

OGRANIČENJE PODUZETNIČKE I TRŽIŠNE SLOBODE U UPRAVLJANJU VODNIM USLUGAMA

dr. sc. Desanka Sarvan

1. UVOD

U suvremenim demokratskim državama poduzetnička i tržišna sloboda, odnosno tržište, tržišno gospodarstvo i tržišno natjecanje, smatra se temeljem gospodarskog ustroja, ali i kao ljudsko pravo i temeljna sloboda koji uživaju ustavnopravnu zaštitu. Međutim, socijalna država ne može se u potpunosti temeljiti na načelu *laissez-faire*, već takvo određenje države zahtijeva, pored jamstava slobode poduzetništva, nužnost državne intervencije na cijelom nizu područja.

U pravnoj literaturi ističe se kako sloboda ugovaranja i sloboda svake gospodarske djelatnosti vrijedi unutar široko postavljenih granica i njezina vlastita vrijednost pretpostavlja postojanje kolektivnih dobara – slobodno je tržište normativna društvena institucija koja se sastoji ne samo od individualnih prava, nego i od brojnih praksi i konvencija povezanih s vođenjem pregovora, prijenosom informacija, izbjegavanjem djelovanja koja ograničavaju trgovanje, a postojanje te institucije je kolektivno dobro – ona koristi svima koji su joj podvrgnuti i nikoga se od njih ne može isključiti (Raz, 2007., 206).

Koncept *ljudskog prava na vodu, kao prava koje jamči svima dostupnost vode za piće i sanitarne potrebe prema načelu jednakosti* u osnovi izrasta na antiprivatizacijskim zahtjevima novog socijalnog pokreta za ljudsko pravo na vodu koji zahtijeva isključenje privatnog kapitala iz djelatnosti upravljanja vodnim uslugama, jer se njegovo sudjelovanje u upravljanju vodnim uslugama općenito percipira osnovnim razlogom diskriminacije građana i nejednakosti u dostupnosti opskrbe vodom za piće i sanitarne potrebe (Sarvan, 2016., 108).

Polazeći od opskrbe vodom za piće i sanitarne potrebe kao osnovnom egzistencijalnom potrebom čovjeka, intervencija države u upravljanju vodnim uslugama je *conditio sine qua non* koji postavlja pozitivan zahtjev prema državi da svojim posredovanjem, putem zakonodavstva ispravi nepoželjne učinke djelovanja mehanizma tržišnog gospodarstva. U tom se smislu postavlja pitanje je li primjena mjere ograničavanja poduzetničke i tržišne slobode u sektoru vodnih usluga

ograničavanjem privatnih poduzetnika za obavljane djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje moguća i dopuštena.

2. OGRANIČENJE PODUZETNIČKE I TRŽIŠNE SLOBODE U EU I DRŽAVAMA ČLANICAMA

U EU četiri temeljne slobode (sloboda prometa robe, usluga, rada i kapitala) osnova su integracije jedinstvenog tržišta i nediskriminacije u tržišnom nadmetanju, stoga doprinose autonomiji pojedinca, jednakosti i odgovornosti te kontroli zlorabe javnih vlasti i maksimizaciji javne dobrobiti, a rezultat ove konstrukcije je da se odabir načina obavljanja gospodarskih aktivnosti više ne smatra samo pitanjem politike, već i pitanjem ljudskih prava (Maduro, 1997., 64). Cilj poduzetničke i tržišne slobode u sektoru usluga je onemogućavanje monopola i omogućavanje tržišnog nadmetanja između većeg broja isporučitelja na slobodnom tržištu s ciljem postizanja efikasnosti i efektivnosti, smanjenja cijena i poboljšanja kvalitete i usluga (White paper. 2004., 3).

Člankom 16. Europske povelje o temeljnim pravima priznata je sloboda poduzetništva u skladu s pravom Unije te nacionalnim zakonodavstvima i praksom. Ograničenje slobode poduzetništva može biti poduzeto sukladno općim uvjetima za ograničenje temeljnih prava, što podrazumijeva kako ograničenje mora biti predviđeno zakonom i mora poštovati bit slobode poduzetništva, uz poštovanje načela razmjernosti, prema kojem načelu iz članka 52. Europske povelje o temeljnim pravima „... ograničenja su moguća samo ako su potrebna i ako zaista odgovaraju ciljevima od općeg interesa koje priznaje Unija ili potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba.“

Pojedine europske države različito pristupaju ograničenju poduzetničke i tržišne slobode, te pored općeg načela razmjernosti pobliže definiraju razloge zbog kojih se sloboda poduzetništva i tržišnog natjecanja može ograničiti.

