnovnih elemenata na kojim počiva shvaćanje prethodnog postupka kao odnosa suradnje Suda i nacionalnih sudova. Time je kroz institut prethodnog postupka u ruke sudova dan alat kojim u nacionalnim sustavima uglavnom ne raspolažu - u slučaju dileme imaju mogućnost konzultirati se s Europskim sudom oko tumačenja ili valjanosti pravnog pravila kojeg trebaju primijeniti.

3. Važnost određivanja pojma “sud”

Važnost instituta prethodnog postupka za ujednačenu i ispravnu primjenu europskog prava je neosporna. U dosadašnjoj praksi Europskog suda³ upravo ta procedura iznjedrila je neke od instituta europskog prava važne kao i sami Ugovori. U prvom redu to su izravni

² Predmet 6/64 *Costa v. ENEL* (1964) ECR 585, str. 593

³ Iako jedan dio službenih jezika Europske unije u prijevodu naziva institucije koristi izraz “pravda” (npr. engleski, talijanski, španjolski), budući da zasad u ne postoji službeni prijevod Ugovora na hrvatski jezik, engleski termin *European Court of Justice* prevoditi ću s “Europski sud” odnosno skraćeno “Sud”. Tako i T. ČAPETA: *Ustrojstvo i nadležnost Suda EU, Reforma Europske unije - Lisabonski ugovor*, NN, 2009., str. 91.

učinak⁴, nadređenost europskog prava nacionalnom⁵, zabrana donošenja i održavanja na snazi kaznenih normi suprotnih pravu Europske unije⁶ te odgovornost država članica za štetu nastalu pojedincima⁷. Takav pogled na važnost ovog instituta imaju i Steiner, Woods i Twigg Flesner koji kažu: „*Gotovo sva osnovna načela koja je utvrdio Europski sud utvrđena su u kontekstu prethodnog pitanja upućenog po članku 234 Ugovora.*”⁸

Kroz te institute Sud je osigurao i efikasnost primjene europskog prava, dok je osnovni smisao instituta prethodnog postupka osiguravanje ujednačenosti njegove primjene.⁹ Važnost prethodnog postupka opisao je sam Europski sud rekavši da je on „*istinski kamen temeljac u funkcioniranju unutarnjeg tržišta, s obzirom na to da igra temeljnu ulogu u osiguravanju da pravo utvrđeno Ugovorima zadrži karakter prava Zajednice uz jamstvo da to pravo zadrži isti učinak u svim okolnostima u svim državama članicama Europske unije.*”¹⁰

Institut prethodnog postupka u europskom pravu određen je člankom 267. Ugovora o funkcioniranju Europske Unije¹¹ (u daljnjem tekstu: UFEU) koji u cijelosti glasi:

„Sud Europske Unije nadležan je donositi prethodne odluke o:

- (a) interpretaciji Ugovora;
- (b) valjanosti i interpretaciji akata institucija, tijela, ureda ili agencija Unije.“

Kad se takvo pitanje postavi pred bilo kojim sudom¹² države članice, taj sud može ako smatra da mu je odluka o tom pitanju nužna da bi presudio, zatražiti od Suda da o tome odluči.

Kad se bilo koje takvo pitanje postavi u predmetu koji teče pred sudom države članice protiv čijih odluka nema pravnog lijeka na temelju nacionalnog prava, taj sud mora podnijeti stvar Sudu.

Ako se takvo pitanje postavi u predmetu koji teče pred sudom države članice u vezi s osobom u pritvoru, Sud Europske unije postupat će u najkraćem mogućem vremenu.”¹³

⁴ C-26/62 Van Gend & Loos (1963) ECR 1.

⁵ C- 6/64 Costa v ENEL (1964) ECR 585 i C-106/77 Simmenthal II (1978) ECR 629.

⁶ C-8/77 Sagulo and Others (1977) ECR 1495.

⁷ C-6/90 i C-9/90 Francovich and Others (1991) ECR I-5357.

⁸ J. STEINER, L. WOODS i TWIGG FLESNER: EU Law, 9. izdanje, Oxford University Press, 2006., str. 193; prijevod autorice.

⁹ O tome T. ČAPETA: Sudovi Europske Unije; Nacionalni sudovi kao europski sudovi, IMO, 2002., str. 180.

¹⁰ Izvještaj Europskog suda o primjeni Ugovora o Europskoj uniji za 1995. godinu (br. 15/95), paragraf 11; preuzeto iz A. M. ARNULL, A. A. DASHWOOD, M. G. ROSS, D. A. WYATT: European Union Law, 4. izdanje, Sweet&Maxwell, London, 2002.; prijevod autorice.

¹¹ Ranije članak 177. odnosno članak 234. Ugovora o Europskoj Zajednici.

¹² U Ugovoru se na engleskom jeziku dosljedno koriti izraz “court or tribunal” (hrv. doslovno sud ili tribunal). Očita je namjera da se pojmom obuhvati najširi spektar tijela u svim državama koje imaju različite sudske sustave. U usporedbi s redovnim sudovima, tribunali predstavljaju sudove koji se svojom materijalnom i/ili personalnom nadležnošću i proceduralnim pravilima razlikuju od redovnih sudova. S obzirom na činjenicu da u RH ne postoje tribunali kao dio nacionalnog sustava, u ovom radu koristit ću samo izraz “sud” jer je to referentni pojam za hrvatsku praksu. Isto vrijedi i za prijevod “sud ili sudište” koji je upotrijebljen u Zakonu o potvrđivanju Mnogostranog sporazuma između Europske zajednice i njezinih država članica, Republike Albanije, Bosne i Hercegovine, Republike Bugarske, Republike Hrvatske, Bivše Jugoslavenske Republike Makedonije, Republike Island, Republike Crne Gore, Kraljevine Norveške, Rumunjske, Republike Srbije i Misije privremene Uprave Ujedinjenih naroda na Kosovu o uspostavi Europskog zajedničkog zračnog prostora (NN - Međunarodni ugovori br. 4/2008). Budući da se pojam “sudište” u hrvatskom pravu odnosi isključivo na arbitražno sudište koje, kako će biti prikazano u radu, nema mogućnosti pristupa Sudu u prethodnom postupku, bespotrebno se u prijevodu uvodi taj pojam i riskira mogućnost stvaranja nesigurnosti oko mogućnosti koje bi time bile dane nacionalnim tijelima.

¹³ Prijevod preuzet iz: ur. S. RODIN, T. ČAPETA, I. GOLDNER LANG: Reforma Europske unije - Lisabonski ugovor, NN, 2009., str. 400-401.

Jedna od važnosti prethodnog postupka je osiguravanje ispravnog tumačenja norme koja se primjenjuje. Svaki sudac diskrecijski donosi odluku o potrebi iniciranja takvog postupka i na taj način razrješava eventualne dileme oko tumačenja pravne norme koju primjenjuje. Upućivanjem prethodnog pitanja nacionalno tijelo osigurava donošenje odluke koja je u potpunosti u skladu s duhom norme koju primjenjuje te na taj način osnažuje povjerenje u tu odluku, ali i svoje cjelokupno djelovanje.

Osim ostvarivanja pravne integracije koja proizlazi iz teksta Ugovora, prethodni postupak praktično može poprimiti i političke implikacije. Prethodni postupak tako može služiti i kao sredstvo zaobilaznja normi nacionalnog prava, kako se i dogodilo u slučaju *Equal Opportunities Commission v Secretary of State*¹⁴. Unatoč tome što Sud nije ovlašten proglasiti normu nacionalnog prava nevaljanom, donoseći odluku kojom utvrđuje da europsko pravo zahtijeva drugačije od onoga što nacionalna regulativa propisuje, Sud izravno utječe na presudu u tom predmetu i u budućim takvim predmetima te šalje signal zakonodavcu da su potrebne određene izmjene. Temeljem načela nadređenosti europskog prava nacionalnom, ovakvim odlukama osnažuje se ovlast sudaca da zaobiđu primjenu domaćeg pravnog pravila koje je u suprotnosti s europskim pravilima. To je ovlast koju u mnogim državama nacionalni suci inače pri primjeni pravnih pravila nemaju.

Važnost tumačenja pojma "sud" oslanja se na važnost instituta kojeg taj pojam definira. Bez adekvatnog tumačenja tog pojma, institut prethodnog postupka ne može se na optimalan način koristiti i poslužiti kao sredstvo za ostvarenje spomenutih ciljeva.

4. Određivanje pojma "sud"

Unatoč izmjenama Ugovora, pa i samog članka¹⁵ kojim se regulira prethodno pitanje, izraz "sud" ostao je netaknut i dosljedno korišten, čime je prepušteno Europskom sudu da svojom praksom razrađuje taj pojam i njegovu primjenu. Sud to po prvi put čini 1966. godine u predmetu *Vaassen-Göbbels*¹⁶ kada konstatira da u određenim okolnostima kao sud može biti tretirano i tijelo koje nije dio nacionalnog redovnog sudskog sustava te postavlja pet kriterija za procjenu radi li se o tijelu koje se smatra sudom za potrebe instituta prethodnog pitanja. Ti su kriteriji:

- utemeljenost na zakonu,
- trajnost,
- inter partes* postupak,
- prisilna nadležnost i
- donošenje odluke primjenom pravnih pravila.

Način određivanja tijela koja su ovlaštena uputiti prethodno pitanje važno je praktično pitanje za primjenu tog instituta jer se na taj način određuje krug tijela koja mogu uputiti pitanje, što samim time znači da se ovisno o restriktivnom ili liberalnom pristupu definiranju pojma sud postiže manji ili veći broj slučajeva u kojima pitanja dolaze pred Europski sud u prethodnom postupku.

¹⁴ Predmet *Equal Opportunities Commission v Secretary of State* (1994), House of Lords;

U predmetu je bila sporna usklađenost britanskog radnog zakonodavstva s europskim normama o zabrani diskriminacije, što je dovelo do dileme House of Lords o ovlasti odlučivanja o neusklađenosti nacionalnog prava s europskim. Više o tom slučaju: N. HAWKE i N. PARPWORD: *Introduction to Administrative Law*, Cavendish Publishing Ltd., London-Sydney, 1998.

¹⁵ Taj je članak dvaput mijenjan, i to prvi put na način da njegov doseg obuhvati i akte Europske središnje banke, a drugi put tako da se doseg proširi na akte agencija, tijela i ureda EU te da se uvede hitni prethodni postupak.

¹⁶ C-61/65 *Vaassen-Göbbels* (1966) ECR 377.

Ipak, u novijoj praksi ovako postavljena definicija suda usvaja se i za tumačenje pojma "sud" u drugim pravnim aktima za čije je tumačenje nadležan Europski sud. Tako je u slučaju *Wilson*¹⁷, Europski sud zauzeo stav da pojam "court or tribunal" u Direktivi 98/5/EC treba tumačiti ne u skladu s nacionalnim pojmom suda, nego u skladu s pojmom suda koji je postavljen sudskom praksom Europskog suda u primjeni članka 267. UFEU.

Sam Europski sud utvrdio je da je njegovo pravo odrediti pojam suda za potrebe toga instituta, neovisno o određenju toga tijela u pravnom sustavu države članice. Posljedica je to činjenice da je prethodni postupak pred Europskim sudom institut europskog prava, pa su tako i oni elementi koji ga definiraju koncepti europskog prava. Kako je Europski sud tijelo nadležno za tumačenje odredbi Ugovora, tako postoji nadležnost i za tumačenje elemenata koji definiraju određeni instrument postavljen Ugovorima. Takav pristup Suda vidljiv je od prvih slučajeva u kojima se postavlja pitanje određivanja pojma sud u smislu članka 267., a Sud to izričito potvrđuje u presudi u slučaju *Corbiau*¹⁸ u kojoj utvrđuje da se radi o "konceptu prava Zajednice", za čije je tumačenje nadležan.

Kako je ranije spomenuto, u presudi u slučaju *Vaassen-Göbbels* Europski sud prvi puta postavlja kriterije za definiranje pojma sud u smislu članka 267. UFEU. Naravno, u tom slučaju primjenjuje sve postavljene kriterije, ali isto tako već tada jasno definira da će njegov pristup tom pitanju biti kazuistički. Naime, zauzimanjem stava da se u "određenim slučajevima" kao sud može prihvatiti i ono tijelo koje nije u redovnom sudskom sustavu, a bez istovremenog jasnog određivanja koje su to okolnosti i kako se one procjenjuju, Sud odlučuje o tome zauzimati stav od slučaja do slučaja. To se i pokazuje u daljnoj praksi.

Kriterije postavljene u presudi *Vaassen-Göbbels* uzet ću kao polaznu točku razmatranja pojma sud za potrebe prethodnog pitanja te nakon njih prikazati dodatne kriterije koji su postavljeni u kasnijoj sudskoj praksi.

