

FINANCIRANJE PROJEKATA NA POMORSKOM DOBRU¹

ZORAN TASIĆ, dipl. iur.*

UDK 341.221.25
341.223.3
658.14
DOI 10.21857/yvjrdcqqrky
Stručni članak
Primljeno: 2.10.2017.
Prihvaćeno za tisak: 13.12.2017.

Koncesije otvaraju vrlo osjetljiva politička, ekonomska i pravna pitanja u mnogim državama svijeta. Samo definiranje pojma koncesije često je komplicirana i ne sasvim jasna zadaća. OECD je prihvatila definiciju koncesije kao: "davanje prava privatnom trgovačkom društvu da može gospodarski upravljati određenom infrastrukturnim uslugama i za to zarađivati naknadu. Koncesionar dobija u posjed određene objekte (ali vlasništvo na tim objektima ostaje u rukama države) te ih koristi u svrhu obavljanja određene djelatnosti ili usluge sukladno odredbama ugovora".²

Hrvatsko pravo definira koncesije načelno kao pravo stečeno temeljem ugovora o koncesiji, a sukladno uvjetima sadržanim u odluci o davanju koncesije (koju je donijelo odgovarajuće upravno tijelo), a u odnosu na pomorsko dobro, specifično, kao pravo državne vlasti da može dio pomorskog dobra, koje je inače dobro izvan pravnog prometa (res extra commercium), isključiti iz opće uporabe bilo dijelom ili u cijelosti, i dati ga fizičkoj ili pravnoj osobi na gospodarsko korištenje sukladno određenim prostornim planovima. Građevine i drugi objekti izgrađeni na pomorskom dobru čine njegov sastavni dio.

Zakonom je jasno određeno da nikakva stvarna prava nisu dopuštena na pomorskom dobru, uključivo i na objektima izgrađenima na njemu.

Projekti na pomorskom dobru često uključuju velike infrastrukturne projekte, razvoje luka i marina, koji iziskuju značajna financijska sredstva.

* Zoran Tasić, dipl. iur., Dedicato d.o.o., Ljudevita Gaja 49, 10000 Zagreb; e-mail: zoran.tasic@dedicato.hr

¹ Napomena autora: ovaj je članak prikaz autorova izlaganja na Drugoj konferenciji AMLC održanoj dana 25. - 26. svibnja, 2017. godine u Opatiji. Međutim, kako je u periodu između održavanja rečenoga skupa i pisanja ovoga članka stupio na snagu novi Zakon o koncesijama, autor u ovome članku odstupa od svojega izlaganja u dijelu koji se odnosi na stari Zakon o koncesijama iz 2012. godine.

² OECD Observer, Policy Brief, May, 2007.

Banke koje financiraju takve projekte zahtijevaju organiziran i transparentan zakonski okvir koncesija, slobodu ugovaranja, pravnu zaštitu svih strana uključenih u projekt (uključivo i mogućnost međunarodne arbitraže).

Takvi se projekti uobičajeno financiraju putem modela projektnih financiranja koja zahtijevaju značajni ulog kapitala i uključuju veliki broj sudionika kao što su banke, građevinske firme, investitori, upravitelji projekata, razni dostavljači i izvršitelji raznih usluga, javni sektor, itd. Projektne financiranja ovise u cijelosti o prihodu kojeg ostvaruje sam projekt, a koji prihod je jedini izvor otplate kredita, te o "dostupnosti za banku prihvatljivih instrumenata osiguranja na bazi imovine i prihoda koncesionara, uključivo i pravo 'step-in', te mogućnosti državnih jamstava za uredno ispunjenje obveza preuzetih od strane davatelja koncesije".

Svrha instrumenata osiguranja (uključivo i cesije prava koncesionara iz raznih projektnih ugovora) za ispunjenje koncesionarevih kreditnih obveza je da u slučaju neispunjenja koncesijskih obveza banka može "uskočiti" u projekt i preuzeti kontrolu nad njime kako bi ga dovela do kraja (umjesto ovrhe instrumenata osiguranja). Zbog toga su projektni ugovori, uključivo ugovor o koncesiji, na prvom mjestu, od izuzetne važnosti za banku.

Uobičajeno je da instrumenti osiguranja ne imovini koncesionara ne uključuju hipoteku na objektima projekta izgrađenima na pomorskom dobru. Hrvatsko pravo ne dopušta zasnivanje hipoteke na pomorskom dobru. Međutim, to nije prepreka bankama da financiraju projekte na pomorskom dobru. S aspekta projektnih financiranja nije potrebno mijenjati zakon da bi se dopustilo osnivanje hipoteke na pomorskom dobru. Drugi, naprijed navedeni instrumenti osiguranja osnovani u korist banaka, uključivo i izravni ugovori, dovoljni su bankama da bi učinkovito kontrolirale projekt kojega financiraju.

Ključne riječi: *koncesija; ugovori; projektne financiranje; pomorsko dobro; instrumenti osiguranja; izravni ugovori; hipoteka.*

UVOD

Pomorsko dobro je definirano odredbama Glave II Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama³ ("ZPDML") kao opće dobro od interesa za Republiku Hrvatsku. Ono obuhvaća morsku obalu, luke, nasipe, sprudove, hridi, grebene, plaže, ušća rijeka koje se izlijevaju u more te kanale spojene s morem. Građevine i drugi objekti na pomorskom dobru koji su trajno povezani s pomorskim dobrom smatraju se pripadnošću pomorskog dobra. Na pomorskom dobru ne može se stjecati pravo vlasništva ni druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi.

³ Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama (NN 158/03, 100/04, 141/06, 38/09, 123/11, 56/16).

Nadalje, gospodarsko korištenje pomorskoga dobra je korištenje pomorskog dobra za obavljanje gospodarskih djelatnosti, sa ili bez korištenja postojećih građevina i drugih objekata na pomorskom dobru, te sa ili bez gradnje novih građevina i drugih objekata na pomorskom dobru.

Nadalje, odredbama 3. Dijela, Glave II ZPDML određeno je da se naprijed navedeno gospodarsko korištenje pomorskoga dobra može obavljati jedino putem koncesija, a koncesija na pomorskom dobru je definirana kao pravo kojim se dio pomorskog dobra djelomično ili potpuno isključuje iz opće upotrebe i daje na posebnu upotrebu ili gospodarsko korištenje fizičkim i pravnim osobama, sukladno prostornim planovima. Opseg i uvjeti gospodarskog korištenja pomorskog dobra, kao i povezana prava i obveze, određuju se i nastaju sklapanjem ugovora o koncesiji.

Da je koncesija izuzetno osjetljivo političko, gospodarsko i pravno pitanje govori i sama činjenica da je ona predmetom mnogih međunarodnih pravnih uređenja kao što su:

- OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements, 1999-2000;
- UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000;
- UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2003;
- EBRD razne studije o koncesijskim propisima u zemljama njezinoga djelovanja.⁴

Za financijski/bankarski sektor važno je da u zemlji postoji uređen i transparentan sustav javnih nabava pri dodjeli koncesija, te da nema čestih promjena u zakonodavstvu o koncesijama koje mogu ugroziti projekte koje financiraju. Neophodna je usklađenost zakonskih propisa o koncesijama s drugim propisima kao i visoka razina sloboda ugovaranja uvjeta koncesije. Važno je da postojeće zakonodavstvo štiti prava objiju ugovornih strana i dozvoljava najefikasnije rješavanje sporova (uključivo i mogućnost inozemne arbitraže), kao i da postoji financijska sposobnost davatelja koncesija da ispunjava svoje ugovorne obveze.

⁴ European Bank for Reconstruction and Development: Concession Laws Assessment 2007/8, Final Report, July 2008.

UGOVOR O KONCESIJI

Ugovor o koncesiji, njegova svrha i obujam određeni su dijelom odredbama ZPDML i Zakona o koncesijama⁵ ("ZK"). Tako članak 3. ZK upućuje da se koncesija stječe ugovorom o koncesiji, a članak 5. da je ugovor o koncesiji "upravni ugovor koji u pisanom obliku i na određeno vrijeme sklapaju davatelj koncesije i koncesionar o međusobnim pravima i obvezama vezanim uz danu koncesiju na temelju odluke o davanju koncesije."

Načelno, ugovorom o koncesiji određuje se gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra za koje je zakonom određeno da je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku te, pored prava i ovlaštenja davatelja koncesije, prava i obveze koncesionara. Ugovorom se između ostaloga određuje područje pomorskog dobra koje se daje u koncesiju kao i vremensko razdoblje koncesije. Svrha u koju se koncesija daje je važan dio ugovora, kao i iznos dužnog investicijskog ulaganja sukladno studiji gospodarske opravdanosti, a kako bi se ta svrha postigla.

Ugovorom je zabranjen prijenos prava iz koncesije bez izričitog odobrenja davatelja koncesije. Financijske odredbe ugovora o koncesiji utvrđuju obvezu plaćanja godišnje koncesijske naknade koja se sastoji od stalnog i promjenjivog dijela i način plaćanja, te formulu usklađivanja iznosa stalnog dijela naknade. ZK propisuje da ugovorom treba utvrditi obvezu ovlaštenika koncesije dostaviti zadužnicu, garanciju ili drugi instrument osiguranja naplate naknade za koncesiju, te naknade štete koja može nastati zbog neispunjenja obveza iz ugovora o koncesiji.

No, iako ZPDML i ZK upućuju da se ugovorom o koncesiji uređuju međusobna prava i obveze davatelja i primatelja koncesije (kao da se radi o ugovoru građanskog ili privatnog prava), niti jedan od ovih zakonskih tekstova ne govori niti o jednoj obvezi davatelja koncesije prema koncesionaru, već samo o njegovim ovlaštenjima i obvezama koje ima prema raznim državnim tijelima (što upućuje na ugovore upravnoga prava, čime je zakonodavac unio popriličnu zbrku).

Dakle, davatelj koncesije ima samo prava i ovlaštenja naplaćivati koncesijsku naknadu, vršiti kontrolu nad izvršenjem koncesije, te provoditi svoja ovlaštenja i izvršavati svoje obveze prema raznim tijelima vlasti koje ima temeljem zakona.