Primjerice, Ustav Republike Italije u članku 42. jamči slobodu privatnih gospodarskih djelatnosti, *ali se one ne mogu obavljati ako nisu u skladu sa socijalnim interesima ili ako predstavljaju opasnost za sigurnost, slobodu i ljudsko dostojanstvo, a zakonom se propisuju primjereni programi i programe koji jamče da je javna i privatna ekonomska djelatnost usmjerena i u skladu sa socijalnim ciljevima.*

Ustav Republike Slovenije jamči slobodnu gospodarsku inicijativu, ali se ona *ne smije ostvariti suprotno javnom interesu* (članak 74.).

Ustav Republike Hrvatske određuje da su poduzetnička i tržišna sloboda temelj gospodarskog ustroja Republike Hrvatske (članak 49.), te da država osigurava svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu, *ali je zabranjena zlouporaba monopolskog položaja određenog zakonom. Poduzetnička sloboda i vlasnička prava mogu se iznimno ograničiti zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi* (članak 50. stavak 2.).

3. OGRANIČENJE PODUZETNIČKE I TRŽIŠNE SLOBODE U UPRAVLJANJU VODNIM USLUGAMA

Postavlja se pitanje je li određenje *modusa operandi* isporuke vodnih usluga sastavni element ljudskog prava na vodu, tj. obuhvaća li općenita formulacija ljudskog prava na vodu koja glasi: „Svatko ima pravo na vodu za piće i sanitarne potrebe“ ograničenje sudjelovanja privatnih isporučitelja u djelatnosti opskrbe vodom za piće i sanitarne potrebe? Dopunjava li i zaokružuje odredba o ograničenju poduzetničke i tržišne slobode (tj. isključenju privatnih poduzetnika) u sektoru vodnih usluga sadržaj ljudskog prava na vodu u odnosu na jamstvo jednakosti u dostupnosti vode za piće i sanitarne potrebe?

3.1. Obveze država na zaštitu ljudskog prava na vodu

Kao prvo, obveza država na zaštitu (*to protect*) ljudskog prava na vodu zahtijeva od država da spriječe trećim osobama bilo kakav utjecaj na uživanje prava na vodu i pravnu zaštitu u slučaju njegove povrede. Pod trećim osobama podrazumijevaju se pojedinci, grupe, korporacije i drugi subjekti, kao i njihovi predstavnici kada nastupaju u okvirima svojih ovlasti. Obveza je država, u slučajevima kada vodnim uslugama (kao što su vodovodne mreže, spremišta vode, pristup rijekama i bušotinama) upravljaju ili ih kontroliraju treće osobe, spriječiti ugrožavanje jednakog pristupa fizički i financijski dostupnih količina sigurne i prihvatljive vode te osigurati da privatizacija usluga ne stvara zapreke dostupnosti, pristupačnosti i prihvatljivosti i kvaliteti usluga, kao i osigurati da treće osobe ne ograničavaju ljudima pristup informacijama o uslugama (General

Comment No.15., 24). Kako bi spriječile ovakve zlouporabe, države moraju uspostaviti efikasan regulatorni sustav za privatne i javne isporučitelje, koji uključuje *nezavisno praćenje djelatnosti (monitoring), osigurava sudjelovanje javnosti i nameće kazne za nepoštovanje pravila fizički i financijski dostupnog i jednakog pristupa sigurnoj, prihvatljivoj vodi za piće u dovoljnim količinama i primjerenom odvodnji sanitarnih otpadnih voda* (General Comment No.15., 23).

U tom smislu, sama definicija ljudskog prava na vodu kao prava koje jamči svakome dostupnost vode za piće i sanitarne potrebe *ostaje neutralna u odnosu na način upravljanja vodnim uslugama*: javne vlasti mogu izabrati obavljanje tih usluga bilo putem javnog, bilo putem privatnog isporučitelja, ali *kada se odluče za njihovo obavljanje isporukom od strane privatnih isporučitelja, obvezne su osigurati jednakost u dostupnosti tih usluga pod navedenim uvjetima.*

U raspravama o komercijalizaciji i sudjelovanju privatnog sektora u upravljanju vodnim uslugama ljudsko pravo na vodu u pravilu se iskazuje kao argument protiv privatizacije. Značajna su očekivanja civilnog društva od prepoznavanja ljudskog prava na vodu usmjerena upravo na onemogućavanje privatizacije djelatnosti isporuke vodnih usluga.

Međutim, pravni okvir ljudskog prava na vodu ne propisuje posebno institucionalni oblik obavljanja djelatnosti opskrbe vodom za piće i sanitarne potrebe. Prednost se ne daje bilo kojem posebnom gospodarskom obliku opskrbe uslugama: odabir modaliteta pružanja usluga po privatnom ili javnom isporučitelju ostavlja na diskreciju državama sve dok su zadovoljeni standardi ljudskih prava (De Albuquerque, C, Winkler, I.T., 2010., 170). Način isporuke vodnih usluga na koju se odluči pojedina država (negdje to može biti izravna opskrba od strane javnih vlasti, a negdje se javne usluge isporučuju po privatnom isporučitelju nakon provedenog postupka delegacije, negdje je opskrba uslugom neformalna) uvijek ovisi o odluci tijela javne vlasti.