4.1. Kriteriji postavljeni u slučaju *Vaassen-Göbbels*

4.1.1. Utemeljenost tijela na zakonu

U predmetu *Vaassen-Göbbels* kriterij utemeljenosti tijela na zakonu primijenjen je na način da su sagledane činjenice o podnositelju vezane uz njegovo osnivanje i ustroj. Europski sud jednostavno konstatira da je *Scheidsgerecht* osnovan na nizozemskom pravu te to potkrepljuje ovlastima ministra da imenuje njegove članove i predsjednika te odredi proceduralna pravila. Ono što će se u kasnijoj praksi pokazati kao problem je narav *Scheidsgerechta* kao arbitražnog suda. Ovim slučajem upravo na primjeru arbitražne institucije postavljena je linija razgraničenja između tijela koja su arbitražna po svojoj prirodi. Po postavljenim kriterijima, arbitražni sud redovno će zadovoljavati neke kriterije, ali kriterij trajnosti i kriterij prisilne nadležnosti neće biti zadovoljen. U slučaju *Vaassen-Göbbels* radilo se o arbitražnom sudu, ali on nije funkcionirao na način uobičajen za arbitražne sudove, nego je u nizozemskom pravnom poretku imao poseban položaj koji se očituje u primjeni postupovnih pravila kakva primjenjuju i redovni sudovi i u isključivoj nadležnosti. Na primjeru ovog slučaja vidimo koliko status tijela za potrebe članka 267. UFEU ovisi o svim relevantnim činjenicama. Tijelo načelno istog karaktera može i ne mora potpadati pod navedenu definiciju suda. Pokazalo se to već iste godine kada Europski sud u predmetu *Nordsee*¹⁹ odbija nadležnost za zahtjev postavljen od strane arbitra temeljem činjenice da nadležnost tog tijela za stranke nije osnovana na zakonu, nego na njihovom ugovoru.

¹⁷ C-506/04 *Wilson* (2006) ECR I-8613.

¹⁸ C-24/92 *Corbiau* ECR I-1277, paragraf 15.

¹⁹ C-102/81 *Nordsee* (1982) ECR 1095.

Sljedeći put Sud se suočava s dilemama glede kriterija utemeljenja tijela na pravu povodom slučaja *Broekmeulen*²⁰ u kojem je sporan status *Appeals Committee for General Medicine* kojem slučaj dopijeva po žalbi na odluku *Registration Committee*. Oba tijela dio su *Royal Netherlands Society for the Promotion of Medicine*, privatno osnovane udruge kojoj su članovi pretežna većina liječnika i specijalista. To tijelo među ostalim je nadležno i za priznavanje i registraciju medicinskih specijalizacija i liječnika opće prakse, prema vlastitim pravilima koja donose uz suglasnost nadležnog ministarstva. Isti status nije moguće steći ni na koji drugi način, a upitno je da li postoji mogućnost žalbe na odluku *Appeals Committee* redovnom sudu jer do takve situacije nikada nije došlo. S obzirom na to da je gospodin Broekmeulen tražio priznanje specijalizacije stečene u Belgiji pred nizozemskim tijelom, pitanje je upućeno Europskom sudu. U ovom slučaju Sud odlučuje sagledati pitanje s pragmatičnog aspekta, konstatirajući naposljetku: *“Da bismo odlučili o primjenjivosti ovoga slučaja na članak 177. Ugovora, treba naglasiti da je na državama članicama da poduzmu potrebne mjere da bi osigurale da se pravila usvojena od strane institucija Zajednice u potpunosti primjenjuju. Ako je po pravnom sustavu države članice zadatak primjene takvih odredbi dodijeljen profesionalnom tijelu koje postupa pod određenim stupnjem nadzora vlasti, i ako to tijelo u suradnji s nadležnim javnim tijelima stvara prizivne procedure koje mogu biti od utjecaja na korištenje prava zajamčenih pravom Zajednice, nužno je, kako bi se osiguralo odgovarajuće funkcioniranje prava Zajednice da Sud ima priliku odlučiti o pitanjima interpretacije i valjanosti u takvom postupku.”*²¹ Osim toga kriterija, Sud još jedino konstatira da se radi o *inter partes* postupku. Drugi kriteriji nisu razmatrani, pod jasnom konstatacijom citiranog davanja prednosti pragmatičnom pristupu. Ipak, način primjene kriterija utemeljenosti na pravu koji je pojašnjen u ovom slučaju mjerilo je “stupnja nadzora vlasti”. U konkretnom slučaju, da *Royal Society* ne postupa po pravilima koja donosi isključivo uz suglasnost ministarstava nadležnih za zdravstvo i obrazovanje, presuda u ovom slučaju vjerojatno bi bila drugačija.

Posve drugačiji pristup u odnosu na ovaj u slučaju *Broekmeulen* vidimo u presudi u slučaju *Borker*²² koja je donesena godinu dana ranije od prethodno spomenute presude. U njoj sud konstatira da: *“Conseil de l’Ordre nema pred sobom slučaj u kojem je zakonski obvezan presuditi, nego zahtjev za deklaracijom vezanom uz spor člana Komore i suda druge države članice”*.²³ Iako se radi o dozvoli za zastupanje građanina u kaznenom postupku, koju je gospodin Borker zatražio od Komore i čija uskrata interferira s pravima koja za njega proizlaze iz pravila o unutarnjem tržištu i slobodi kretanja u Europskoj Uniji, analogno slučaju *Broekmeulen*, ovdje je donesena drugačija odluka. Razmatrajući svojstvo u kojem Komora ovdje nastupa, Europski sud nije razmatrao sva mjerila kojima se posvetio u slučaju *Broekmeulen* (primjerice, nije razmatrao sastav tijela, propise kojima je ono uređeno ni pravila na temelju kojih su donosili odluku). Čini se da je presudna bila činjenica da na odluku Komore postoji mogućnost žalbe redovnom sudu. Još jednom, potvrđuje se to relativnosti postavljenih kriterija.

U presudi u predmetu *Dorsch Consult* potvrđuje se ovaj kriterij kao kriterij formalne prirode, koji ne zahtjeva osobito pomno razmatranje. Sud kaže: *“Dovoljno je opaziti da je Federal Supervisory Board utemeljen člankom 57c(7) HGrG. Njegovo utemeljenje na zakonu stoga ne može biti osporeno.”*²⁴ Drugim riječima, uvijek kad je tijelo koje je uputilo prethodno pitanje osnovano temeljem zakona, ispunjavanje tog kriterija ne može se osporavati. Koliko je poznato, dosad u praksi nije bilo zahtjeva koji su odbačeni zbog neispunjavanja

²⁰ C-246/80 *Broekmeulen* (1981) ECR 2311.

²¹ C-246/80 *Broekmeulen* (1981) ECR 2311, paragraf 16; prijevod autorice.

²² C-138/80 *Borker* (1980) ECR 1975.

²³ C-138/80 *Borker* (1980) ECR 1975, paragraf 4; prijevod autorice.

²⁴ C-54/96 *Dorsch Consult* (1997) ECR I-4961, paragraf 25.

tog kriterija. Možemo zaključiti da je navednim presudama utvrđen i kasnijom sudskom praksom ovaj kriterij potvrđen kao kriterij formalne prirode čije se zadovoljenje presumira.

4.1.2. Stalnost institucije

U presudama *Vaassen-Göbbels* i *Dorsch* zadovoljenje kriterija stalnosti tijela koje upućuje prethodno pitanje samo se konstatira, bez posebne razrade temelja za takav zaključak. Iz toga možemo zaključiti da je to također formalni kriterij čije zadovoljenje ne zahtjeva posebnu analizu. Čak i ako je u konkretnom slučaju kompleksno utvrditi je li tijelo sud u smislu članka 267. UFEU, ne znači da će se ovaj kriterij nužno uopće primijeniti. Takav primjer vidimo u slučaju *Broekmeulen* u kojem kriterij stalnosti institucije nije ni uzet u razmatranje, unatoč spornom položaju *Appeals Committee*.

Koliko je poznato, u praksi Europskog suda nikad nije odbačen zahtjev isključivo temeljem tog kriterija. Ipak, važnost tog kriterija leži u razlikovanju drugih tijela od arbitražnih sudova. U predmetima upućenima od strane arbitražnih sudova upravo ovaj kriterij, u kombinaciji s nedostatkom prisilne nadležnosti, dovodi do odbijanja nadležnosti u upućenom prethodnom pitanju. Takav stav izražavaju i Broberg i Fenger: "*Sud nije precizirao sadržaj zahtjeva za stalnošću. Ipak, prirodno je pretpostaviti da će Sud taj zahtjev smatrati važnim i ne prihvatiti prethodni postupak iniciran od strane tijela ustanovljenog za rješavanje specifičnog postojećeg spora.*"²⁵ (misleći pritom na *ad hoc* arbitražne tribunale, op.a.). Važno je napomenuti da to ipak ne znači da institucionalna arbitraža zadovoljava ovaj kriterij. Kako je i kod institucionalne arbitraže tijelo koje inicira prethodni postupak izabrani arbitražni sud, a ne arbitražna institucija, njegov položaj izjednačen je s položajem *ad hoc* arbitraže; oba tijela osnovana su za rješavanje određenog spora i stoga ne udovoljavaju kriteriju stalnosti.

4.1.3. Prisilna nadležnost

Prisilna nadležnost suda ima dva aspekta:

nedostatak autonomije stranke u pogledu odluke o nadležnosti suda i prisilnost (obvezatni karakter) odluke suda.

Stranačka autonomija u pogledu nadležnosti također omogućava Europskom sudu da odbije nadležnost u pogledu pitanja koja upute arbitražni sudovi. Tako je u presudi u predmetu *Nordsee* konstatirao da nije nadležan odgovarati na prethodna pitanja arbitražnim sudovima kojima su se stranke svojom voljom podvrgnule. U tom slučaju radi se o nadležnosti arbitražnog suda, ovaj put postavljenoj ugovorom o arbitraži. Sud konstatira sličnosti postupka pred redovnim sudom i pred arbitražom (npr. *inter partes* postupak i obvezatnost odluke), ali neispunjavanje kriterija obveznosti nadležnosti jedini je kriterij izvan toga koji Sud razmatra i na temelju kojeg odbija svoju nadležnost. Moguće rješenje praznine koja nastaje zbog neovlaštenosti arbitražnog suda na pokretanje prethodnog postupka je suradnja arbitražnog suda i nacionalnog suda kakvu poznaje i naš sustav. Prema članku 45. Zakona o arbitraži,²⁶ sud bi mogao pružiti pomoć arbitražnom sudu po pravilima o pravnoj pomoći u izvođenju dokaza. Na taj način kompenzirala bi se nemogućnost arbitražnog suda da uputi prethodno pitanje Europskom sudu i izbjegla bi se situacija da se pitanje upućuje tek povodom priznanja i/ili ovrhe pravorijeka.

Ipak, primjenom *argumenti a contrario* na formulaciju Suda u predmetu *Nordsee* u kojem Sud inzistira u naglašavanju činjenice da su stranke svojevrijem sklopile arbitražni ugovor, proizlazi zaključak da bi u protivnom odluka Suda bila drugačija. U praksi se to

²⁵ M. BROBERG, N. FENGER: Preliminary references to the European Court of Justice, OUP, 2010., str. 62.

²⁶ Zakon o arbitraži, NN 88/01.

i dogodilo u predmetu *Danfoss*²⁷ u kojem Sud nalazi da: “U pogledu pitanja da li je Industrijski arbitražni odbor sud države članice u smislu članka 177. Ugovora, prvo treba biti naglašeno da, sukladno članku 22. danskog Zakona br. 317 od 13. lipnja 1973. na Radnom sudu, sporovi između stranaka kolektivnih ugovora su, osim ako posebne odredbe takvih ugovora određuju drugačije, podvrgnute Dogovorenim standardnim pravilima usvojenima od strane Udruge poslodavaca i Unije zaposlenika. Industrijski arbitražni odbor saslušava spor na zadnjoj instanci. Bilo koja stranka može iznijeti spor pred odbor bez obzira na prigovore druge strane. Nadležnost odbora stoga ne ovisi o dogovoru stranaka. Iste odredbe prije spomenutog zakona uređuju sastav odbora i osobito broj njegovih članova ... Stoga sastav Industrijskog arbitražnog odbora nije predmet diskrecije stranaka.”. Ovom presudom postavljen je standard; ako je nadležnost arbitražnog suda određena prisilnim propisom i ako se njegova odluka ne može pobijati, Europski sud neće odbiti nadležnost za odlučivanje o upućenom prethodnom pitanju.

Moguće je uspostaviti i prisilnu nadležnost tijela koje nije dio redovnog sudbenog sustava. Upravo to se dogodilo u slučaju *Vaassen-Göbbels* u kojem su radnici bili obvezni osigurati se, što je za sobom povlačilo i prisilnu nadležnost *Scheidtsgericht* u tim odnosima. Iako se radi o privatnom tijelu, ovdje nadležnost nije bila zasnovana na ugovoru *per se*, nego na zakonskoj obvezi sklapanja tog ugovora. Važno je istaknuti razliku između tog slučaja i slučaja (kao u predmetu *Nordsee*) u kojem se stranke potpuno dobrovoljno podvrgavaju arbitraži sklapajući ugovor o arbitraži ili unoseći arbitražnu klauzulu u svoj ugovor. U predmetu *Vaassen-Göbbels* neposredni izbor nadležnosti *Scheidtsgericht* je ugovor, ali sklapanje tog ugovora ne proizlazi iz volje stranaka, nego iz prisilnog propisa kojem su podvrgnute.

Unatoč jasnom kriteriju prisilne nadležnosti, Europski sud u predmetu *Broekmeulen* ipak spušta ljestvicu kriterija. Iako nije posve jasno je li postupak pred *Royal Society* uistinu jedini prisilni pravni put, Sud se priklanja dotad poznatoj praksi i odlučuje tretirati slučaj kao da je nadležnost prisilna. U nedostatku sudske prakse koja bi jasno riješila pitanje ima li stranka u takvom slučaju mogućnost obratiti se nacionalnom sudu nakon eventualno nepovoljne odluke, Sud odlučuje odabrati put koji je efikasniji i u ovoj fazi postupka ocijeniti prethodni postupak dopuštenim. Inzistiranjem na prethodnom testiranju nacionalnog sudskog sustava, Europski sud bi praktično ugrozio pravo gospodina Broekmeulena na suđenje u razumnom roku i ostavio još neko vrijeme neizvjesnim pitanje poštivanja pravila unutarnjeg tržišta u području priznavanja medicinskih kvalifikacija u Nizozemskoj.