Međutim, da bi se ostvarili maksimalni ciljevi koncesioniranja pomorskoga dobra, ugovorom bi davatelj koncesije (bilo da je to županija, Vlada RH uz

⁵ Zakon o koncesijama (NN 69/17).

suglasnost Sabora, lučka uprava) trebao jamčiti koncesionaru slobodan pristup pomorskom dobru i njegovo korištenje i obvezati se da će poduzimati sve mjere potrebne kako bi se koncesionar slobodno mogao koristiti svojim pravima i ispunjavati svoje obveze. Davatelj koncesije bi se ugovorom trebao obvezati da će održavati relevantne zakonske propise na snazi za vrijeme trajanja koncesije, te se obvezati da ih neće mijenjati ni nadopunjavati bez prethodne suglasnosti s koncesionarem. Svrha ove odredbe je omogućiti korisniku koncesije da, ako dodje do takvih izmjena ili dopuna relevantnih zakonskih tekstova koje bi mu onemogućavale obavljanje koncesije na način i pod uvjetima koje su ugovorne strane imale u vidu kada su sklapale ugovor o koncesiji, ili zahtjeva izmjene relevantnih ugovornih odredaba kako bi se ostvarila originalna volja stranaka ili, ako drugo nije moguće, da u novonastalim okolnostima odustane nekažnjeno od daljnjeg ispunjenja ugovora.

Nadalje bi se davatelj koncesije trebao ugovorom obvezati da će obavljati svoje funkcije blagovremeno (izdavanje potrebnih dozvola, odobrenja i sl.), te, koliko je to u njegovoj moći, pomagati koncesionaru pri dobijanju svih dozvola i odobrenja kod nadležnih tijela koja su mu potrebna kako bi ostvario svoja ugovorna prava i ispunjavao svoje ugovorne obveze. Važno je da se davatelj koncesije obveže koncesionaru da će mu omogućiti korištenje svim sredstvima koja su mu potrebna u ispunjenju ugovora (uključivo zaduživanje na domaćem ili inozemnom tržištu, uvoz neophodne opreme i materijala, upošljavanje i angažiranje potrebnih stručnjaka, i sl.).

Temeljem ugovora davatelj koncesije će dostavljati koncesionaru sve informacije u svojoj nadležnosti, a koje su koncesionaru potrebne radi ispunjenja ugovora i razvoja projekta (o izdanim građevinskim dozvolama, o stanju u zemljišnim knjigama, mape s označenim pristupima struji, vodi, plinu, o okolnim zemljištima/pomorskim dobrima, itd.). Ujedno bi se trebao obvezati da će pomagati koncesionaru koliko je god to moguće pri naplati naknada i tarifa od korisnika usluga koncesije, te omogućiti koncesionaru slobodno pravo prolaza na područjima projekta i priključke na struju, vodu, plin.

Ugovorom bi se davatelj koncesije trebao obvezati da se neće uplitati u svakodnevni posao koncesionara osim ako je to izričito ugovoreno

Davatelj koncesije ne bi trebao povlačiti ili jednostrano mijenjati odluke, uredbe i druge akte donesene radi provedbe koncesije i razvoja projekta, i trebao bi se obvezati da neće mijenjati vlasnički ili drugi režim pomorskog dobra na kojem je izdana koncesija. Svrha ove odredbe bi bila omogućiti korisniku koncesije da, ako dođe do takvih izmjena u vlasničkom režimu na pomorskom

dobru na kojem ima koncesiju, može zahtijevati ili adekvatne izmjene ugovora ili raskid ugovora ako je koncesija u takvim, izmijenjenim uvjetima postala onemogućena.

Za vrijeme trajanja koncesije davatelj koncesije ne bi trebao dopustiti ni jednoj drugoj osobi obavljati djelatnosti koje bi bile izravna konkurencija već odobrenoj koncesiji i projektu bez obzira što bi mu bilo financijski lukrativno u koncesionarovom susjedstvu dopustiti konkurentnom investitoru gradnju npr. još jedne marine. Bez takve ugovorne obveze davatelja koncesije vjerojatno bi se čitava financijska projekcija postojećeg koncesionara bitno promijenila. Naravno da bi takav koncesionar trebao imati ugovorno pravo odlučiti što činiti u takvoj, novoj situaciji.

S aspekta investitora i banaka koje financiraju projekt na pomorskom dobru važno je da se davatelj koncesije obveže da u slučaju ispunjenja uvjeta za raskid koncesije ili spora pred nadležnim tijelom neće započeti pregovore oko prepuštanja koncesije trećima prije konačnog raskida ugovora ili pravomoćne odluke nadležnoga tijela.

Koncesionar bi temeljem ugovora trebao imati jamstvo davatelja koncesije da neće uvesti nikakva ograničenja glede vlasništva na poslovnim udjelima koncesionara (kao što je zabrana izdavanja novih poslovnih udjela investitorima, zabrana zalaganja poslovnih udjela u korist financijskih institucija, i sl.), odnosno upravljanja u koncesionaru, te da neće nametnuti nikakve nove fiskalne obveze na isplatu dividende vlasnicima koncesionara niti uvesti dodatne namete na ugovorene tarife i naknade naplative od trećih.

Davatelj koncesije bi se nadalje trebao obvezati da neće poduzimati nikakve radnje koje bi sprječavale koncesionara u razvoju projekta, te da će naknaditi koncesionaru, kao i svakoj osobi koja upravlja koncesionarem i provodi koncesiju, svaku štetu koja bude nastala uslijed neispunjenja ili kršenja naprijed navedenih obveza.