U literaturi se ističe da je involviranje privatnih isporučitelja u upravljanje vodnim uslugama inkompatibilno s prirodom vode kao jedinstvenog javnog resursa kojim je potrebno upravljati u širem javnom interesu, posebno u odnosu na očuvanje okoliša i zaštitu prava najsiromašnijih članova društva. Međutim, nije moguće isključiti privatni sektor iz upravljanja vodnim uslugama, jer je takav način upravljanja vodnim uslugama kompatibilan s kapitalističkim političkim i ekonomskim sustavom.

Proces donošenja odluke o tome hoće li se ili ne delegirati pružanje usluga mora se temeljiti na sveobuhvatnoj strategiji opskrbe vodom i odvodnje otpadnih voda s krajnjim ciljem osiguravanja univerzalnog pristupa koji zadovoljava standarde ljudskih prava. Strategija gospodarenja vodama mora biti donesena na demokratski i transparentan način koji će dozvoliti aktivno, slobodno i značajno sudjelovanje svih na čije

interese utječe. Osim toga, procesi natječaja, prikupljanja ponuda i pregovaranja s privatnim isporučiteljima moraju biti transparentni i moraju uključivati javnu objavu ugovora. U ovim procesima koji prethode odabiru privatnog isporučitelja, kao i nakon što on bude odabran, države moraju zajamčiti pojedincima i zajednicama mogućnost izražavanja zahtjeva i problema s kojima se suočavaju ili bi se mogle suočiti te omogućiti civilnom društvu i stanovništvu nadzor, evaluaciju i izvješćivanje o mogućim povredama ljudskih prava.

Privatizacija nije inkompatibilna sa djelatnostima isporuke vodnih usluga, ali na tržištu s ograničenom mogućnosti nadmetanja i proizvodom koji je temeljan za ljudsku dobrobit važna je uloga regulatornih tijela koja moraju osigurati da isporučitelji upravljaju vodnim uslugama na način koji osigurava kako efikasnost, tako i jednakost u opskrbi (Fitzmaurice, 2007., 567). Najveći rizik od privatizacije vodnih usluga je upravo u onim državama čije vlade su najslabije i koje nisu sposobne osigurati nadzor i funkcije upravljanja za zaštitu javnog interesa. Ova kontradikcija predstavlja najveći izazov za uspješnu privatizaciju vodnih usluga, jer neuspjeh pojedinih država u privatizaciji vodnih usluga u pravilu proizlazi iz nedovoljne institucionalne potpore i nedostatnog zakonodavstva.

3.2. Osobitosti procesa upravljanja vodnim uslugama

Vodne usluge su usluge koje se pružaju kućanstvima, javnim ustanovama ili gospodarstvu i obuhvaćaju zahvaćanje, akumuliranje, skladištenje, kondicioniranje i distribuciju površinske ili podzemne vode i prikupljanja i pročišćavanja otpadnih voda koje se zatim ispuštaju u okoliš.

Iz perspektive neoklasične ekonomske teorije na kojoj se temelje argumenti zagovornika privatizacije u sektoru vodnih usluga, upravo su tržišna utakmica i natjecanje, a ne oblik vlasništva isporučitelja usluga izvor optimalnog korištenja resursa i efikasnosti u upravljanju, međutim, taj mehanizam nije prisutan kod prirodnog monopola koji se formira na uslužnom području na kojem se isporučuju vodne usluge. Naime, privatni isporučitelji vodnih usluga se u pravilu ne nadmeću na tržištu, već za tržište, na kojem nakon početnog natjecanja za koncesiju postaju jedini isporučitelji u dugom vremenskom razdoblju (uobičajeno i desetke godina) na koje je koncesija za obavljanje tih usluga ugovorena i stoga djeluju u uvjetima *prirodnog monopola* na teritorijalno ograničenom uslužnom području

U tom smislu, potrebno je uvažiti osobitosti procesa proizvodnje vodnih usluga (vertikalna integriranost procesa proizvodnje, kapitalno intenzivni sektor, visoki troškovi prijevoza vode na veće udaljenosti), osobitosti vode kao esencijalnog socijalnog dobra i nemogućnost korištenja zamjenskih proizvoda te osobitosti cijene vodnih usluga kod kojih je izraženo načelo solidarnosti koje se iskazuje u cijeni temeljenoj na *prosječnim*

troškovima sustava i njihovom *solidarnom podmirivanju* kao razloge koji utječu na ograničene mogućnosti uspostave slobodnog tržišta vodnih usluga.