U pogledu drugog aspekta prisilne nadležnosti koji za sobom povlači obvezatnost jednom donešene odluke, to se kao mjerilo ispunjavanja kriterija javlja u slučaju *Gabalfrisa i drugi*²⁸ u kojem Sud potvrđuje kriterije postavljene u presudi *Vaassen-Göbbels* uz dodatak kriterija neovisnosti, da bi utvrdio je li *Tribunal Economico-Administrativo Regional* sud u smislu članka 267. UFEU. To je tijelo nadležno za pritužbe na porezne akte, a na njegove odluke postoji mogućnost žalbe upravnom sudu. Sud utvrđuje da: “... jasno je iz članaka 55. i 110. Kraljevskog Dekreta broj 391/1996 da, osim u situacijama ništavosti ili posebnih postupaka revizije, konačne odluke *Tribunales Económico-Administrativos* ne mogu biti odbijene ili promijenjene od strane poreznih tijela koja ih moraju provesti i kada je za to potrebno prilagoditi osporeni akt ili izvršiti povrat pogrešno uplaćene svote. U skladu s člankom 112 tog dekreta, registri *Tribunales Económico-Administrativos* osiguravaju provedbu odluka i usvajaju mjere koje su prikladne za prevladavanje prepreka provedbi. Konačne odluke *Tribunales Económico-Administrativos* stoga su obvezujuće.”²⁹. Takvim pristupom Europski sud osigurava dva mjerila za provjeru kriterija prisilnosti. Nije dovoljno da je nad-

²⁷ C-109/88 *Danfoss* (1989) ECR 3199, paragrafi 7 i 8; prijevod autorice.

²⁸ C-110/98 - 147/98 *Gabalfrisa i drugi* (2000) ECR I-1577.

²⁹ C-110/98 - 147/98 *Gabalfrisa i drugi* ECR I-1577, paragraf 36; prijevod autorice.

ležnost tijela proizašla iz prisilnih propisa, nego je potrebno i da je odluka takvog karaktera da je njezino poštivanje za stranke prisilno.

4.1.4. Inter partes postupak

Kriterij je postavljen u slučaju *Vaassen-Göbbels* u kojem Sud konstatira njegovu ispunjenost time što je postupak pred *Scheidsgerecht* sličan postupku pred sudovima, bez ulaženja u apstraktno definiranje toga kriterija. Ipak, potreba za određenjem tog kriterija javlja se kasnije. Tako u presudi u slučaju *Dorsch Consult* Sud konstatira da taj kriterij nije apsolutne naravi.³⁰ Prema tome, Sud dopušta da se taj kriterij ne mora primjenjivati u svakom slučaju, a da u slučaju kada se uzima u obzir ne mora uvijek imati jednaku važnost i ne mora nužno biti zadovoljen. Na isto stajalište Sud podsjeća i 2000. godine u predmetu *Gabalfrisa i drugi*, kada izričito ponavlja da ovaj kriterij nije apsolutne prirode. Ipak, u ovom slučaju ulazi u njegovu konkretnu razradu, postavljajući određene činjenice kao relevantne. To su:

- mogućnost stranaka da daju podneske i podnose dokaze,
- mogućnost stranaka da traže javno saslušanje i
- dužnost suda da obavijesti stranke o postupku i da im rok od 15 dana za očitovanje.

S obzirom na takav položaj stranaka u ovom postupku i na mogućnosti sudjelovanja u postupku koje su im dane, Sud zaključuje da se radi o *inter partes* postupku.

U predmetu *Garofalo*³¹ *inter partes* karakteristika postupka dovedena je u vezu s načelima nepristranosti i jednakosti među strankama. U tom pogledu Sud usvaja stajalište nezavisnog odvjetnika Colomera prema kojem je *Consiglio di Stato* nepristrano i neovisno tijelo čiji članovi moraju zadovoljavati te kriterije. Tu vidimo ispreplitanje ovog kriterija s kriterijem neovisnosti. Postupak teško može zaista biti *inter partes* ukoliko osobe koje ga provode ne tretiraju stranke u postupku kao ravnopravne. Iz tog razloga, u tom su dijelu ova dva kriterija neodvojivi jedan od drugoga.

Kako se faze postupka razlikuju po svojim karakteristikama, tako postupak nije nužno u svim fazama *inter partes*. Na taj način i Europski sud suočen je s pitanjima koja od različitih tijela dolaze u fazi postupka u kojoj on još nije *inter partes*, ali je po redovnom toku stvari za očekivati da će takav postati. Takva situacija javila se u slučajevima *Simmenthal*³², *Pretore di Saló*³³ i *Ligur Carni*³⁴. Tu Sud konstatira: „... iako članak 177. ne čini upućivanje Sudu ovisnim o tome da je postupak koji se vodi pred sudom koji upućuje pitanje *inter partes*, u nekim okolnostima može se dokazati da je u interesu pravilnog provođenja pravde da pitanje bude upućeno kao prethodno pitanje tek nakon što su obje strane saslušane, ali na nacionalnom je sudu da sam procijeni da li je to potrebno”³⁵. Drugim riječima, nije uvjetovano da je postupak u trenutku upućivanja prethodnog pitanja već u *inter partes* fazi, ali Europski sud upozorava nacionalne sudove da na njima leži odgovornost procjene mogu li zaista dovoljno dobro utvrditi činjenično stanje na kojem se zasniva prethodno pitanje i prije nego što saslušaju obje strane u postupku.

Zaključno, u presudi u slučaju *De Coster*³⁶ Europski sud naglašava da *inter partes* karakteristika postupka nije kriterij apsolutne naravi, pozivajući se na svoje konstatacije u presudama *Dorsch* i *Gabalfrisa*.

³⁰ C-54/96 *Dorsch Consult* (1997) ECR I-4961, paragraf 31.

³¹ C-69/96 - 79/96 *Garofalo and Others* (1997) ECR I-5603.

³² C-70/77 *Simmenthal* (1978) ECR 1453.

³³ C-14/86 *Pretore di Saló* (1987) ECR 2545.

³⁴ Spojeni slučajevi C-277/91, C-318/91 i C-319/91 *Ligur Carni* (1993) ECR I-6621.

³⁵ Spojeni slučajevi C-277/91, C-318/91 and C-319/91 *Ligur Carni*, paragraf 16; prijevod autorice.

³⁶ C-17/00 *De Coster* (2001) ECR I-9445.

Naposlijetku, u novijoj sudskoj praksi Europski sud dodatno relativizira ovaj kriterij. U presudi u slučaju *Cartesio Oktato*³⁷ donesenoj 2008. godine, Sud relativnosti kriterija *inter partes* karakteristike postupka temelji na samom izričaju članka 267. (tada 234.), konstatirajući da on ne zahtjeva da se pred tijelom koje upućuje prethodno pitanje vodi takav postupak. S pravom se nakon te presude može postaviti pitanje može li Sud i u kolikoj mjeri odstupati i od drugih kriterija koje je postavio, slijedeći istu argumentaciju po kojoj izričaj članka 267. UFEU ne poznaje te kriterije. U slučaju *Cartesio Oktato* javilo se pitanje položaja tijela koje je nadležno za vođenje trgovačkog registra pravnih subjekata, pri čemu postupak nije *inter partes* naravi. Takav nije ni prizivni postupak. Ovdje Sud do kraja relativizira ovaj kriterij i naglasak stavlja na kriterije odlučivanja o sporu i donošenja odluke sudske naravi.

Iz izloženog, kao utvrđenu praksu Suda, možemo utvrditi da *inter partes* postupak nije apsolutni kriterij za procjenu statusa suda, da upućeno prethodno pitanje može biti dopušteno unatoč *ex parte* postupku te da prethodno pitanje može biti upućeno u svakoj fazi postupka, pa i u *ex parte* fazi ako je poznato ili očekivano da će kasnije doći do *inter partes* faze.

4.1.5. Donošenje odluke primjenom pravnih pravila

U svojim presudama Europski sud razmatra kriterij donošenja odluke primjenom pravnih pravila kao jedan od kriterija za utvrđivanje radi li se o sudu u smislu članka 267. UFEU. Da bi uvjet bio ispunjen, potrebno je da tijelo donosi odluku primjenom prava; nacionalnog, međunarodnog ili europskog. Ipak, uzevši u obzir činjenicu da je preduvjet da bi pitanje u ovoj proceduri došlo do Europskog suda da se radi o pitanju vezanom uz primjenu europskog prava, logično je da je nužno da tijelo koje upućuje pitanje odluku donosi primjenjujući neku od normi europskog prava. U procesu donošenja odluke o konkretnom pitanju koje se nalazi pred sucem nacionalnog suda, odgovor Europskog suda na upućeno prethodno pitanje dio je *premise maior* (zajedno sa pravnim pravilom koje se primjenjuje) na temelju koje sud odlučuje o sporu.

Kako tijela primjenjuju dva seta pravnih pravila - ona materijalna i ona proceduralna, Europski sud se u svom razmatranju dotiče obiju skupina. Primjer presude u kojoj Sud razmatra proceduralna pravila koja se primjenjuju jest presuda u predmetu *Dorsch* u kojoj je tijelo samo usvojilo proceduralna pravila i nije ih objavilo, pri čemu ta pravila predstavljaju interna pravila na koja se stranke ne mogu pozivati. Europski sud je, s obzirom na to da su pravila utemeljena na zakonu, te činjenice proglasio irelevantnima i priznao tijelu status suda za potrebe upućivanja prethodnog pitanja. Ono što je uzeto kao relevantno je da se proceduralna pravila, iako postavljena od strane samog tijela, uniformno primjenjuju. Osim toga, Sud je istaknuo i neka proceduralna pravila kojima *Supervisory Board* podliježe te je uzeo u obzir i materijalna pravna pravila koja to tijelo primjenjuje - direktive Zajednice i relevantne propise nacionalnog prava.

Do dilema oko zadovoljavanja ovog kriterija može doći u slučajevima u kojima tijelo ne primjenjuje samo pravna pravila. Takav slučaj pojavio se 1992. godine. U slučaju *Almelo*³⁸ prethodno pitanje upućuje redovni sud povodom pobijanja arbitražnog pravorijeka. Iako je u presudi *Nordsee* utvrđeno da je redovni sud kada se bavi arbitražnim pravorijekom ovlašten uputiti prethodno pitanje, javlja se dilema je li to primjenjivo i u slučaju u kojem po arbitražnom ugovoru odluka treba biti donešena po načelu pravičnosti. Unatoč tome što

³⁷ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. (2008) ECR I-9641.

³⁸ C-393/92 Almelo (1994) ECR I-1477.

primjena takvog načela ne predstavlja primjenu prava, Sud odlučuje da je kriterij ispunjen konstatirajući da nacionalni sud ne primjenjuje samo načelo pravičnosti, nego da u primjenu ulaze i norme europskog prava čija se unificirana provedba mora ostvariti.

Koliko je poznato, dosad se pred Sudom nije pojavilo pitanje tijela za koje bi se isticalo da odlučuje diskrecijski. Iako diskrecijsko odlučivanje nije u sferi legaliteta nego u sferi oportuniteta, ipak je ovlast na diskrecijsko odlučivanje nužno dana pravnom normom koja postavlja okvire unutar kojih se diskrecijska ocjena primjenjuje. Prema tome, odlučivanje temeljem diskrecijske ocjene ne znači da se time zaobilaze pravne norme; odlučivanje temeljem diskrecijske ocjene i dalje je odlučivanje temeljem pravne norme, samo što ta pravna norma upućuje na takav način odlučivanja (postavljajući uglavnom više mogućnosti od kojih tijelo odabire onu najoportuniju).³⁹

Govoreći o kriteriju donošenja odluke temeljem prava, može se postaviti pitanje trebaju li članovi tog tijela, da bi bili smatrani sudom, biti pravnici. To pitanje razmatra nezavisni odvjetnik Jacobs u svojem Mišljenju u slučaju *Syfait*⁴⁰ u kojem je prethodno pitanje uputila grčka institucija slična hrvatskoj Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja. NO Jacobs tu iznosi svoja razmatranja ovog mjerila: „Kao prvo, po mom mišljenju treba biti relevantno pri procjeni da li je tijelo sudske naravi koliko njegovih članova ima kvalifikacije pravnika ili sudaca. U slučaju grčke Komisije, kako je u zahtjevu objašnjeno, pravila zahtijevaju da samo dva od ukupno devet članova budu pravnici... Po mom mišljenju, relativno ograničen broj mjesta u Komisiji predodređenih za pravnike mora pobuđivati elemente sumnje da tijelo ne može biti određeno kao sud.”⁴¹ Ipak, sagledavajući kvalifikacije za ostala mjesta u Komisiji, i sam NO Jacobs zaključuje da je priroda tog pravnog područja takva da su i druga znanja esencijalna za odlučivanje te da samo dva pravnika u Komisiji zbog drugih elemenata uze-tih u obzir nisu prepreka da bi se tom tijelu odbio status suda u smislu članka 267. Unatoč zaključku NO Jacobsa o dopuštenosti upućenog pitanja, Europski sud i bez razmatranja navedenih mjerila odbija upućeno pitanje.⁴²

Ni razmatranjem ostale prakse nije vidljivo da je Sud usvojio stajalište o relevantnosti sastava tijela za odluku o udovoljenju kriterija donošenjem odluke primjenom pravnih pravila. To ne znači da sastav tijela nije razmatran. Razmatran je primjerice u slučaju *Broekmeulen* u kojem je temeljem sagledavanja ovlaštenika na imenovanje članova utvrđena povezanost tijela sa središnjom državom, dok je preporuka da je predsjednik tijela visoko pozicionirani sudac tek *obiter dictum*.