Temeljem ugovora koncesionar bi trebao imati pravo poduzimati sve radnje potrebne za izvršenje koncesije, uključivo pravo da može bez utjecaja davatelja koncesije zaposliti i otpustiti zaposlenike i kooperante koji rade na provedbi koncesije, te pravo da može povećati kapital društva bilo dodatnim ulozima ili zaduživanjem.

Koncesionar bi trebao biti slobodan zaključivati bilo koje ugovore i nabavljati bilo koju opremu i materijale koji su mu potrebni radi ispunjenja koncesije/razvoja projekta.

Radi osiguranja financiranja projekta koncesionaru treba biti omogućeno i ugovorom da svojim financijerima može ustupiti bilo koja svoja prava koja ima temeljem ugovora o koncesiji.

Istodobno koncesionar bi trebao biti u obvezi plaćati koncesijsku naknadu sukladno ugovoru i ispunjavati ugovor sukladno njegovim uvjetima, a obavijestavati davatelja koncesije o svakoj bitnoj promjeni u njegovoj upravi i vlasničkoj strukturi.

Koncesionar se treba obvezati da će postupati sukladno relevantnim zakonima i propisima RH, te da će ispunjavati svoje ugovorne i zakonske obveze glede svojih zaposlenika.

Obveza koncesionara bi trebala biti poduzimanje mjera potrebnih radi osiguranja projekta i osoba koje na njemu rade.

Izričito se odredbom u ugovoru koncesionar treba obvezati da će naknaditi davatelju koncesije svaku štetu nastalu uslijed neispunjenja ugovora ili nepoštivanja relevantnih zakona i propisa.

FORUM ZA RJEŠAVANJE SPOROVA IZ KONCESIJSKOG UGOVORA

Pitanje foruma za rješavanje sporova iz koncesijskog ugovora također je jedno od izuzetno važnih i osjetljivih pitanja u mnogim državama svijeta. Naime, do koje su mjere pojedine države spremne dopustiti da se o sporovima vezanim na njihovom suverenom području odlučuje u nekom stranom forumu i uz primjenu stranog prava?

RH je člankom 97. ZK odredila da je za rješavanje sporova iz koncesijskog ugovora nadležan upravni sud RH prema sjedištu davatelja koncesije (bitna promjena u odnosu na stari Zakon o koncesijama prema kojemu je člankom 49. nadležnost za takve sporove bila data trgovačkom sudu prema sjedištu davatelja koncesije).

No, stranke mogu u koncesijskom ugovoru odrediti da će se takvi sporovi rješavati arbitražno, ali pred arbitražom na području RH i uz primjenu hrvatskoga prava.

Navedenim zakonskim odredbama otišlo se sasvim u suprotnom pravcu od onoga kojega zagovaraju međunarodne organizacije i institucije, kao što su EBRD i UNCITRAL, budući da ugovornim stranama nije ostavljena nikakva druga mogućnost. Umjesto da ZK određuje forum za rješavanje sporova iz kon-

cesijskog ugovora (nadležnost upravnog suda), ugovorne bi strane trebale imati slobodu da u svakom pojedinom slučaju same odrede forum za rješavanje sporova. Takvu slobodu već desteljećima imaju državne institucije u RH (Ministarstvo financija RH, HBOR) kada u državnim jamstvima izdanim u korist inozemnih subjekata ugovoraju nadležnost inozemnih sudišta za rješavanje sporova iz takvih jamstava i ugovora.

FINANCIRANJE PROJEKATA NA POMORSKOM DOBRU

Kao i svako financiranje projekata, tako je i financiranje projekata na pomorskom dobru podložno određenim rizicima kao što su rizik projekta, gradnje, tehnologije, operativni rizik, rizik tržišta (razina slobode tržišta/konkurencija), države (politički, valutni, pravni), naplate od trećih, makroekonomski rizik, rizik nastupa slučajna više sile, rizik nepribavljanja potrebnih dozvola.

Svaki od navedenih rizika vrlo je složen, te bi analiza svakog od njih uzela previše prostora u ovome radu.

PROJEKTNO FINANCIRANJE

Veliki projekti na pomorskom dobru, kao što su lučka infrastruktura, marine, industrijski i energetske projekti i dr. financiraju se najčešće putem specifičnog i najučinkovitijeg oblika financiranja – projektnog financiranja.

Projektna financiranja zahtijevaju visoku razinu kapitala i uključuju značajan broj sudionika kao što su banke, investitori, izvođači radova, upravitelji projekta, dostavljači raznih usluga, javni sektor, krajnji korisnici projekta i dr.

Projektno financiranje je specifična struktura kreditiranja koja isključivo ovisi o prihodima koje ostvaruje sam projekt i gdje se sredstva osiguranja povrata kredita zasnivaju na imovini projekta i pravima sudionika u projektu.

Međunarodna udruga za projektna financiranja (IPFA) definira projektna financiranja kao "financiranje dugotrajne infrastrukture, industrijskih projekata i javnih usluga zasnovano na financijskoj strukturi u kojoj se povrat investicije i kredita ne očekuje uopće, ili samo u maloj mjeri, od nikog drugog osim od prihoda samog projekta"⁶.