3.3. Regulacija privatnih isporučitelja vodnih usluga

Ljudsko pravo na vodu pretpostavlja kako države imaju obvezu regulirati privatne isporučitelje njihovim nadzorom i osigurati da oni u pružanju usluga involviraju standarde koji odražavaju kriterije ljudskih prava u obvezi zaštite poštivanja i stvaranja uvjeta za ostvarenje ljudskog prava na vodu. Efektivna regulacija ovisi o regulatornom kapacitetu svake države, odgovarajućim resursima i mogućnosti ostvarenja nezavisnosti regulatora i isključenju političkog utjecaja interesnih grupa ili političara i ovlastima regulatora izricanja ozbiljnih kazni za iskazane nesukladnosti (Winkler, 2012., 178). Primjerice, središnje državno tijelo koje objedinjava funkcioniranje sustava vodnih usluga u Republici Italiji je *Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche*, s ciljem jamstva načela efikasnosti, efektivnosti i ekonomičnosti u upravljanju vodnim resursima, s posebnom ulogom u ispravnom određivanju i primjeni tarifa i zaštite interesa korisnika. U Republici Hrvatskoj središnje državno tijelo za nadzor i praćenje stanja u sektoru vodnih usluga koje obavlja funkciju središnjeg regulatornog tijela je Vijeće za vodne usluge, koje je osnovano radi osiguranja zakonitosti u području određivanja cijene vodnih usluga, naknade za razvoj i naknade za priključenje na sustav vodoopskrbe i odvodnje otpadnih voda.

Moguće je da u odabiru raspoloživih opcija pojedine države procijene kako nemaju demokratski kapacitet potreban za provedbu transparentnog procesa povjeravanja i efektivnog nadzora obavljanja vodnih usluga po privatnom isporučitelju. Primjerice, u državama članicama EU-a upravljanje vodnim uslugama tradicionalno je u djelokrugu javnih vlasti lokalnih jedinica te odluka o odabiru načina obavljanja vodnih usluga (po privatnom ili javnom isporučitelju) ostaje na razini općina i gradova, koji ne mogu uvijek zadovoljiti navedene zahtjeve za demokratskim i transparentnim procesom povjeravanja obavljanja vodnih usluga privatnom isporučitelju, i gdje utjecaj privatnih isporučitelja na lokalne javne vlasti može biti izniman i presudan. Stoga, moguće je kako bi se niz obveza koje stoje na strani država u varijanti omogućavanja privatizacije vodnih usluga i sprječavanja utjecaja privatnih isporučitelja na ostvarenje ljudskog prava na vodu njihovih građana može jednostavno riješiti ograničavanjem privatizacije i isključivim povjeravanjem obavljanja vodnih usluga javnim isporučiteljima nad kojima javne vlasti kao osnivači imaju jaču kontrolu. Pitanje je toliko važno da ga mnogi vide kao ustavnu odredbu jamstva isporuke vodnih usluga po javnom isporučitelju, koja bi osigurala trajnost opcije ograničenja privatizacije upravljanja vodnim uslugama.

3.4. Mjera ograničenja poduzetničke i tržišne slobode u upravljanju vodnim uslugama

Mjera ograničenja poduzetničke i tržišne slobode u upravljanju vodnim uslugama podrazumijeva ograničenje povjeravanja obavljanja tih usluga privatnim isporučiteljima i povjeravanje obavljanja tih usluga isključivo javnim isporučiteljima, tj. pravnim osobama kojima su osnivači pravne osobe javnog prava (država, regionalne ili lokalne jedinice).

U ustavima pojedinih država koje su inkorporirale ljudsko pravo na vodu u ustavnim odredbama navedene i eksplicitne odredbe o ograničavanju mogućnosti upravljanja vodnim uslugama po privatnim isporučiteljima i obvezu njihove izvedbe isključivo po javnim isporučiteljima.

Tako je u Ustavu Republike Urugvaj navedeno: „*Usluge opskrbe vodom za piće i kanalizacije su socijalni ciljevi važniji od ekonomskih ciljeva, a javne usluge kanalizacije i opskrbe vodom za potrebe stanovništva mogu obavljati isključivo javni isporučitelji.*“¹

U Ustavu Bolivije isključenje privatizacije djelatnosti vodnih usluga formulirano je na sljedeći način: „*Pristup vodi i kanalizaciji su ljudska prava, ona ne mogu biti predmetom koncesije ili privatizacije i predmet su režima, licenci i registara sukladno zakonu.*“² te u Ustavu Republike Ekvador: „*Država će biti odgovorna za pružanje usluga vode za piće i navodnjavanje, kanalizacije, te osigurati da se u isporuci javnih usluga i uvažavaju načela obveznosti, općenitosti, uniformnosti, učinkovitosti, odgovornosti, univerzalnosti, dostupnosti, redovitosti, kontinuiteta i kvalitete te poduzeti korake za osiguranje pravednih cijena i davanja za javne usluge njihov nadzor i regulaciju.*“³