Zaista, upitna je važnost sagledavanja kvalifikacija osoba koje sačinjavaju tijelo koje upućuje pitanje u kontekstu primjene pravnih pravila. Činjenica da u tijelu stalno osnovanom na zakonu, koje je neovisno, čija je nadležnost prisilna, u *inter partes* postupku odluke temeljem primjene pravnih pravila donosi osoba koja nema pravnu naobrazbu ne lišava tijelo njegovih karakteristika kao suda, bez obzira na to da li je diskutabilna razina zaštite subjekata o čijim se pravima i obvezama odlučuje.

³⁹ O tome više: I. BORKOVIĆ: *Upravno pravo*, 7. izdanje, 2002., NN, Zagreb.

⁴⁰ C-53/03 *Syfait* (2004) ECR I-4609.

⁴¹ NO Jacobs, Mišljenje u slučaju *Syfait* C-53/03 ECR I-4609, paragraf 26; prijevod autorice.

⁴² Kao glavni razlozi navedeni su ovisnost Komisije za tržišno natjecanje o nadležnom ministarstvu, te činjenica da Komisija EU može pokrenuti postupak u tom slučaju čime grčka Komisija gubi nad njime nadležnost, što znači da više u slučaju ne postupa s ciljem donošenja odluke koja ima karakteristike sudske odluke (*Syfait* C-53/03 ECR I-4609, paragrafi 29-37).

4.2. Kriteriji ustanovljeni nakon presude *Vaassen-Göbbels*

4.2.1. Neovisnost tijela

Ovaj kriterij nije spomenut u presudi u slučaju *Vaassen-Göbbels*, nego je novijeg datuma. Ipak, kako i Georgios Anagnostaras⁴³ primjećuje, upravo je ovaj kriterij najčešće presudan u pogledu odluke radi li se o sudu u smislu članka 267. UFEU. Prvi put javlja se u slučaju *Pretore di Saló* 1987. godine u kojem Sud tretira *Pretura di Saló* kao sud temeljem činjenice da je utemeljen na pravu, da donosi odluke temeljem pravnih pravila i da je neovisno, unatoč tome što tijelo obavlja različite funkcije i ne donosi odluke koje imaju karakteristike sudske odluke. Tu se Sud ne upušta u argumentiranje i određivanje metoda temeljem kojih je donio zaključak da je *Pretura* neovisno tijelo.

1993. godine u presudi u slučaju *Corbiau* Sud, iako ne koristi izraz "neovisnost" (eng. independence) kao u prethodno spomenutoj presudi i kasnijoj sudskoj praksi, jasno je da je predmet njegova razmatranja sadržajno element neovisnost tijela koje upućuje prethodno pitanje. Dodatno, Sud taj kriterij postavlja i apstraktno i bez postavljanja rezervi za buduće slučajeve. Upravo suprotno od toga, Sud kriterij formulira kao apsolutan kriterij za kojeg postavlja određeno mjerilo rekavši: „*Treba zapamtiti da je pojam "sud" koncept prava Zajednice koji po svojoj prirodi može značiti samo autoritet koji nastupa kao treća strana u odnosu prema autoritetu koji je usvojio odluku iz koje je proizašao postupak. Na ovoj instanci, Directeur des Contributions ne djeluje kao takva treća strana. Svojim položajem na čelu Direct Taxes and Excise Duties Directorate ima jasnu organizacijsku poveznicu s odjelima koji su donijeli osporavanu procjenu poreza na koju mu je upućena žalba. To je dodatno potvrđeno činjenicom da bi u slučaju da dođe do priziva pred Conseil d'État, Directeur des Contributions bila stranka u postupku.*”⁴⁴. Radi se o mjerilu tijela kao treće strane, pri čemu je organizacijska i funkcionalna neovisnost tog tijela jedno od elemenata za zadovoljenje tog mjerila. Iako sama činjenica da je tijelo organizacijski i funkcionalno nevezano uz donositelja odluke koja je predmet spora nije zaseban kriterij, nego tek mjerilo, Sud doista samo temeljem citiranih zaključaka odbija nadležnost za prethodno pitanje upućeno u ovom predmetu. To pokazuje da ne samo da neovisnost tijela ima karakter apsolutnog kriterija (za razliku od ranije prikazanih kriterija koji su tek relativnog karaktera), nego je i ovo mjerilo primarno mjerilo koje mora biti zadovoljeno kako bi Sud nastavio s utvrđivanjem je li tijelo sud u smislu članka 267. UFEU. Da je ovom presudom kriterij neovisnosti tijela bezuvjetno postavljen, stav je i NO Colomera u Mišljenju u predmetu *De Coster*.⁴⁵

Ipak, samo godinu dana kasnije, u slučaju *Dorsch Consult*, Sud propituje navedeni kriterij, ali koncentrirajući se isključivo na način na koji tijelo donosi odluku i zanemarujući istovremeno mjerilo organizacijske izdvojenosti koja bi za rezultat dala da tijelo u eventualnom prizivnom postupku djeluje kao treća strana, a ne kao stranka u postupku. Isti pristup Sud ima i 1999. godine u slučaju *Köllensperger and Atzwanger*⁴⁶ u kojem je sporan status *Landesvergabeamt* koji je posebno tijelo osnovano radi nadzora ugovora o javnoj nabavi i koncesijama. Nema sumnje u ispunjavanje preostalih kriterija, ali Sud i nakon razmatranja posebnih propisa kojima je reguliran rad tog tijela ostaje sumnjičav prema njegovoj neovisnosti, s obzirom na to da odredbe o uklanjanju s položaja u tijelu nisu dovoljno jasne, poseban propis kojim je uređen ne sadrži posebne odredbe o položaju članova i njegovom prestanku i da ne postoje posebna jamstava neovisnosti. Ipak, povoljnije odredbe za priznavanje tog tijela kao suda Sud nalazi u drugim propisima koji se na njega primjenju

⁴³ G. ANAGNOSTARAS: Preliminary problems and jurisdiction uncertainties: the admissibility of questions referred by bodies performing quasi-judicial functions, *European Law Review* 30 (6), str. 878-890, 2005.

⁴⁴ C-24/92 *Corbiau* (1993) ECR I-1277, paragrafi 15 i 16; prijevod autorice.

⁴⁵ C-17/00 *De Coster* (2001) ECR I-9445, Mišljenje NO Colomer, paragraf 17.

⁴⁶ C-103/97 *Köllensperger and Atzwanger* (1999) ECR I-551.

(Zakon o općem upravnom postupku i Ustav) te kao elemente koji pretežu za priznavanje položaja suda ističe da postoji ustavna odredba o neovisnosti članova tijela u koje spada i *Landesvergabeamt*, zabrana davanja napatka u obavljanju dužnosti te dužnost povlačenja člana u određenim situacijama u kojima je njegova nepristranost upitna. Izneseni elementi za NO Saggio rezultiraju zaključkom da *Landesvergabeamt* ne udovoljava kriterijima po kojima bi se smatrao sudom, dok Europski sud zaključuje suprotno. Upravo zbog nesigurnosti samog Suda u pogledu odluke, ovakva presuda dala je nekoliko mjerila koja i u kasnijim slučajevima mogu služiti kao vodilja u procjeni radi li se o sudu u smislu članka 267. Najznačajniji od njih je definiranje, kako će Sud kasnije u presudi u slučaju *Wilson* to nazvati, vanjskog aspekta neovisnosti tijela. Iz ove presude kao mjerila za ispitivanje kriterija neovisnosti tijela možemo utvrditi:

- postojanje odredbi o neovisnosti članova tijela,
- postojanje jasnih pretpostavki pod kojima član može biti smijenjen,
- zabranu davanja napatka članovima tijela i
- dužnost povlačenja člana tijela u slučaju sumnje na sukob interesa.

Zamjerka ovoj presudi je nedovoljno sagledavanje problematike čini li tijelo zaista nepristranu, treću stranku u postupku. Iako je ova presuda donesena šest godina nakon presude u slučaju *Corbiau* u kojoj je to postavljeno kao jedno od mjerila, Sud ga je zanemario. Nužnost procjene udovoljenju tom mjerilu potvrđuje i kasnije u presudi *Schmid* u kojoj potvrđuje da se radi o apsolutnom mjerilu postavljenom u presudi *Corbiau*: „*Treba upamtiti da izraz sud u smislu članka 234. EZ može značiti samo tijelo koje djeluje kao treća strana u odnosu prema tijelu koje je donijelo odluku koja se osporava.*“⁴⁷.

Daljnji razvoj prakse postavlja nova mjerila za procjenu udovoljavanja kriteriju neovisnosti tijela. 2000. godine u predmetu *Gabalfrisa* postavljena su dva mjerila s obzirom na tijelo čija je odluka predmet razmatranja:

- to tijelo ne može davati obvezujuće upute tijelu koje odlučuje i
- ne može smijeniti članove tog tijela.

Vidimo da se radi o konkretizaciji mjerila iz predmeta *Köllensperger and Atzwanger*. Način na koji je utvrđeno zadovoljenje mjerila pokazuje da je Sud u ovom slučaju primjenio blaže kriterije u odnosu na raniju praksu. Tu leži dio razloga za kritike ove presude.⁴⁸ Naime, Sud je utvrdio navedena jamstva neovisnosti, ali unatoč tome postoji činjenica povezanosti *Tribunales Economico-Administrativo* i Ministarstva ekonomskih odnosa i financija, koji su dio institucije o čijim odlukama Tribunal odlučuje. Iako su odjeli nadležni za različite dužnosti odvojeni, među njima postoji organizacijska i funkcionalna veza koju u ovom slučaju Sud nije razmatrao. Elementi za takvu procjenu postaju jasniji tek nakon presude u slučaju *Schmid* u kojem Sud odbija nadležnost, razgraničavajući pritom sporne elemente u ova dva slučaja. Tu Sud konstatira: „*Tijelo pred koje može biti iznesena žalba na odluku odjela upravnog tijela ne može se smatrati trećom stranom u odnosu na taj odjel i sudom u smislu članka 234, ukoliko postoji organizacijska poveznica s tim upravnim tijelom. Tako će biti osim ako nacionalni zakonodavni okvir osigurava razdiobu funkcija između odjela upravnog tijela čija se odluka osporava s jedne strane i tijela koje presuđuje o pritužbi na odluku tog odjela bez primanja ikakvih uputa od strane upravnog tijela kojem je odjel odgovoran Kada postoji organizacijska i funkcionalna poveznica između prizivnog tijela i regionalnog financijskog tijela koje usvaja osporavanu odluku, nemoguće je smatrati prizivno tijelo trećom stranom u odnosu na to upravno tijelo.*“⁴⁹.

⁴⁷ C-516/99 Schmid (2002) ECR I-4573, paragraf 36; prijevod autorice.

⁴⁸ NO Colomer u Mišljenju u predmetu C-17/00 ECR I-9445.

⁴⁹ C-516/99 Schmid (2002) ECR I-4573, paragrafi 37 i 38; prijevod autorice.

Drugim riječima, u slučaju *Gabalfrisa* Sud utvrđuje da su funkcije jasno razdvojene te da *Tribunales* ne dobivaju napatke za rješavanje slučajeva, čime se tijelo u tom slučaju svrstava pod iznimku općeg pravila da tijelo ne može biti priznato kao sud ukoliko ne postoji organizacijska i funkcionalna razdvojenost njega i tijela o čijim odlukama odlučuje povodom priziva. Za razliku od toga, Sud u slučaju *Schmid* utvrđuje da tijelo ne može biti smatrano neovisnim jer postoji značajna organizacijska i funkcionalna isprepletenost poreznog tijela i tijela koje odlučuje u prizivu na njegove odluke. Ta se povezanost očituje u sastavu tijela na način da je predsjednik poreznog tijela ujedno i predsjednik prizivnog tijela koji određuje njegove ostale članove uz istovremeno postojanje hijerarhijske odgovornosti te u mogućnosti predsjednika da se žali na odluku prizivnog tijela. Dakle, u slučaju *Schmid* radi se o primjeni pravila, dok se u slučaju *Gabalfrisa* radi o iznimci od toga pravila.

2005. godine u presudi u predmetu *Syfait* Sud se opet susreće s problemom određivanja neovisnost tijela, ovaj put grčkog Epitropi Antagonismou (ekvivalenta hrvatskoj Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja) kojemu ne priznaje status suda zbog nedostatka jamstava neovisnosti i nesmjernivosti članova tijela te podložnosti Ministarstvu razvoja na način da ministar uređuje organizaciju i sastav tijela te ima mogućnost utjecaja na sadržaj donošenih odluka. Nastavak je to i potvrda rigidnijeg pristupa izraženog u presudi u slučaju *Schmid*.

Osim organizacijske i funkcionalne ovisnosti, za razmatranje neovisnosti članova tijela od presudne važnosti su jamstva stalnosti njihovog položaja, odnosno zakonsko uređenje njihovoga imenovanja, položaja i smjenjivanja s dužnosti. U presudi *Wilson*, koja se definiranjem pojma sud u smislu članka 267. UFEU bavi tek posredno, Sud detaljnije razrađuje kriterij neovisnosti te utvrđuje da kriterij neovisnosti ima dvije komponente - unutarnju i vanjsku. Vanjska komponenta ranije je definirana u presudi u slučaju *Köllensperger and Atzwanger*, dok se unutarnja komponenta odnosi na objektivnost tijela u postupku, nepristranost u odnosu prema nekoj strani u postupku te nepostojanje sukoba interesa kod člana tijela koje donosi odluku. Osim toga, u ovom slučaju Sud šutnjom potvrđuje da nema namjeru zauzeti rigorozniji stav oko jamstava neovisnosti tijela. U svom Mišljenju u ovom slučaju, NO Stix-Hackl inzistira na stavu da se mjerilo ne može smatrati zadovoljenim ukoliko postoji tek deklaracija neovisnosti tijela, bez zakonskih normi koje bi zabranile uplitanje u postupak i davanje naputaka te koje bi zaštitile članove tijela od smjene s položaja člana. Iako se njezini zahtjevi čine legitimnima, Sud takvo gledište ne usvaja ni u predmetu *Wilson*, nastavljajući time s pristupom iz slučaja *Köllensperger and Atzwanger* u kojem se zadovoljio načelnim deklaracijama neovisnosti.