Stoga je razumljivo da je fokus banaka na specifičnim pravima sudionika u projektu temeljem kojih projekt ostvaruje prihode kao jedini izvor otplate kre-

⁶ www.investopedia.com/terms/p/projectfinance.asp

dita. Tim više što u takvom obliku financiranja nema regresnih zahtjeva banaka prema sudionicima u projektu.

Banka kontrolira realizaciju projekta na način da zauzme ulogu aktivnoga subjekta putem ugovorne dokumentacije koja obuhvaća prava i obveze svih sudionika u projektu, prijenose i ustupe tih prava (cesije), komercijalne ugovore s raznim sudionicima u projektu, izravne ugovore (direct agreements) između banke, projektnoga društva (korisnika kredita) i drugih sudionika u projektu, te pravo banke da “uskoči” u projekt (step-in right).

Temeljem *izravnih ugovora* koji joj omogućavaju “step-in right” banka je u priliči spriječiti raskid ugovora od strane učesnika u projektu uslijed dužnikovog neispunjenja obveza prije nego što je banka o tome upoznata i dobila mogućnost i vrijeme da pokuša ispraviti dužnikovo neispunjenje.

Banka može spriječiti podnošenje stečajnog prijedloga protiv dužnika od strane učesnika u projektu prije nego je banka o tome upoznata i konzultirana, te zahtijevati da se bilo koja naknada štete umjesto dužniku plati banci.

Banka će moći zabraniti zamjenu bilo kojeg učesnika u projektu bez njene suglasnosti kao i zabraniti bilo kakve izmjene ugovora između dužnika i trećih učesnika u projektu bez njene suglasnosti i aktivnog učešća. Imat će pravo zahtijevati da sve relevantne police osiguranja imovine projekta glase na banku kao osiguranika.

U svrhu realizacije projekta banka će moći zahtijevati da bude prisutna na svim relevantnim sastancima, te da ima slobodan pristup projektu i svim odgovornim osobama u projektu, kao i pristup računovodstvenim, tehničkim i drugim informacijama i dokumentima koji se odnose na projekt kao i preuzeti preslike istih kako bi u bilo koje doba mogla kontrolirati projekt.

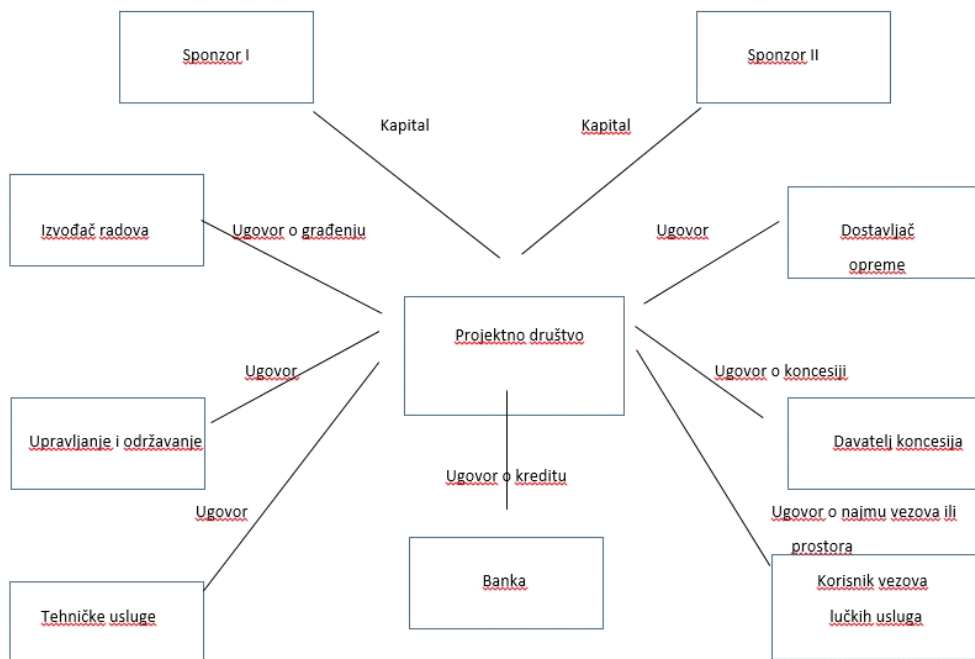
Ukoliko banka odluči ostvariti svoja “step-in rights” i dovesti projekt do kraja, temeljem takvog ugovora moći će zahtijevati da joj izvođači u projektu predaju svu projektnu dokumentaciju, te tražiti da svi podizvođači na projektu kao i njihovi ugovori s glavnim izvođačem budu preneseni na banku u slučaju neispunjenja obveza glavnog izvođača.

Važno je napomenuti da bi u naprijed navedenim slučajevima banka pristala prihvatiti na sebe samo one obveze iz ugovora koje nastupaju za nju nakon njenog “ulaska” na mjesto dužnika, a imala bi u svoju korist sva jamstva trećih iz ugovora. Ovo iz razloga što banka ne želi na sebe preuzeti obveze za koje nije odgovarala bez obzira što je temeljem ugovora o kreditu imala pravo, ali ne i obvezu, kontrolirati dužnikovo ispunjenje takvih obveza.