I konstitucionalizacija ljudskog prava na vodu u Republici Sloveniji ograničila je mogućnost privatizacije upravljanja vodnim uslugama stavkom 3. članka 70 a, koji glasi: „*Izvori vode koja se koristi za opskrbu vodom građana i domaćinstva iskorištavaju se u obliku neprofitne javne službe.*“

Ograničenje poduzetničke i tržišne slobode u upravljanju vodnim uslugama prihvaćeno je u zakonodavstvu Kraljevine Nizozemske. Drinking Water Act (2004.) načelno zabranjuje obavljanje djelatnosti proizvodnje vode za piće, osim postojećim isporučiteljima nad kojima kontrolu izvršava kvalificirana pravna osoba. Distribuciju vode za piće mogu obavljati postojeći isporučitelji nad kojima kontrolu izvršava kvalificirana pravna osoba na uslužnom području koje je određeno podzakonskim aktom za svakog isporučitelja.

Kvalificiranom pravnom osobom smatra se pravna osoba javnog prava, tj. država, provincija, vodna

zajednica (*water board*), javno dioničko društvo ili privatno trgovačko društvo s ograničenom odgovornošću u kojem sve udjele drži izravno ili neizravno pravna osoba javnog prava ili trgovačko društvo u kojem upravljačka prava izvršava pravna osoba javnog prava te u obliku zajedničkog poduhvata (*joint venture*) čiji članovi odgovaraju navedenim uvjetima. Zabranjeni su pravni poslovi čiji rezultat može biti, izravno ili neizravno, samostalno ili s trećim stranama, da netko osim kvalificirane pravne osobe stekne kontrolu nad isporučiteljem vodnih usluga ili njegovim dijelom ili nad upravom ili dijelom uprave, primjerice promjenom statuta isporučitelja na način da se omogućava pravnim osobama koje nisu kvalificirana pravna osoba stjecanje dionica, prijenos udjela isporučitelja trećim osobama koje nisu kvalificirana pravna osoba stjecanje dionica, prijenos trećima objekata i uređaja infrastrukture za pročišćavanje otpadnih voda ili infrastrukture potrebne za proizvodnju vode za piće koje su vlasništvo isporučitelja (Hall, Lobina, 2004., 31).

3.5. Dodatne derogacije od slobode pružanja usluga u pravu EU

Za usluge distribucije i opskrbe vodom i usluge vezane za tretiranje otpadnih voda u pravu EU prema Direktivi o uslugama na unutarnjem tržištu 2006/123/EZ (članak 17., stavak 1. točka d) dopuštene su dodatne derogacije od slobode pružanja usluga koje se pružaju na unutarnjem tržištu u drugoj državi članici.

Derogacija slobode pružanja vodnih usluga na unutarnjem tržištu podrazumijeva kako države članice nisu obvezne dopustiti poslovanje privatnih ili javnih isporučitelja vodnih usluga sa sjedištem u drugoj državi članici na svom području, već mogu ograničiti obavljanje tih usluga isključivo povjeravanjem obavljanja tih usluga domaćim javnim isporučiteljima i mogu njima osigurati primanje državnih potpora, kao i poduzimati druge mjere i intervencije.

U tom smislu, status javnog isporučitelja vodnih usluga ima svako poduzeće u kojem tijela državne, regionalne ili lokalne vlasti mogu imati, izravno ili neizravno, prevladavajući utjecaj na temelju svojeg vlasništva u njemu, svojeg financijskog sudjelovanja u njemu ili na temelju pravila kojima je ono uređeno. Prevladavajući utjecaj pretpostavlja se kada tijela državne, regionalne ili lokalne vlasti izravno ili neizravno drže većinu upisanog kapitala društva, kontroliraju većinu glasova koji se odnose na dionice koje je društvo izdalo ili mogu imenovati više od polovice članova upravnog, upraviteljskog ili nadzornog tijela poduzeća, stoga, prema europskom pravu (tj. Direktivi 2014/23/EU o dodjeli ugovora o koncesiji), javni isporučitelj može biti pravna osoba u mješovitom vlasništvu.