Ipak, u slučaju *Pilato*,⁵⁰ donoseći presudu 2008. godine, Sud razmatra i činjenicu po- laganja zakletve nadređenima, nepostojanje jamstava neovisnosti te nepostojanje propi- sanih pretpostavki koje moraju biti zadovoljene kako bi član *Industrial Tribunal* mogao biti smijenjen s dužnosti te temeljem toga odlučuje da tijelo ne zadovoljava uvjet neovisnosti.

Iz izloženog vidimo evoluciju kriterija neovisnosti. Prvi put spomenut je 1987. godine, utvrđen 1993. godine, a 2002. godine u presudi u slučaju *Schmid* afirmira se kao kriterij koji se primarno razmatra i čije je nezadovoljavanje nužno uzrok odbijanja nadležnosti za upu- ćeno prethodno pitanje: „*Nepotrebno je utvrđivati da li tijelo nadležno za priziv udovoljava uvjete da bi bilo kategorizirano kao sud u smislu članka 234. EZ, kada se čini da kriterij neovisnost nije zadovoljen.*”⁵¹ I u kasnijoj sudskoj praksi, primjerice u slučajevima *Kommunikationsbehörde Austria*⁵² i *Häupl*⁵³, navedeni se kriterij dosljedno primjenjuje.

⁵⁰ C-109/07 *Pilato* (2008) ECR I-3503.

⁵¹ C-516/99 *Schmid* (2002) ECR I-4573, paragraf 35; prijevod autorice.

⁵² C-195/06 *Kommunikationsbehörde Austria* (2007) ECR I-8817.

⁵³ C-246/05 *Häupl* (2007) ECR I-4673.

Promatrajući način razmišljanja Suda od presude u slučaju *Corbiau* do presude u slučaju *Pilato*, vidljivo je da Sud od prihvatanja deklaratornih odredbi preko priklanjanja zadovoljenju kriterija kada je u dvojbi dolazi do pronalaženja i formalnih i stvarnih aspekata neovisnosti tijela i njegovih članova. Postavljena mjerila sumarizirana su u presudi *Wilson* i ona su:

- djelovanje tijela kao treće strane u odnosu na tijelo koje je donijelo osporavani akt,
- zaštita tijela od intervencija i pritisaka izvan njega (npr. stalnošću položaja članova),
- nepristranost i objektivnost prema strankama u postupku i
- neutralnost u donošenju odluke (nepostojanje interesa članova tijela za određeno rješenje spora).

Važnost navedenih mjerila osobito se očituje u slučajevima u kojima predmetna institucija nije dio redovnog sudskog sustava države članice.

4.2.2. Karakter odluke tijela kao odluke sudske naravi

Važnost karaktera odluke tijela koje inicira prethodni postupak dolazi do izražaja u presudama u predmetima *Salzmann*⁵⁴ i *Victoria Film*⁵⁵. U predmetu *Salzmann* Europski sud izražava stav da je postavljanje pitanja dopušteno samo u slučajevima u kojima je pred sudom slučaj u kojemu on treba donijeti odluku sudske naravi. U konkretnom slučaju, provjeravanje da li prijava udovoljava zakonskim postavkama ne predstavlja takvu ulogu i radi toga *Bezirksgericht* nije ovlašten uputiti prethodno pitanje. Ipak, treba imati na umu presudu u predmetu *Pretore de Saló* u kojoj je zauzet stav da činjenica da tijelo nastupa u više uloga ne utječe na njegov sudbeni karakter. Na taj način može se dogoditi da isto tijelo u obnašanju jednih ovlasti nije ovlašteno na podnošenje prethodnog pitanja, a izvršavajući druge ovlasti ima tu mogućnost. Onaj esencijalni element po kojem se razlikuje jedna situacija od druge je rješavanje pravnog spora.

U predmetu *Victoria Film*, kao tijelo koje upućuje prethodno pitanje javlja se *Revenue Board* za koji Europski sud utvrđuje da je, unatoč utemeljenju na zakonu i neovisnosti, zapravo administrativno tijelo koje daje mišljenje vezano uz poreznu obvezu subjekta. S obzirom na to da se ne radi o rješavanju spora, nego o davanju procjene, ne radi se o sudbenoj nego o administrativnoj funkciji. Tako je i u predmetu *Procura della Repubblica*⁵⁶ Sud prihvatio stajalište NO Colomera izraženo u Mišljenju da to tijelo tek prikuplja dokaze i upućuje slučaj pred sud, pri čemu ono samo nije neovisno nego je stranka u postupku i ne donosi samo odluku te odbio nadležnost za upućeni zahtjev. Prema tome, zaključeno je da *Procura* iz ovoga predmeta koja ima položaj u pravnom sustavu sličan položaju Državnog odvjetništva u Republici Hrvatskoj nije tijelo koje vrši sudbenu funkciju kojoj je rezultat sudska odluka.

Iz izloženih slučajeva vidimo da o karakteru odluke koje tijelo donosi Sud odlučuje temeljem sagledavanja činjenica različitih od primjerice sadržaja ili posljedica donesene odluke. Činjenice koje Sud umjesto toga sagledava su:

- postojanje spora u slučaju povodom kojeg je postavljeno pitanje i
- položaj tijela koje donosi odluku u nacionalnom pravnom sustavu.

Takav pristup jasno je vidljiv već u ranijoj praksi, primjerice u presudi u slučaju *Borker* u kojoj Sud utvrđuje da tijelo koje je uputilo prethodno pitanje ne rješava spor, nego zauzima

⁵⁴ C-178/99 Salzmann (2001) ECR I-4421.

⁵⁵ C-134/97 Victoria Film (1998) ECR I-7023.

⁵⁶ Spojeni slučajevi C-74/95 i C-129/95 Criminal proceedings against X (1996) ECR I-6609.

stav o određenom pitanju te se radi o tijelu čiji je položaj u pravnom sustavu takav da ne zamjenjuje sudski put, nego mu samo prethodi.

Kao što NO Colomer u Mišljenju u predmetu *De Coster*⁵⁷ kaže, do 1995. godine i presude u predmetu *Job Centre*⁵⁸ povodom prethodnog pitanja koje je uputio Tribunale *Civile e Penale di Milano*, činilo se da je prethodno pitanje uvijek prihvaćeno ako ga upućuje tijelo koje je dio redovnog sudskog sustava. Iz ranije sudske prakse zaista proizlazi da tijelo koje u nacionalnom pravnom poretku nedvojbeno čini dio redovnog sudskog sustava može inicirati prethodni postupak bez obzira na funkciju koju u slučaju koji pred sobom ima obavlja. Odras takvog gledišta vidimo u presudi *Pretore di Saló* iz 1987. godine. Tada se čini da Sud u propitivanje kriterija ulazi tek ako se radi o tijelu koje je administrativne ili druge naravi, a ne i ako se radi o tijelu koje je redovni sud. Ipak, nakon presude u slučaju *Job Centre*, situacija ostaje nejasna, s obzirom na to da je Sud odbio nadležnost u tom postupku temeljem stava da u ovom slučaju *Tribunale* ne rješava spor, nego izvršava administrativne ovlasti u nespornom postupku.

Takav pristup Sud potvrđuje u presudi u slučaju *Standesamt Stadt Niebüll*⁵⁹ u kojem odbija status suda u smislu članka 267. UFEU jednom njemačkom Obiteljskom sudu temeljem procjene da u slučaju u kojem taj sud odlučuje o promjeni prezimena djeteta on ne donosi sudsku odluku u sporu, nego izvršava svoje upravne ovlasti.

Nakon dotad prihvaćenih situacija da se tijela koja nisu dio redovnog sudskog sustava smatraju sudovima u smislu članka 267. UFEU, ovdje se događa obratno - temeljem kriterija donošenja sudske odluke, Sud zaključuje da sud koji je dio redovnog sudskog sustava nije sud za potrebe upućivanja prethodnog pitanja u ovakvom slučaju.

4.2.3. Sud države članice

Da bi upućivanje prethodnog pitanja bilo dopustivo po članku 267. UFEU, nužno je da zahtjevu upućuje "sud države članice". Iako se više pažnje posvećuje pitanju definicije pojma sud, u praksi su se pojavili i slučajevi u kojima se analizira zahtjev da se radi o sudu države članice. U predmetu *Dior vs Evora*⁶⁰ prethodno pitanje upućuje sud koji je osnovan kako bi imao nadležnost nad sve tri države Beneluksa. Strogo gramatički tumačeći, ne radi se tu o sudu države članice, nego o zajedničkom sudu država članica. Europski sud primijenio je teleološku metodu tumačenja i, s obzirom na to da je cilj osnivanja toga suda osiguravanje ujednačene primjene pravnih pravila koja vrijede na teritoriju svih triju država, priznao tom sudu status suda u smislu članka 267. UFEU.

Otvoreno je pitanje položaja međunarodnih sudova pred Europskim sudom. Dosad se u praksi nije pojavio slučaj u kojem bi međunarodni sud, primjerice Europski sud za ljudska prava, inicirao prethodni postupak. S obzirom na jasan zahtjev teksta Ugovora da se radi o sudu države članice, što implicitno znači da se treba raditi o sudu koji je dio sudskog sustava države članice, u teoriji prevladava mišljenje da međunarodni sudovi nisu sudovi u smislu članka 267. UFEU.⁶¹

Zanimljivi su slučajevi u kojima dolazi do primjene europskog prava u državama koje nisu članice Europske unije. Prikazat ću dva takva slučaja - primjenu europskog prava sklapanjem međunarodnog sporazuma i primjenu europskog prava prije članstva u EU.

⁵⁷ C-17/00 *De Coster* (2001) ECR I-9445, paragraf 45 Mišljena NO Colomera.

⁵⁸ C-111/94 *Job Centre* (1995) ECR I-3361.

⁵⁹ C-96/04 *Standesamt Stadt Niebüll* (2006) ECR I-3561.

⁶⁰ C-337/95 *Dior vs Evora* (1997) ECR I-6013.

⁶¹ M. BROBERG, N. FENGER: Preliminary references to the European Court of Justice, OUP, 2010., str. 72; Tako i K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, R. BRAY: Procedural Law of the European Union, 2. izdanje, Sweet&Maxwell, London, 2006., str. 44.

Prvi slučaj otvaranja mogućnosti pristupa države koja nije članica EU Europskom sudu u prethodnom postupku temeljem sporazuma s Europskom unijom javlja se 1991. godine povodom sklapanja sporazuma između Europske zajednice i *European Free Trade Association* (EFTA) kojim je stvoren Europski ekonomski prostor. U Mišljenju o nacrtu tog Sporazuma Europski sud izražava stav da davanje ovlasti državama koje nisu članice Europske unije da ovlaste nacionalne sudove na upućivanje prethodnog pitanja Sudu nije u suprotnosti s Ugovorima, pod uvjetom da odluke Suda imaju obvezujući karakter.⁶² Sljedeći put Sud se s istim pitanjem susreće ocjenjujući nacrt Sporazuma o europskom zajedničkom zračnom prostoru⁶³ koji u članku 16. predviđa mogućnost da države stranke Sporazuma koje nisu članice Europske unije pristupe Dodatku IV Sporazuma koji im daje ovlast određivanja opsega i modaliteta korištenja instituta prethodnog postupka pred Europskim sudom. Analizirajući Dodatak IV kojim je ta mogućnost utvrđena, Sud zaključuje da je takva odredba Sporazuma u skladu s Ugovorima jer se radi o interpretaciji normi europskog prava i o obvezatnoj odluci Suda.⁶⁴ Na taj način Europski sud je potvrdio da i države koje nisu članice Europske unije mogu ovladati nacionalne sudove na iniciranje prethodnog postupka ukoliko su po sporazumu obvezne primjenjivati norme europskog prava za čiju je interpretaciju nadležan Europski sud. Ipak, ta mogućnost ostvariva je tek ukoliko postoji volja država da prihvate Dodatak IV Sporazuma.⁶⁵

U Republici Hrvatskoj upravo postoji slučaj izravnog važenja europskih pravnih normi, a bez mogućnosti pristupa Sudu kroz institut prethodnog postupka. Radi se o pravu tržišnog natjecanja, koje od 1. listopada 2010. godine u hrvatsko pravo uvodi europske pravne norme u punom smislu. Naime, novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja⁶⁶ upućuje na članak 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koji upućuje na primjenu svih pravnih normi, kriterija i instrumenata za tumačenje koji u tom području prava postoje u Europskoj Uniji. Na taj način navedene odredbe stavljaju se na primjenu trgovačkim sudovima i Upravnom sudu, a bez mogućnosti korištenja instituta prethodnog postupka. Ipak, možemo se zapitati bi li drugačije uređenje bilo oportuno. Naime, ako znamo da primjena europskog prava ulazi u pravni sustav buduće države članice i prije ulaska u članstvo, trebalo bi dopustiti tijelima koja su po pravnoj normi obvezna primjenjivati europsko pravo da na ovaj način pristupe Sudu. Proširenje pristupa Sudu kroz prethodni postupak bilo bi oportuno i sa stajališta nacionalnih sudova i sa stajališta efikasnosti i ujednačenosti primjene europskog prava.