Stoga je izuzetno važno da banka dobije na uvid i prethodno odobrenje sve ugovore dužnika s trećima koji su relevantni za projekt kojeg banka financira.

Standardna ugovorna struktura uključuje ugovore neophodne za realizaciju projekta (ugovor o građenju projekta na pomorskom dobru, garancije za dobro izvršenje posla, osiguranje izgrađenih objekata, ugovori o dostavi električne struje, vode, plina, i dr.), ugovore javne nabave, ugovore o upravljanju objektom na pomorskom dobru i za njegovo održavanje, ugovore o pružanju raznih tehničkih usluga projektu, dioničarske ugovore o obvezama investitora na uplate i povećanja kapitala u projektnome društvu, ugovore o prodaji budućega proizvoda (npr. ugovori o zakupu i prodaji vezova u marini, ugovori o najmu prostora u hangarima ili silosima izgrađenim na temelju koncesije na pomorskom dobru, ugovori o obavljanju lučkih djelatnosti i pružanju lučkih usluga, idr.).

Schema navedenih ugovornih odnosa mogla bi se grafički prikazati:



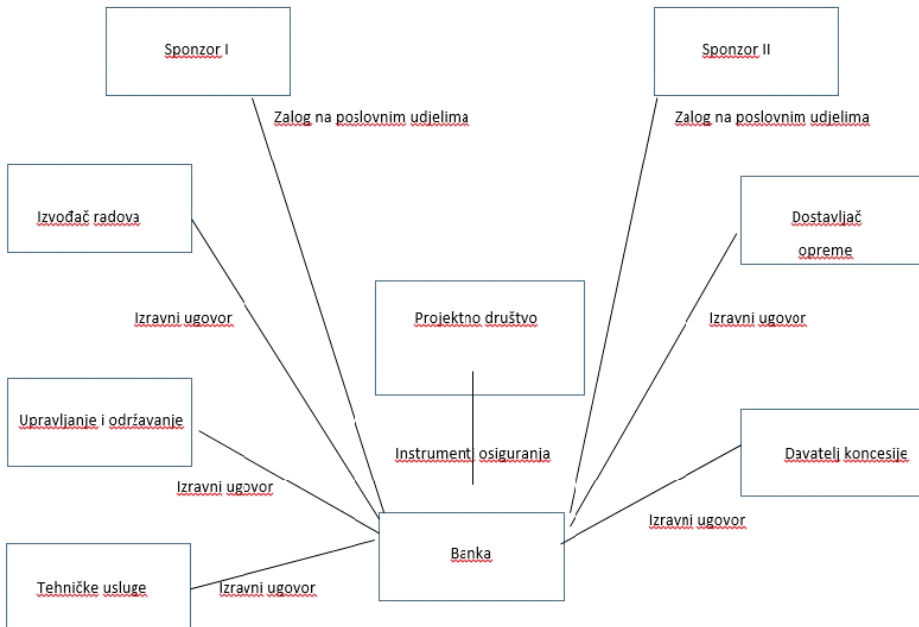
INSTRUMENTI OSIGURANJA FINANCIRANJA

Kada je riječ o instrumentima osiguranja financiranja oni najčešće uključuju:

- (a) ugovor o zalogu koncesije;

- (b) ugovor o ustupu (cesiji) prava potraživanja i svih drugih prava iz ugovora o najmu vezova u marini, ugovora o građenju objekata u marini, police osiguranja objekata, kao i svih drugih ugovora u vezi s projektom vrijednost kojih prelazi određeni iznos, zajedno sa svim potrebnim obavijestima trećima kao i svim upisima navedenih instrumenata osiguranja u Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja kojega vodi FINA, odnosno u Upisniku koncesija kojega vodi nadležno Ministarstvo, potrebnim da bi bili perfektni i ovršivi;
- (c) izravni ugovori između banke, projektnog društva i trećih, kao što su davatelj koncesije, izvođači radova, osobe zadužene za upravljanje i održavanje projekta, dostavljači opreme i tehničkih usluga;
- (d) ugovor o zalogu poslovnih udjela u projektnom društvu;
- (e) ugovor o zalogu na bankovnim računima projektnoga društva;
- (f) mjenica i zadužnica projektnoga društva kao instrument naplate potraživanja.

Odnos instrumenata osiguranja se može grafički prikazati kako slijedi:



(O prijenosu ugovora o koncesiji i založnom pravu na koncesiji kao instrumentima osiguranja financiranja vidi članak 66. i 67. ZK i članak 34. ZPDML, te literaturu)⁷.

Ovdje ćemo se osvrnuti samo na izravne ugovore i na zalog na poslovnim udjelima.

IZRAVNI UGOVORI

Jedan od specifičnih oblika instrumenata osiguranja projektnih financiranja svakako su tzv. izravni ugovori (engl. Direct Agreements).

Da bi banka mogla vršiti izravnu kontrolu nad ugovornim odnosima koji čine projekt, te imala pravo i mogućnost utjecaja na njihovo ispunjenje, izravni ugovor između npr. davatelja koncesije, koncesionara i banke je za banku važno sredstvo osiguranja kredita.