Sudovi u europskim državama, Italiji, Belgiji i Francuskoj, u više su slučajeva istaknuli kako je upravljanje vodnim uslugama *regulirana* djelatnost, stoga odredbe zakona kojima se isporučiteljima vodnih

1 Constitution of Uruguay, 1966. (reinst. 1985, rev. 2004), art.47., 3. (1), (3.)

2 Bolivia (Plurinational State of)'s, Constitution of 2009 art. 20 (2).

3 Constitution of the Republic of Ecuador, art. 314. (1.).

usluga nameću određene obveze, kao što su propisana obvezna mjerila za izračun tarifa vodnih usluga, obveza isporuke minimalnih količina besplatne vode za piće i sanitarne potrebe svim korisnicima i propisana mjera zabrane obustave isporuke vodnih usluga korisnicima *ne predstavljaju* ograničenje slobode poduzetništva isporučitelja vodnih usluga.

3.6. Dopuštenost ograničenja poduzetničke i tržišne slobode u upravljanju vodnim uslugama

Ograničenje poduzetničke i tržišne slobode u upravljanju vodnim uslugama potrebno je razmotriti sa stajališta ustavnog jamstva poduzetničke i tržišne slobode. Stoga je isključenje privatizacije u djelatnostima vodnih usluga istovremeno mjera ograničenja poduzetničke i tržišne slobode, koju je potrebno sagledati u odnosu na pravno načelo razmjernosti koje nalaže da slobode i prava mogu biti ograničene samo u mjeri koja je potrebna za dostizanje cilja koji se želi postići tim ograničenjem.

U tom je smislu načelo razmjernosti značajno za ocjenu dopuštenosti primjene mjere ograničenja poduzetničke i tržišne slobode isključenjem privatnih isporučitelja u obavljanju djelatnosti vodnih usluga

Načelo razmjernosti (*general principle of proportionality*) danas je prihvaćeno kao pravno načelo diljem svijeta – primjenjuju ga i nacionalni i međunarodni sudovi i sudišta te je prisutan je i u državama *common law* sustava i u državama kontinentalnog prava (*civil law states*) i primjer je sjedinjavanja tih dvaju prava u „globalni jedinstveni *ius communae*“ koji u kontinentalno pravo unosi elemente *common law* sustava obvezujuću sudsku praksu zajedno s koncepcijom temeljnih prava i na njemu se temelji cjelokupna suvremena pravna misao (Omejec, 2012., 1253).

Načelo razmjernosti podrazumijeva vertikalni i horizontalni test razmjernosti mjera koje poduzimaju države u ograničavanju zajamčenih temeljnih sloboda i prava (Maduro, 2004., 23).

3.6.1. Vertikalni i horizontalni test razmjernosti

Verikalni test razmjernosti promatra miješanje države u svjetlu slučaja kao cjeline i utvrđuje je li bilo *razmjerno legitimnom cilju koji se želio postići*, te jesu li razlozi koje je državna vlast pružila radi njegova opravdanja *relevantni i dostatni (relevant and sufficient)*. Vertikalni test razmjernosti obuhvaća tri stupnja i ispituje redosljedom primjenu načela prikladnosti (*principle of suitability*), načela nužnosti (*principle of necessity*), te načela razmjernosti u strogom ili užem smislu (*principle of proportionality in the strictu sense or narrow sense*) ili načelo vaganja (*principle of balancing*). Načelo prikladnosti (*principle of suitability*) znači da osporena mjera koja pogađa pojedinačna prava mora biti prikladna za postizanje cilja ili za olakšavanje postizanja željenog cilja. Pitanje o kojem treba odlučiti kada se primjenjuje test prikladnosti je proizvodi li mjera uopće

kakvu korist za legitimne interese na koje se država članica poziva, a kada to nije slučaj, mjera je protivna načelu proporcionalnosti. Načelo nužnosti (*principle of necessity*), koje znači da prikladna mjera mora biti nužna u smislu da ne postoji ni jedna druga jednako prikladna mjera koja bi bila dostupna i koja bi bila manje restriktivna za zaštićena prava, a propust da se izabere manje restriktivna alternativa predstavlja povredu načela proporcionalnosti. Načelo razmjernosti u strogom ili užem smislu (*principle of proportionality in the strictu sense or narrow sense*) ili načelo vaganja (*principle of balancing*) znači da prikladna ili potrebna mjera ne smije narušiti pravednu ravnotežu i/ili oslabiti, narušiti ili uništiti samu bit (*the very essence*) zaštićenog prava. *Horizontalni test* ispituje je li država svoju diskreciju u svjetlu slučaja kao cjeline izvršila razumno, pažljivo i u dobroj vjeri i je li diskrecija bila razmjerna legitimnom cilju koji se želio postići, te jesu li razlozi koje je državna vlast pružila relevantni i dostatni (*relevant and sufficient*) (Omejec 2012, 1256).