4.3. Postavljeni kriteriji kao set smjernica u sagledavanju pojma "sud"

Iz prikaza postavljenih kriterija vidimo da kroz sudsku praksu njihova primjena nije ujednačena. Isti kriterij neće se primijeniti u svim slučajevima, a u slučajevima u kojima se primjenjuje ne primjenjuje se uvijek na jednak način i korištenjem istih mjerila. Isto tako, relevantnost svakog od kriterija relativne je naravi i ovisi o svim okolnostima slučaja. O problemima takvog kazuističkog pristupa kritički progovara NO Colomer u Mišljenju u predme-

⁶² Mišljenje Suda 1/91 (1991) ECR I-6079, paragraf 4 Sažetka.

⁶³ Multilateral Agreement between the European Community and its Member States, the Republic of Albania, Bosnia and Herzegovina, the Republic of Bulgaria, the Republic of Croatia, the former Yugoslav Republic of Macedonia, the Republic of Iceland, the Republic of Montenegro, the Kingdom of Norway, Romania, the Republic of Serbia and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo on the establishment of a European Common Aviation Area od 9.6.2006., OJ L285, str. 3.

⁶⁴ Mišljenje Suda 1/00 (2002) ECR I-3493, paragraf 33.

⁶⁵ Dodatak IV nije prihvatila ni Republika Hrvatska koja je ratificirala Sporazum Zakonom o potvrđivanju Mnogostranog sporazuma između Europske zajednice i njezinih država članica, Republike Albanije, Bosne i Hercegovine, Republike Bugarske, Republike Hrvatske, Bivše Jugoslavenske Republike Makedonije, Republike Island, Republike Crne Gore, Kraljevine Norveške, Rumunjske, Republike Srbije i Misije privremene Uprave Ujedinjenih naroda na Kosovu o uspostavi Europskog zajedničkog zračnog prostora, NN - Međunarodni ugovori br. 4/2008.

⁶⁶ Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 79/2009, čl. 74

tu *Da Costa*: „Rezultat je sudska praksa koja je previše fleksibilna i nedovoljno dosljedna, s manjkom pravne sigurnosti koju to izaziva. Duboke kontradikcije uočene između predloženih rješenja Nezavisnih odvjetnika u njihovim mišljenjima i rješenjima koja je usvojio Europski sud u svojim presudama ilustrira loše označen put na kojem zbog toga postoji opasnost izgubit se. Sudska praksa je kazuistička, vrlo elastična i ne osobito znanstvena, sa tako mutnim obrisima da bi pitanje koje kao prethodno upućuje *Sancho Panza* kao guverner otoka *Barataria* bilo usvojeno.”⁶⁷ Stalni apeli nezavisnih odvjetnika za uspostavljanjem restriktivnijih kriterija urodili su plodom jedino u području kriterija neovisnosti, i to ne u potpunosti. Kriteriji *inter partes* karakteristika procedure i sudske naravi odluke koja se donosi kroz praksu doživjeli su vrlo neujednačenu primjenu kojoj se ne može odrediti smjer razvoja. S druge strane, kriteriji utemeljenja tijela na zakonu, stalnosti tijela i donošenja odluke primjenjivanjem prava nisu doživjeli značajnije promjene kroz praksu Europskog suda.

Koliko je i samom Europskom sudu složeno pitanje definiranja pojma sud i kriterija koje pri tome koristi možda se najbolje vidi u presudi u slučaju *Cartesio Oktato* u kojem kaže: „Što se tiče *inter partes* naravi postupka pred nacionalnim sudom, članak 234. ne čini upućivanje pitanja Sudu ovisnim o tome da li je postupak *inter partes*. Ipak, iz tog članka slijedi da nacionalni sud može uputiti pitanje ukoliko je pred njim slučaj u kojem treba presuditi u postupku čiji je cilj donošenje odluke sudske naravi.”⁶⁸ Ono što je simptomatično, a proizlazi iz ove presude je da se za svaki od utvrđenih kriterija može tvrditi isto kao i za *inter partes* karakteristiku - da Ugovor uopće ne čini ovlast na iniciranje prethodnog postupka ovisnim o ispunjavanju tog kriterija. Svi prikazani kriteriji utemeljeni su i razrađeni praksom Europskog suda i svaki od njih jednako je utemeljen na tekstu Ugovora. Ovlast Suda da tumači Ugovore povlači za sobom i ovlast na tumačenje koncepata koji se njima definiraju, ali zauzimanjem stava da kriterij koji je postavljen u praksi nije kriterij postavljen Ugovorom Sud se upušta u suvišnu igru lovljena vlastitog repa, osobito stoga što time ne odustaje od postavljenih kriterija nego ih primjenjuje u tom istom slučaju. Ovlast Suda da tumači pojmove od kojih su sačinjeni instituti postavljeni Ugovorima je neupitna; sporno je jedino na koji način postići ravnotežu fleksibilnosti i pravne sigurnosti nacionalnih tijela koja moraju biti ravnopravan partner Europskom sudu u prethodnom postupku. Upravo taj odnos je osnovni instrument prethodnog postupka. To je i osnovna točka razilaženja mišljenja Suda i nezavisnog odvjetnika Colomera. Iako i Sud doživljava prethodni postupak kao postupak suradnje sudova, otvoreniji je pri njihovom definiranju od nezavisnog odvjetnika Colomera koji se zalaže za restriktivno tumačenje pojma “sud”, pri čemu dopušta samo dvije iznimke (kada nema priziva pred višim sudom i kada se radi o alokaciji sudske funkcije na kvazi-sudbena tijela ustavnom normom).⁶⁹ Za razliku od drugih autoriteta⁷⁰ koji naglasak problema razlikovanja stavljaju na stupanj javne kontrole i uključenost državnih tijela, NO Colomer smatra da se problem prvenstveno svodi na razdvajanje administrativnih tijela od sudbenih tijela, odnosno onih koja obavljaju sudske funkcije (u konkretnom slučaju ili općenito), a koja nisu dio redovnog sudskog sustava. Pitanje utjecaja državnih tijela na postupak pred nacionalnim tijelom zasigurno je važnije od primjerice *inter partes* karakteristike postupka, ali isto tako nije dostatno određena linija razgraničenja između tijela koja jesu i tijela koja nisu ovlaštena inicirati prethodni postupak. Najjednostavniji dokaz toga je primjer presude u slučaju *Victoria Film*. Bilo koje administrativno tijelo ima visok stupanj uključenosti državnog tijela, ali vjerojatno neće zadovoljavati uvjete da bude smatrano sudom. Prema tome, sami ustroj tijela i zadovoljavajući položaj neće biti dovoljan da bi ga se

⁶⁷ Mišljenje NO Colomer u predmetu *Da Costa* ECR 31, paragraf 14; prijevod autorice.

⁶⁸ C-210/06 *CARTESIO Oktató és Szolgáltató* bt. (2008) ECR I-9641, paragraf 56; prijevod autorice.

⁶⁹ Mišljenje NO Colomer u predmetu *Alpe Adria Energia* C-205/08 (2009) ECR 0000.

⁷⁰ Primjerice J. HANLON: *European Community Law*, 3. izdanje, Sweet&Maxwell, London, 2003., str. 162. i N. FOSTER: *Foster on EU Law*, Oxford, 2006., str. 190.

smatralo sudom u smislu članka 267. UFEU jer je unatoč tome nužno i da tijelo sadržajno obavlja funkciju koja ga smješta u položaj suda.

Shvaćanje NO Colomera o prethodnom postupku kao postupku suradnje Europskog suda i nacionalnih sudova je općeprihvaćeno u literaturi. Ipak, razlozi iz kojih se želi isključiti administrativna tijela iz tog postupka nisu toliko uvjerljivi. NO Colomer navodi tri osnovna razloga - to što ta tijela naprosto nisu sudovi pa stoga ne mogu ni sudjelovati u institutu kojim se ostvaruje dijalog sudova, činjenica da ta tijela uglavnom čine osobe koje nisu pravnici, iz čega proizlazi mogućnost da upućena pitanja ne budu postavljena na adekvatan način te mogućnost da se poveća preopterećenje Suda ukoliko se krug ovlaštenika preširoko odredi. Svi izloženi razlozi odraz su realnosti, ali podsjećam da je i inače pristup Suda u pravilu teleološki i da je zadaća Suda upravo da prevlada poteškoće koje postoje u provedbi europskog prava na nacionalnoj razini. Isključivanjem određenog kruga institucija iz prethodnog postupka zaista bi se smanjio obim posla kojeg Sud obavlja, ali bilo bi to na štetu obavljanja funkcije i Suda i instituta prethodnog postupka. Sud očito neće prihvatiti restriktivnije poglede nezavisnih odvjetnika i, kako je utvrđeno u praksi počevši od presude u slučaju *Van Gend en Loos*, priznavat će i administrativnim tijelima status suda u smislu članka 267. UFEU. Sa stajališta svrhe postojanja instituta prethodnog postupka i samog Suda, takav je pristup opravdan. Ipak, to ne znači da ne treba uvesti čvršće kriterije u dosad vrlo neujednačenu sudsku praksu.

Unatoč načelnoj isključivosti, i NO Colomer postavlja dvije iznimke od pravila isključivanja drugih tijela od iniciranja prethodnog postupka. Istina je da bi te iznimke pokrile jedan dio nacionalnih tijela kojima je položaj bio sporan, a koje je Sud prihvatio kao sudove u smislu članka 267., ali ostaje pitanje tijela koja nisu dio redovnog sudbenog sustava i usto nisu tijela posljednje instance. Ako je logično da je prethodni postupak najefikasniji kad je pokrenut u ranoj fazi provođenja postupka pred nacionalnim tijelom, ostaje pitanje smisla oduzimanja prava tijelu koje nije dio redovnog sudbenog sustava da pokrene prethodni postupak, ako već ono mora primijeniti istu pravnu normu s kojom će se kasnije susresti sud povodom pravnog lijeka. Je li povjerenje u veću stručnost više instance zaista toliko da opravdava odlaganje iniciranja prethodnog pitanja? Treba priznati činjenicu da o pravima i obvezama građana primjenom pravnih pravila odlučuju i druga tijela koja nisu sudovi, što davanje ekskluziviteta pomoći Europskog suda samo nacionalnim sudovima čini u neku ruku neprikladnim. Ipak, kako i Jan Komarek⁷¹ zaključuje, odgovornost za uređivanje sudskog sustava tako da efikasno štiti prava građana leži prvenstveno na državama članicama. Slično tvrdi i Sud u slučaju *Broekmeulen*, uvažavajući ipak konkretne okolnosti slučaja.

Zahtjevi NO Colomera za jasnijim definiranjem pojma sud i odmicanjem od kazuističkog pristupa posve su legitimni, i to upravo iz razloga iz kojih ih on postavlja. Razlozi su to pravne sigurnosti i procesne ekonomije. Nacionalna tijela moraju imati visok stupanj uvjerenja u to da će njihovo pitanje biti prihvaćeno od strane Suda. 2009. godine prosječno trajanje prethodnog postupka bilo je 17,1 mjesec⁷², što pokazuje koliko utjecaj upućivanje pitanja ima na jedno od temeljnih ljudskih prava - pravo na suđenje u razumnom roku. Iz tog razloga, ovaj institut treba koristiti odgovorno i oprezno. Stoga je nužno da Europski sud u presudama pobliže odredi svoj stav o postavljenim kriterijima i odredi jasne smjernice u koje se nacionalna tijela s pravom mogu pouzdati. I samom Sudu i nacionalnim tijelima prijeko je potrebna sumarijacija dosadašnje prakse i postavljanje okvira u kojima će se kretati buduća praksa. Ipak, ti okviri moraju biti takvi da se u njih može uklopiti bilo koja

⁷¹ J. KOMAREK: Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order, *Common Market Law Review* 42, str. 9-34, 2005.

⁷² Godišnje izvješće Europskog suda za 2009. godinu, preuzeto na http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/ra09_activite_cour_final_en.pdf; Stranici pristupljeno 10. rujna 2010.

nacionalna institucija koja po duhu članka 267. treba biti u mogućnosti pokrenuti prethodni postupak.

Potrebu za zadržavanjem fleksibilnosti definicije pojma sud u smislu članka 267. UFEU prikazat ću analizom nekih hrvatskih institucija koje su zbog europskih pravnih normi koje primjenjuju potencijalni podnositelji prethodnih pitanja Europskom sudu.

5. Tijela koja se mogu pojaviti kao inicijatori prethodnog postupka

5.1. Tijela koja su dio redovnog sudskog sustava

U ranijoj praksi Sud u pogledu tijela koji su dio redovnog nacionalnog sudbenog sustava prihvaća organizacijski kriterij. Vidljivo je to u presudi u slučaju *Pretore di Saló* u kojem je inicijator postupka po položaju sudac, ali u konkretnom slučaju obavlja funkciju državnog odvjetnika i istražnog suca. Sud tu konstatira: „*Sud je nadležan odgovoriti na zahtjev za prethodni postupak ako taj zahtjev dolazi od suda koji djeluje unutar zakonom određenih granica svojih ovlasti, neovisno i u skladu sa zakonom u slučajevima u kojima je po zakonu nadležan, unatoč tome što određene funkcije koje taj sud obavlja u slučaju u kojem pokreće prethodni postupak nisu, striktno govoreći, sudskog karaktera.*”⁷³. Iako je u ovom slučaju prethodni postupak iniciran u fazi istrage, Sud to nije smatrao relevantnim i prihvatio je upućeni zahtjev. Ipak, do zaokreta u praksi dolazi već u sljedećem desetljeću kad Sud u predmetu *Job Centre*, unatoč tome što se radi o tijelu koje je dio redovnog sudbenog sustava, odbija prihvatiti nadležnost za upućeno prethodno pitanje temeljem stava da provjeravanje udovoljavanju zakonom određenih pretpostavki ne spada u obavljanje funkcije sudskog karaktera. U toj presudi postavljena su dva kriterija - u predmetu u kojem se upućuje zahtjev mora postojati spor i zadatak suda koji inicira postupak mora biti donošenje odluke koja taj spor rješava. Takav pristup potvrđen je i u kasnijoj praksi.⁷⁴ Presuda u slučaju *Cartesio Oktato*, kojemu je također predmet opis u sudski registar, bavi se istim pravnim problemom i donekle ga razjašnjava. U njoj je jasno definirano da sud koji u prvom stupnju odlučuje o ispunjavanju zakonskih pretpostavki ne odlučuje o sporu, ali da odlučivanje o prizivu na tu odluku predstavlja odlučivanje o sporu i da u tom slučaju tijelo ima pravo iniciranja prethodnog postupka pred Sudom.