Glavna svrha izravnog ugovora je omogućiti banci da intervenira u slučaju da su u odnosima između davatelja koncesije i koncesionara nastupile takve okolnosti koje negativno utječu na realizaciju projekta, te mogu dovesti i do raskida ugovora o koncesiji, odnosno otkazivanja koncesije od strane davatelja, a što bi ozbiljno ugrozilo izgleda za povrat financiranja.

Tako npr. davatelj koncesije bi bio u obvezi o svojoj odluci o jednostranom raskidu ugovora ili otkazu koncesije prethodno obavijestiti i banku koja je financirala projekt. Takva je obveza davatelja koncesionara postojala i u članku 47(3) bivšeg Zakona o koncesijama⁸, ali je novim ZK ta obveza izbačena (vidi članak 73(3) ZK).

Temeljem izravnog ugovora bi se u obavijesti banci naveli razlozi koji su doveli do raskida ugovora, te dao banci određeni vremenski period (npr. 60 - 90 dana) u kojem bi banka pokušala predložiti rješenje problema kako bi se nastavilo s koncesijom i financiranjem projekta, a davatelj koncesije bi se obvezao u tom slučaju poduzeti što je potrebno radi uvođenja novog koncesionara u koncesiju kako bi se projekt u cijelosti realizirao. (Takvu mogućnost predviđao je i članak 41(4) rečenoga starog Zakona o koncesijama).

⁷ Tasić, Z., *Založno pravo na koncesiji na pomorskom dobru*, Poredbeno pomorsko pravo – Comparative Maritime Law, god. 48, br. 163 (2009); Jelčić, O., *Raspolaganje koncesijom prema novom Zakonu o koncesijama*, www.pomorskodobro.com; Stanković, G., *Raspolaganje koncesijom na pomorskom dobru: prijenos, potkoncesija, zalaganje*, Zbornik radova "Pomorsko dobro u fokusu znanosti i pragme", Rijeka, 2005., str. 37-53; Bolanča, D., *Koncesije na pomorskom dobru – novine u hrvatskom zakonodavstvu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, br. 1, 2009., str. 71-95.

⁸ (NN 143/12).

Izravni ugovor je također od koristi i za davatelja koncesije, budući da se njime otvara mogućnost da banka “spasi” projekt i time otkloni razloge otkazivanja koncesije i raskida ugovora o koncesiji.

Slične se odredbe nalaze i u izravnim ugovorima između banke, koncesionara i ostalih sudionika u projektu temeljem raznih drugih, naprijed navedenih ugovora.

ZALOG NA POSLOVNIM UDJELIMA

Iako je načelno pravilo založnoga prava da u slučaju neispunjenja osigurane tražbine po kreditu o njenom dospjeću založni vjerovnik može svoje pravo namiriti iz vrijednosti zalog, dakle njegovom prodajom sudskim putem, kod projektnih financiranja to nije primarna svrha zalog na poslovnim udjelima. Međutim, primarna svrha ovog instrumenta osiguranja nije prodaja sudskim putem založenih poslovnih udjela radi namirenja dospjele tražbine (tim više što prava koja proizlaze iz poslovnih udjela nemaju ni burzovnu niti tržišnu cijenu). Primarna je svrha ovog založnog prava da se založeni udjeli u projektnom društvu, izvansudskim putem, prenesu u vlasništvo novog investitora koji će realizirati projekt do kraja.

Naime, po svojoj prirodi zalog na poslovnim udjelima je zalog na pravima koja proizlaze iz vlasništva na poslovnim udjelima, pa ako založni dužnik/vlasnik udjela nije takvo namirivanje izričito isključio u trenutku osnivanja zalog, banka će biti ovlaštena prenijeti založene poslovne udjele novom investitoru bilo putem javne dražbe ili izravnom nagodbom, ali jedino ako takvo ovlaštenje ima na temelju pravnoga posla (vidi odredbe članka 336. i 337. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁹

Stoga je važno za banku da ugovor o osnivanju založnoga prava na poslovnim udjelima projektnoga društva ne sadrži odredbe kojima je namirivanje tražbine izvansudskim putem izričito isključeno, a da sadrži odredbe temeljem kojih će banka biti ovlaštena prenijeti založene poslovne udjele novom investitoru bilo putem javne dražbe ili izravnom nagodbom. Radi postizanja punog učinka u ovršnom postupku potrebno je da takav ugovor bude sačinjen u formi javnobilježničkog akta, te da bude upisan u Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja kojega vodi FINA.

⁹ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 81/2015).

SVRHA OSIGURANJA

Imajući u vidu da je primarna svrha instrumenata osiguranja u projektnim financiranjima realizacija projekta u cjelini, a ne njegova ovrha, navedeni instrumenti osiguranja, uključivo izravni ugovori i zalog na poslovnim udjelima u projektnom društvu, trebaju biti sačinjeni tako da banka, u slučaju problema s otplatom kredita, ne mora odmah pokretati postupak ovrhe, već da temeljem ugovorne dokumentacije ima pravo preuzeti kontrolu nad projektom, te poduzeti mnoge druge mjere u cilju njegove realizacije, uključivo i prodaju samog projekta.