3.6.2. Test razmjernosti ograničavanja poduzetničke i tržišne slobode u upravljanju vodnim uslugama

Primijenimo li test razmjernosti na mjeru ograničenja upravljanja vodnim uslugama, *prvo* moramo odgovoriti doprinosi li mjera postizanju cilja za čijim ostvarivanjem stremlji (*test of suitability*). U tom smislu, legitimni cilj isključenja privatizacije vodnih usluga je onemogućavanje stvaranja prirodnog monopola privatnih isporučitelja u isporuci vodnih usluga jer se smatra kako će privatni isporučitelj, slijedeći svoj privatni interes, nastojati povećati profit na teret potrošača (smanjenjem kvalitete i povećanjem cijene), jer tome nema tržišnih prepreka, budući da potrošači nemaju alternative u odabiru i korištenju vodnih usluga. Od primjene mjere isključenja privatizacije upravljanja vodnim uslugama očekuje se ostvarenje društvene koristi onemogućavanjem zlorabe monopolskog položaja privatnih isporučitelja u isporuci vodnih usluga koje predstavljaju esencijalnu potrebu stanovništva i društveno dobro, tj. onemogućavanje ugrožavanja dostupnosti vodnih usluga svim građanima prema načelu jednakosti uslijed rasta cijena usluga i smanjenja kvalitete usluga, čemu privatni isporučitelji u pravilu teže u cilju povećanja vlastite dobiti. Suprotno tome, od povjeravanja obavljanja vodnih usluga javnim isporučiteljima u uvjetima prirodnog monopola na tržištu očekuje se kako oni neće zlorabiti monopolski položaja na ograničenom, lokalnom tržištu zbog njihove veće društvene odgovornosti, kao i jačeg nadzora i izravnog utjecaja javnih vlasti na njihovo poslovanje.

Drugo je pitanje postoji li alternativna mjera koja je realno dostupna, a koja bi zaštitila legitimne interese države članice jednako učinkovito, ali bi bila manje restriktivna za slobodno kretanje dobara (*necessity of the measure*). Potrebno je uvažiti činjenicu kako tržište

vodnih usluga nije slobodno tržište, već regulirano tržište koje uključuje javnu kontrolu isporučitelja i regulaciju tržišnih uvjeta putem nezavisnih regulatornih tijela koja imaju značajne ovlasti prema isporučiteljima u formiranju cijena usluga određivanjem najviše cijene i nadzorom rada isporučitelja i kvalitete usluga, no takva kontrola se često iskazuje nedovoljno efikasnom, jer i sama regulatorna tijela ponekad teško ostvaruju uvjete nezavisnosti od utjecaja dnevnih politika. Alternativna mjera javne kontrole isporučitelja i regulacije tržišnih uvjeta putem nezavisnih regulatornih tijela bila bi manje restriktivna za slobodno kretanje dobara, ali bi mogla zbog navedenoga biti neučinkovita sa značajnim posljedicama.

Treće je pitanje je li razina zaštite koju su države odlučile dati onemogućavanjem stvaranja prirodnog monopola privatnih isporučitelja u isporuci vodnih usluga kao legitimnom interesu, razmjerna sa stupnjem uplitanja u pravo na slobodu poduzetništva (*proportionality stricto sensu*). U tom je smislu potrebno uvažiti činjenicu kako tržište uobičajeno osigurava optimum alokacije dobara za dobrobit društva u cjelini, ali opskrba vodom za piće i sanitarne potrebe kao esencijalnih potreba za život ne može u cijelosti biti zadovoljena na tržištu, jer je njihova tržišna cijena previsoka za potrošače s niskim dohotkom ili jer trošak opskrbe tih usluga ne može biti pokriven tržišnom cijenom, stoga ostaje odgovornost javnih vlasti da osiguraju da osnovne kolektivne i kvalitativne potrebe budu zadovoljene (Green paper, 2004., 22). Ograničavanje slobode poduzetništva u sektoru vodnih usluga je *de facto* ograničavanje prirodnog monopolskog položaja isporučitelja vodnih usluga na teritorijalno ograničenom tržištu, tj. uslužnom području u cilju osiguranja osnovnih kolektivnih i kvalitativnih potreba opskrbe vodom za piće i sanitarne potrebe stanovništva.

Na četvrto pitanje predstavlja li mjera ograničenja privatizacije upravljanja vodnim uslugama sredstvo arbitrarne diskriminacije (*arbitrar discrimination*) mora se odgovoriti negativno, jer je mjera isključenja privatnih isporučitelja iz obavljanja djelatnosti opskrbe vodom za piće i sanitarne potrebe usmjerena na jednak način prema svim privatnim isporučiteljima (domaćim i stranim).

Primjenom testa razmjernosti možemo zaključiti kako ograničavajuća mjera slobode poduzetništva i tržišnog nadmetanja koja bi ograničila sudjelovanje privatnih isporučitelja u obavljanju djelatnosti upravljanja vodnim uslugama ne bi bila nerazmjerna u odnosu na interese koji se mjerom namjeravaju zaštititi i pravo koje se ograničava, pa bi i stoga bila opravdana i dopuštena.