Primijenjeno na hrvatski pravni sustav, trgovački sudovi koji su ujedno i registarski sudovi u postupku upisa u sudski registar ne bi bili ovlaštene na iniciranje prethodnog postupka pred Sudom, ali bi na to bio ovlašten Visoki trgovački sud koji je nadležan za odlučivanje o žalbi na rješenje registarskog suda.⁷⁵

Prema iznesenom, opće pravilo je da je jedan od uvjeta da bi tijelo koje se u nacionalnom pravnom poretku smatra dijelom redovnog sudbenog sustava bilo prihvaćeno kao sud u smislu članka 267. UFEU, da to tijelo u konkretnom predmetu u kojem inicira prethodni postupak upravo u toj fazi u kojoj upućuje prethodno pitanje obavlja sudsku funkciju s ciljem donošenja odluke kojom se rješava spor koji je pred njim. Ipak, treba naglasiti da ni u ovom pitanju Sud nije posve dosljedan i da je 2004. godine odstupio od utvrđene prakse.⁷⁶

Specifičan je položaj upravnog sudovanja. S jedne strane, radi se o spornom postupku s obzirom na to da je s jedne strane zainteresirana stranka (tužitelj), a s druge strane tijelo koje je donijelo akt (tuženik). Ipak, kako je predmet odlučivanja upravnih sudova pretežito

⁷³ C-14/86 *Pretore di Saló* (1987) ECR 2545, paragraf 7.

⁷⁴ C-182/00 *Lutz i drugi* (2002) ECR 547, C-210/06 *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.* (2008) ECR I-9641.

⁷⁵ Zakon o sudskom registru, NN 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 54/05, 40/07, 91/10.

⁷⁶ U presudi u slučaju C-235/02 *Saetti* ECR I-1005, Sud je prihvatio nadležnost unatoč tome što je sudac koji je uputio pitanje u tom predmetu obavljao funkciju istražitelja.

ocjena zakonitosti⁷⁷, može se postaviti pitanje predstavlja li ocjena zakonitosti donošenje odluke kojom se rješava spor. S tim pitanjem Sud se susreo u predmetu *Gourmet Classic*⁷⁸ u kojem pitanje upućuje švedski Vrhovni administrativni sud koji u tom predmetu odlučuje o zakonitosti mišljenja savjetodavnog tijela temeljem kojeg porezna tijela trebaju donijeti odluku. S obzirom na činjenicu da će to mišljenje imati odraz na prava i obveze stranaka u postupku, Sud prihvaća nadležnost u upućenom pitanju.

Vidimo da u pogledu upravnih sudova Sud ne primjenjuje restriktivniji pristup pri razmatranju udovoljavanja kriterijima za iniciranje prethodnog postupka. I upravni sudovi jednako su kao i ostali sudovi dio nacionalnog sudbenog sustava i donose odluke o spornim pitanjima te na taj način rješavaju sporove koji se pred njima nalaze. Prema tome, ukoliko udovoljavaju ostalim postavljenim kriterijima, nema zapreke da bi se upravni sudovi smatrali sudovima u smislu članka 267. UFEU.

5.2. Upravna tijela

Pitanje razlikovanja sudskih i upravnih tijela središnje je pitanje problematike određivanja opsega pojma "sud" u smislu članka 267. UFEU. Institut prethodnog postupka po utvrđenoj praksi Suda instrument je suradnje Suda i nacionalnih sudova.⁷⁹ Ipak, kako je ranije spomenuto, do primjene europskih pravnih pravila u odlučivanju o pravima i obvezama pojedinaca dolazi i pred tijelima koja nisu dio redovnog sudbenog sustava, i to poglavito tijelima koja su upravna ili imaju karakteristike upravnih tijela. Kad prethodni postupak bude iniciran od strane jednog takvog tijela, Sud će u pravilu pomno razmotriti udovoljava li to tijelo kriterijima postavljenima sudskom praksom. Na primjeru dvaju tijela hrvatskog pravnog sustava prikazat ću provođenje takve analize.

5.2.1. Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (u daljnjem tekstu: Komisija) uređena je Zakonom o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave⁸⁰ i u kontekstu primjene europskog prava osobito je značajna jer je područje javne nabave jedno od bitnih područja u ostvarenju unutarnjeg tržišta Europske unije. Sama Komisija osnovana je kao zasebno tijelo radi usklađivanja hrvatskog prava s europskom pravnom stečevinom u tom pravnom području. Iako je Komisija nadležna za kontrolu postupaka javne nabave, dodjele koncesija i javno-privatnog partnerstva, u ovom prikazu, radi pojednostavljenja, usredotočit ću se na djelovanje Komisije u području javne nabave.

Kao što slijedi iz sudske prakse i kako je konstatirano u presudi u slučaju *Schmid*, polazište razmatranja treba biti udovoljavanje kriteriju neovisnosti. Navedenim Zakonom Komisija je definirana kao samostalno i neovisno državno tijelo koje za rad odgovara Saboru putem podnošenja izvještaja. Sabor također imenuje članove Komisije, i to na prijedlog Vlade. Mogućnost razrješavanja članova dana je također Saboru koji, opet na prijedlog Vlade, može odlučiti o razrješanju do kojega može doći samo ispunjavanjem neke od točno određenih, restriktivnih pretpostavki. Osim toga, kao jamstvo neovisnosti postoji ne

⁷⁷ Tako je i u hrvatskom pravnom sustavu; po članku 3 Zakona o upravnim sporovima, NN 20/2010 predmet upravnog spora je ocjena zakonitosti pojedinačnih i općih akata, ocjena zakonitosti postupanja javnopravnog tijela iz područja upravnog prava kojim je povrijeđeno pravo, obveza ili pravni interes stranke protiv kojeg nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek, ocjena zakonitosti propuštanja javnopravnog tijela iz područja upravnog prava da u zakonom propisanom roku odluči o pravu, obvezi ili pravnom interesu ili redovitom pravnom lijeku stranke odnosno da postupi prema propisu te ocjena zakonitosti sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnog ugovora.

⁷⁸ C-458/06 *Gourmet Classic* (2008) ECR I-4207.

⁷⁹ C-225/02 *Garcia Blanco* (2005) ECR I-523, paragraf 26.

⁸⁰ Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, NN 21/2010.

samo izričita zabrana pokušaja utjecaja na odlučivanje Komisije nego i zabrana „svake uporabe javnih ovlasti, sredstava javnog priopćavanja kao i javno istupanje radi utjecaja na tijek i ishod postupka pred Državnom komisijom.”⁸¹ Prema iznesenim činjenicama, Komisija zadovoljava sva mjerila koja je u pogledu kriterija neovisnosti postavio Europski sud. Uspoređujući pravni položaj Komisije primjerice s položajem *Landesvergabeamt* iz slučaja *Köllensperger and Atzwanger* u kojem je Sud tom tijelu priznao status suda u smislu članka 267., vidimo da Komisija ima jamstva neovisnosti koja ima i *Landesvergabeamt* (odredba o neovisnosti tijela i zabrana davanja naputaka njegovim članovima) uz dodatna jamstva koja to tijelo nema (poseban položaj članova tijela i jasne odredbe o razrješenju s dužnosti). Jedino mjerilo koje po navedenom Zakonu Komisija ne ispunjava, za razliku od *Landesvergabeamt*, jest postojanje odredbi o sprečavanju sukoba interesa kojima se članu tijela nalaže napuštanje položaja člana ukoliko je njegova nepristranost dovedena u pitanje. Iako takva odredba ne postoji u Zakonu, ona postoji u Zakonu o općem upravnom postupku⁸² koji se primjenjuje i na ovo tijelo.

Potrebno je još analizirati pitanje je li Komisija treća strana u odnosu na tijelo čija se odluka pred njom osporava, onako kako je to mjerilo postavljeno presudama u predmetima *Corbiau*, *Gabalfrisa* i *Schmid*. S obzirom na to da je Komisija i organizacijski i funkcionalno zasebno tijelo čije članove imenuje izravno predstavničko tijelo i koje provodi eksterni nadzor nad javnom nabavom, neupitno je da se radi o trećoj strani koja je usto izdvojena iz ostatka sustava. Slijedom iznesenog, ne preostaje drugo nego zaključiti da Komisija udovoljava kriteriju neovisnosti.

Iz iznesenog također možemo zaključiti da je Komisija utemeljena na Zakonu i da je njen karakter stalan. Također, njezina nadležnost povodom žalbe je prisilna za sve slučajeve u kojima postoji njena *rationae materiae* nadležnost.

S obzirom na to da Zakon o javnoj nabavi utvrđuje pravo stranaka da prijave sudjelovanje u postupku čime stječu pravo podnošenja dokaza, davanja izjava i očitovanja o zahtjevima i navodima druge strane, možemo zaključiti da se radi o *inter partes* postupku pred Komisijom. Unatoč tome što Komisija odluku donosi na sjednici, bez saslušavanja žalitelja i naručitelja, u praksi Suda takve okolnosti nisu razmatrane kao relevantne za procjenu radi li se o *inter partes* proceduri pa to ne bi ni ovdje trebao biti razlog za donošenje suprotne odluke.

Komisija odluke donosi primjenom proceduralnih pravila sadržanih u Zakonu o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave te supsidijarnom primjenom Zakona o općem upravnom postupku. Izvor materijalnih pravila koja primjenjuje su zakoni kojima se uređuju pravna pitanja u kojima postoji njena nadležnost (Zakon o javnoj nabavi, Zakon o koncesijama, Zakon o javno-privatnom partnerstvu) i drugi materijalnim propisima. Prema tome, Komisija u donošenju odluka primjenjuje pravna pravila.

Kriterij koji posebno treba razmotriti jest pitanje je li odluka Komisije odluka sudske naravi. Mjerila koja treba sagledati da bi se dao odgovor na to pitanje su postojanje spora u predmetu pred Komisijom i položaj Komisije u pravnom sustavu. Neupitno je da u slučajevima pred Komisijom postoji spor; to je spor tijela koje je donijelo osporavanu odluku (u postupku javne nabave to je naručitelj) i žalitelja koji je nezadovoljan ishodom natječaja. Do poteškoća dolazi u sagledavanju položaja Komisije u pravnom sustavu. Ovdje ne možemo reći, kao u predmetu *Victoria Film*, da Komisija tek daje svoje mišljenje o postavljenom pitanju; odluka Komisije, ukoliko nije osporena, ima neposredan utjecaj na prava i obveze žalitelja i naručitelja. Također, nema elemenata ni za zaključak da se radi o izvršavanju upravnih funkcija. Komisija donosi rješenja kojima može žalbu odbaciti, odbiti ili usvojiti

⁸¹ Članak 4. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, NN 21/2010.

⁸² Zakon o općem upravnom postupku, NN 47/2009.

i poništiti natječaj čiji se ishod osporava. Ipak, slijedeći logiku iz slučaja *Borker*, Europski sud bi mogao zaključiti da postupak pred Komisijom nije zamjena za sudski put, nego mu samo prethodi. Tako na odluku Komisije postoji mogućnost žalbe Upravnom sudu. Prema tome, vidimo da ishod prethodnog postupka nije izvjestan. S obzirom na relativnost potonjeg kriterija i udovoljavanje svim ostalim kriterijima, unatoč dvojbi oko zadovoljavanja kriterija karaktera odluke kao sudske, smatram da bi Sud trebao prihvatiti Komisiju kao sud u smislu članka 267. UFEU.

5.2.2. Samostalna služba za drugostupanjski upravni postupak

Samostalna služba za drugostupanjski upravni postupak (u daljnjem tekstu: Služba) utemeljena je Uredbom o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva financija⁸³ kao tijelo nadležno za rješavanje o žalbama protiv upravnih akata Porezne uprave, Carinske uprave i Financijske policije iz djelokruga poreznog postupka, carinskog postupka i postupka financijskog nadzora nad zakonitošću obračuna i uplata proračunskih prihoda i naknada propisanih drugim posebnim zakonima. Radi jednostavnosti i preglednosti ovog rada, koncentrirat ću se samo na nadležnost Službe u poreznom postupku.

S obzirom na to da je Služba nadležna za žalbe na akte Porezne uprave, a Porezna uprava provodi propise Europskih zajednica o administrativnoj suradnji na području poreza na temelju Direktiva 77/799 EEZ⁸⁴ i 2008/55 EZ⁸⁵ te izravno primjenjuje odredbe Uredbe Europskih zajednica o administrativnoj suradnji na području poreza na dodanu vrijednost⁸⁶, u budućnosti je moguće da će se pojaviti praktična potreba za prethodnim postupkom pred Europskim sudom. S obzirom na specifično uređenje, njen položaj pred Sudom u eventualnom prethodnom postupku treba biti pažljivo razmotren.