HIPOTEKA NA POMORSKOM DOBRU

Posljednjih nekoliko godina javnost je upoznata s prijedlogom da se u relevantne zakonske propise unese mogućnost osnivanja stvarnih prava (uključivo vlasništvo i založno pravo (hipoteka)) na pomorskom dobru, a kao argument za navedeni prijedlog koristi se često navodno zahtijevanje financijskih institucija da bi se uz takav instrument osiguranja kredita u većoj mjeri financirali projekti na pomorskom dobru.

Iz naprijed navedene strukture financiranja projekata na pomorskom dobru i navedenih uobičajenih instrumenata osiguranja kredita daje se primijetiti da među njima nije predviđena niti hipoteka na pomorskom dobru niti hipoteka na objektima izgrađenima na pomorskom dobru, budući da takav instrument osiguranja zapravo nije ni potreban. Iz navedenoga se može zaključiti da naprijed navedeni argument za hipoteku ne stoji.

Bilo je puno prijedloga da se zakonom dopusti zasnivanje hipoteke na objektima izgrađenima na pomorskom dobru (temeljem načela odvojenosti građevine od zemljišta po osnovi koncesije), a za vrijeme dok traje koncesija. Međutim, treba imati u vidu da temeljem ZK i ZPDML, kao i koncesijskog ugovora, koncesija može prestati i prije o ugovorenoga roka, bilo krivnjom koncesionara, bilo krivnjom davatelja koncesije. U tom bi slučaju automatski prestala vrijediti i takva hipoteka. I to baš u trenutku kada je hipotekarnom vjerovniku najpotrebija, budući da će u takvom slučaju najvjerojatnije doći i do neispunjenja ugovora o kreditu od strane koncesionara.

BIBLIOGRAFIJA

1. OECD Observer, Policy Brief, May, 2007; www.investopedia.com/terms/p/projectfinance.asp.
2. Tasić, Z., *Založno pravo na koncesiji na pomorskom dobru*, Poredbeno pomorsko pravo – Comparative Maritime Law, god. 48, br. 163 (2009).
3. Jelčić, O., *Raspodaganje koncesijom prema novom Zakonu o koncesijama*, Hrvatsko pomorsko dobro – stručni portal; www.pomorskodobro.com.
4. European Bank for Reconstruction and Development: Concession Laws Assessment 2007/8, Final Report, July 2008.
5. Stanković, G., *Raspodaganje koncesijom na pomorskom dobru: prijenos, potkoncesija, zalaganje*, Zbornik radova "Pomorsko dobro u fokusu znanosti i pragme", Rijeka, 2005., str. 37.-53.
6. Bolanča, D., *Koncesije na pomorskom dobru – novine u hrvatskom zakonodavstvu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, br. 1, 2009., str. 71.-95.

Summary:

FINANCING PROJECTS ON MARITIME DOMAIN

Concessions rise very sensitive political, economic and legal issues in many countries worldwide. Even defining the term "concession" can be a complicated and not very straightforward exercise. OECD accepted definition of a concession as: "a grant to a private firm of the right to operate a defined infrastructure service and to receive revenues deriving from it. The concessionaire takes possession of the relevant assets (but ownership usually remains with the government) and uses them to provide the relevant product or service according to the terms of the contract."

Croatian law defines concession generally as a right acquired pursuant to a concession contract subject to terms set out in the decision on concession (granted by a relevant authority) and, in respect of maritime domain, more specifically, as a right (of the Government authority) to exclude a part of maritime domain from the public use, either partly or completely, and to grant it to individuals or corporations for their commercial use subject to the relevant area planning. Buildings and other units erected on a maritime domain form its integral part.

The law makes it clear that no property rights can be created on any part of maritime domain including buildings and units erected thereon.

Projects developed on maritime domain often include large infrastructure projects, development of ports and marinas which require substantial financing.

Banks that provide financing to such projects require organised and transparent concession laws and regulations, freedom of contract, legal protection of all parties involved (including a possibility of international arbitration).

Projects of that kind are normally financed through project finance scheme which requires high level of capital and involves a substantial number of participants such as banks, contractors, investors, project managers, service suppliers, public sector, etc. Project finance scheme depends entirely on income generated by the project itself which income is the only source of repayment of financing and on “the availability of reliable security instruments on the assets and cash flow of the concessionaire in favour of lenders, including ‘step-in’ rights and the possibility of government financial support or the guarantee by the contracting authority of proper fulfilment of its obligations.”

The purpose of having security instruments (including assignment of concessionaire’s rights under the project contracts) for the concessionaire’s loan obligations, is that in the event of the concessionaire’s default the bank can “step-in” and take full control over the project (instead of enforcing the securities) and make sure that the project is completed. That is why the project contracts, including concession contract in the first place, are of paramount importance for the banks.

Normally, the security instruments on the concessionaire’s assets do not include mortgage on the project buildings and other units developed on the maritime domain. Croatian law does not allow for creation of a mortgage on maritime domain. That, however, is not an obstacle for the banks to provide financing for projects developed on maritime domain. From project finance banks’ point of view it is not necessary to change the law in order to allow creation of mortgage on maritime domain. Other security instruments created in favour of the banks providing project finance, including direct agreements, are normally sufficient for the banks to control the project.

Key words: *concession; contract; project finance; maritime domain; securities; direct agreements; mortgage.*