Spomenutom Uredbom Služba je definirana kao zasebna ustrojvena jedinica Ministarstva financija i određena joj je nadležnost *rationae materiae*. S obzirom na to da je postupak pred Službom definiran kao upravni postupak, primjenjuje se Zakon o općem upravnom postupku.

Razmatrajući kriterij neovisnosti, treba uočiti da Uredba kojom je Služba osnovana ne sadrži nikakve odredbe o neovisnosti Službe niti o neovisnosti njenih članova. Tom Uredbom utvrđena je funkcionalna i personalna razgraničenost odjela unutar Ministarstva, ali i dalje vidimo da je Služba tek dio Ministarstva financija kojem je po tome hijerarhijski podložna. Ipak, s obzirom na to da je Služba dio Ministarstva financija kojem je u interesu ostvarivanje poreznih prihoda i čiji su dio i porezna tijela čiji su akti predmet žalbe, može se raspravljati o stvarnom postojanju organizacijske neovisnosti. Ipak, s obzirom na presudu u slučaju *Gabalfrisa* u kojem su također tijelo koje donosi akt i tijelo koje odlučuje o žalbi na njega dio istog ministarstva, tu činjenicu Sud ne bi razmatrao ukoliko namjerava ostati pri dosadašnjoj praksi. I ovdje, kao u slučaju *Gabalfrisa*, postoji ograničena razdvojenost tih dvaju tijela, što znači da prethodni postupak ne bi bio odbačen kao u slučaju *Schmid*.

Također, u Uredbi nema odredbi o zabrani davanja naputaka članovima Službe niti drugih odredbi koje bi jamčile stalnost položaja i neovisnost članova. Zakon kojim se zasniva nadležnost Službe za slučajeve vezane uz porezni postupak je Opći porezni zakon⁸⁷ koji nema posebne odredbe kojima bi se jamčila neovisnost tijela koje odlučuje (nema, primjeri-

⁸³ Uredba o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva financija, NN 43/05, 114/05, 14/06, 138/06, 127/07, 14/08, 27/08 i 29/09.

⁸⁴ Direktiva Vijeća br. 77/799 EEZ od 19.12.1977., OJ L 336 str. 15-20.

⁸⁵ Direktiva Vijeća br. 2008/55 EZ od 26.05.2008., OJ L 150 str. 28-38.

⁸⁶ Uredba Vijeća br. 1798/2003 od 7.10.2003., OJ L 264 str. 1-11.

⁸⁷ Opći porezni zakon, NN 147/08.

ce, zabrane davanja instrukcija tijelu koje donosi odluku i nema jamstava stalnosti položaja njegovih članova). Takvih odredbi nema ni u Zakonu o općem upravnom postupku koji se supsidijarno primjenjuje u upravnim stvarima. Jedina odredba koja govori u prilog ostvarenju neovisnosti Službe je odredba o dužnosti izuzeća člana tijela pod točno određenim uvjetima zbog kojih postoji sumnja u njegovu nepristranost.

Slijedom iznesenog, nije vjerojatno da bi Europski sud utvrdio da je Samostalna služba za drugostupanjski upravni postupak sud u smislu članka 267. UFEU. S obzirom na stav Suda izražen u presudi u slučaju *Schmid*, iako Služba udovoljava preostalim kriterijima (radi se o stalnom tijelu, utemeljenom na zakonu koje u *inter partes* postupku donosi odluku sudskog karaktera), Sud se ne bi niti upuštao u razmatranje tih kriterija nakon što uoči da Služba ne udovoljava kriteriju neovisnosti.

5.3. Privatna tijela

Osim tijela usko vezanih uz središnju državu, kao tijela koja primjenjuju određena pravna pravila pri donošenju odluka, javljaju se i profesionalna, disciplinska i druga tijela. Kako je prikazano, više takvih tijela iniciralo je prethodni postupak pred Sudom. I na njih je Sud u odlučivanju primjenjivao kriterije utvrđene sudskom praksom. Osnovne skupine privatnih tijela čija se ovlast na iniciranje prethodnog postupka razmatrala pred Sudom su profesionalna i disciplinska tijela te arbitražni sudovi. Upravo kako bi se arbitražni sudovi isključili iz prethodnog postupka, utvrđeni su neki od kriterija (osobito kriteriji stalnosti i prisilne nadležnosti). Značajna iznimka od pravila da arbitražni sudovi nisu ovlašteni pokrenuti prethodni postupak su slučajevi u kojima postoji *de iure* ili *de facto* prisilna nadležnost arbitražnog suda. Temeljem toga bi u hrvatskom pravnom sustavu u određenim radnopravnim sporovima arbitražni sud mogao imati pristup Sudu kroz institut prethodnog postupka.⁸⁸

Kad je tijelo koje inicira prethodni postupak profesionalno ili disciplinsko tijelo, Sud provodi opsežniju analizu u kojoj su osobito značajni veza tog tijela i središnje države, određenost procesnih i materijalnih pravila zakonima te uloga tog tijela i njegove konkretne odluke u ostvarivanju prava pojedinca koji su stranka u postupku. Osobito je značajno postojanje drugih pravnih sredstava u konkretnoj situaciji. Analizu pravnog položaja jednog takvog tijela prikazat ću na primjeru Hrvatske odvjetničke komore.

Hrvatska odvjetnička komora (u daljnjem tekstu: HOK) je samostalna organizacija sa svojstvom pravne osobe, a obvezno članstvo odvjetnika u njoj propisano je Zakonom o odvjetništvu⁸⁹. Odvjetnička komora, među ostalim, vodi imenike odvjetnika i odvjetničkih vježbenika, upisnike zajedničkih odvjetničkih ureda i odvjetničkih društava te Imenik stranih odvjetnika s matičnim sjedištem iz država članica Europske unije i Imenik odvjetnika koji u Republici Hrvatskoj imaju pravo obavljati odvjetničko zanimanje pod nazivom odvjetnik. 2008. godine uvedene su u Zakon o odvjetništvu izmjene koje reguliraju obavljanje odvjetničke djelatnosti odvjetnika iz država članica Europske unije. Te odredbe stupaju na snagu danom ulaska RH u Europsku uniju, a za obavljanje djelatnosti tih odvjetnika (kojim se ostvaruje sloboda kretanja radnika i sloboda pružanja usluga na unutarnjem tržištu EU) potreban je upis u imenik ili izdavanje potvrde koje provodi HOK. Dok HOK proceduru provodi po pravilima određenim Statutom, pretpostavke za upis u imenike i izdavanje potvrde utvrđeni su Zakonom o odvjetništvu.

Iako u praksi Europskog suda postoje dva značajna slučaja srodna ovome s obzirom na to da se radi o tijelu pred koje je stavljen zahtjev za deklaracijom ispunjavanja uvjeta po-

⁸⁸ Primjerice u slučaju određivanja poslova koji se ne smiju prekidati u slučaju štrajka, pri čemu sukladno čl. 278. Zakona o radu postoji obvezna nadležnost arbitražnog suda ukoliko ne dođe do sporazumnog određivanja tih poslova; Zakon o radu, NN 149/09.

⁸⁹ Zakon o odvjetništvu, NN 9/94, 117/08, 50/09 i 75/09.

stavljenih zakonom, radi se ovdje o specifičnoj situaciji. Za razliku od presude *Broekmeulen*, ovdje su samo pretpostavke za priznavanje statusa (odnosno upis u imenik) određene zakonom, dok su pravila procedure određena Statutom HOK-a. Iz toga zaključujem da se procedura ne odvija u potpunosti pod nadzorom središnje države kao u slučaju *Broekmeulen*. S druge strane, u slučaju *Borker* Sud stavlja naglasak na mogućnost redovnog pravnog puta pred sudovima. Diskutabilno je postoji li u ovom slučaju redovni pravni put. Zakonom o odvjetništvu utvrđena je mogućnost žalbe na odluku HOK-a koja se podnosi Upravnom odboru HOK-a. Odluka Upravnog odbora može se pobijati pred Vrhovnim sudom, pri čemu se priziv inicira posredstvom HOK. U prizivnom postupku Vrhovni sud Republike Hrvatske odlučuje u vijeću sastavljenom od pet članova, od kojih su predsjednik i dva člana suci toga suda, a dva člana odvjetnici s liste koju je utvrdila Hrvatska odvjetnička komora⁹⁰. Na taj način upitan je položaj Vrhovnog suda u tom postupku kao treće strane kada postoji preklapanje između članova vijeća koje donosi odluku i članova tijela koje je osporavatu odluku donijelo. Važno je uočiti da je to odsakanje od uobičajenog sastava vijeća Vrhovnog suda koje se redovno sastoji od pet sudaca tog suda. Također, u žalbenom i prizivnom postupku primjenjuju se odredbe o upravnom sporu. Iz iznesenog vidimo da je teško zastupati stav da se radi o redovnom pravnom putu, što znači da je malo vjerojatno da bi se Sud poveo argumentacijom iz slučaja *Borker*. Čak i u fazi u kojoj slučaj dopijeva do suda, ne radi se o sastavu suda niti o pravilima postupka koja on inače primjenjuje. Isto tako, prije tog dolaska slučaja pred sud, mogućnost upravnog spora zamijenjena je žalbenim postupkom koji se odvija pred HOK-om. S obzirom na to da članovi koje imenuje HOK uvijek sudjeluju u prizivnom postupku, vidimo da unatoč mogućnosti priziva ne postoji mogućnost priziva tijelu koje bi bilo treće tijelo u odnosu na ono koje je donijelo pobijanu odluku. Time ni u žalbenom postupku pred HOK ni u prizivu pred Vrhovnim sudom nije ispunjen kriterij nezavisnosti koji Europski sud zahtijeva kako bi se tijelo smatralo sudom. Ipak, s obzirom na to da je time iscrpljen pravni put, Europski sud bio bi stavljen u položaj da odbije nadležnost u takvim prethodnim postupcima, čime bi ugrozio temeljna načela slobode kretanja radnika i usluga te poslovnog nastana u Europskoj uniji. Iz tog razloga smatram da bi Europski sud postupio oportuno i prihvatio nadležnost kao u slučaju *Broekmeulen*.

6. Zaključak

Određivanje pojma sud u smislu članka 267. UFEU spada u isključivu nadležnost Europskog suda. Sud u praksi određuje listu kriterija koju kasnije nadopunjava i donekle relativizira nedosljednom primjenom. Uz jasno isticanje relativnosti svih ostalih i apsolutnosti kriterija neovisnosti, Sud slijedi kazuistički pristup i od slučaja do slučaja odlučuje o tome koje će kriterije, i koliko pomno, razmotriti. Iako je takva praksa kritizirana u doktrini i od strane nezavisnih odvjetnika, analizom samo nekih hrvatskih institucija vidimo da, unatoč bogatoj praksi, i dalje Sud nije bio suočen sa svim dilemama. Zaista, u zasad 27 država članica od kojih svaka ima stotine različitih tijela koja donose odluke o pravima i obvezama građana, broj različitih situacija je vrlo velik. Upravo kako bi se pomirile sve različitosti tih tijela pred Europskim sudom u prethodnom postupku, nužan je fleksibilan pristup u određivanju pojma sud. Stoga Europski sud nikada nije, niti bi trebao dati definiciju suda u smislu tog članka. Čak i kada bi je dao, ona bi morala biti toliko široka i općenita da ne bi imala praktičnu važnost. Ipak, granice fleksibilnosti u tumačenju moraju postojati iz dva razloga, čija je osnova pravna sigurnosti. Ukoliko tijelo ne zna ima li mogućnost prethodnog postupka pred Sudom, vjerojatno neće taj postupak niti inicirati. Također, prethodni postupak traje određeno vrijeme, što ima izravan učinak na jedno od ljudskih prava - pravo na suđenje u razumnom roku. Prema tome, nejasnim metodama definiranja pojma sud ugrožena su

⁹⁰ Čl. 60. Zakona o odvjetništvu, NN 9/94, 117/08, 50/09 i 75/09.

nacionalna tijela na koja se taj pojam odnosi i građani čiji slučajevi trebaju biti riješeni od strane tog tijela.

Pred Europskim sudom zaista je težak zadatak, a to je ostvarenje savršene ravnoteže između sigurnosti i fleksibilnosti. Optimalan način za to ostvarenje je jasno definiranje kriterija te mjerila kojima se utvrđuje ispunjavanje tih kriterija uz određivanje elemenata kojima se ta mjerila procjenjuju. Kao što je prikazano, u nekim kriterijima takav pristup je razvijen (osobito kod kriterija neovisnosti), dok su neki kriteriji i nakon pola stoljeća sudske prakse nejasni. To su svakako pitanja kojima će se Sud kroz praksu morati pozabaviti kako bi se u punini mogli ostvariti ciljevi prethodnog postupka.

Summary

This paper is an analysis of the approach of European Court of Justice in defining the concept of a court or tribunal, which can initiate a preliminary ruling procedure. Preliminary ruling procedure is based on the article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union and the scope of the court or tribunal is left to the interpretation of the European Court of Justice. In more than 50 years of judicial practice, the European Court of Justice continues to avoid giving a conclusive definition on what constitutes a court or tribunal, deciding instead to set certain criteria that define a court or tribunal and apply the criteria on case-by-case basis. This paper analyses judicial practice in defining and applying those criteria. Due to the importance of this institution in new member states and dilemmas which may occur in applying the concept of court or tribunal on the national bodies, certain representative Croatian bodies are analysed from this aspect.

Key words: Preliminary ruling procedure, European Court of Justice, interpretation of European law, national court or tribunal