4. OGRANIČENJE PODUZETNIČKE I TRŽIŠNE SLOBODE U UPRAVLJANJU VODNIM USLUGAMA U REPUBLICI HRVATSKOJ

U ranijem pravnom sustavu zasnovanom na društvenom vlasništvu u Republici Hrvatskoj učešće privatnog kapitala u djelatnostima vodnih usluga bilo

je isključeno, ali je na prijelazu iz sustava društvenog vlasništva u pravni sustav utemeljen na privatnom vlasništvu privatizacija vodnih usluga davanjem koncesija za izgradnju objekata i uređaja komunalne infrastrukture i obavljanje djelatnosti bila dopuštena prema odredbama Zakona o komunalnom gospodarstvu (NN 36/95 – stupio na snagu 8. lipnja 1995. godine, primjenjuje se od 8. kolovoza 1995. godine), te je obavljanje djelatnosti i izgradnja objekata i uređaja komunalne infrastrukture za djelatnosti opskrbe vodom za piće i sanitarne potrebe bilo moguće davanjem koncesije privatnim isporučiteljima (fizičkim i pravnim osobama) sve do stupanja na snagu Zakona o vodama (Nar. nov. br.153/09 – stupio na snagu 1. siječnja 2010. godine), kojim je ograničenje privatizacije u djelatnosti vodnih usluga u Republici Hrvatskoj prihvaćeno kao temeljno opredjeljenje.

U razdoblju od 8. kolovoza 1995. godine do 1. siječnja 2010. godine, (u kojem je bila dopuštena mogućnost davanja koncesije za izgradnju objekata i uređaja komunalne infrastrukture i obavljanje djelatnosti vodnih usluga) ta mogućnost u praksi u pravilu nije korištena, jer su obavljanje tih djelatnosti preuzeli javni isporučitelji – pravni slijednici prijašnjih društveno pravnih osoba, tj. trgovačka društva kojima su osnivači jedinice lokalne samouprave.

U Republici Hrvatskoj samo je u jednom slučaju obavljanje pročišćavanja otpadnih voda povjereno koncesijom privatnom isporučitelju i to u izvedbi projekta Centralnog uređaja za pročišćavanje otpadnih voda Zagreba, ali i taj jedini slučaj privatizacije vodnih usluga nije lišen kontroverzi uobičajeno vezanih za koncesijske ugovore u upravljanju vodnim uslugama. Projekt Centralni uređaj za pročišćavanje otpadnih voda Zagreba je jedan od najvećih ekoloških zahvata u Europi posljednjih desetljeća kojim se rješava problem zagađenja i ugroženosti podzemnih voda, odnosno očuvanje postojećih i potencijalnih vodocrpilišta u gradu Zagrebu te na području toka rijeke Save nizvodno od Zagreba. U postupku natječaja za davanje koncesije kao najpovoljnija ocijenjena je ponuda Zagrebačkih otpadnih voda (ZOV), pravne osobe kojoj su osnivači SHV (danas WTE) GmbH Essen, RWE Aqua GmbH Essen i Vodoprivreda Zagreb d.o.o. Ugovor o koncesiji za Projekt infrastrukturnih objekata za potrebe izgradnje centralnog uređaja za pročišćavanje otpadnih voda grada Zagreba potpisan je 16. prosinca 2000. godine između Grada Zagreba i Zagrebačkih otpadnih voda d.o.o., a koncesija obuhvaća cjelokupno projektiranje, izgradnju uređaja i pripadajućih infrastrukturnih objekata, financiranje projekta i upravljanje uređajem do 2028., kada će biti predan Gradu Zagrebu na upravljanje (BOT model), a vrijednost investicije iznosi oko 304 mil eura. Međutim, nalaz Državne revizije Republike Hrvatske iz 2012. godine ukazuje kako je u tom slučaju u okviru cijene vodnih usluga obuhvaćena i cijena usluga pročišćavanja otpadnih voda u iznosu 4,68 kn/m³ za

kućanstva i 15,77 kn/m³ za druge korisnike. Iz navedene cijene se podmiruju obveze prema koncesionaru za troškove gradnje pročistača i drugih objekata, te usluge pročišćavanja otpadnih i oborinskih voda, te kako cijena usluga pročišćavanja otpadnih voda nije ekonomski opravdana, jer koncesionaru omogućuje ostvarenje dobiti u visini 46,0% prihoda ostvarenih od usluga pročišćavanja, a cijeli je slučaj predmet istraživanja zbog sumnje u koruptivne radnje (Državni ured za reviziju, 2013., 33).

Od 1. siječnja 2010. godine u vodno-komunalnom sektoru u Republici Hrvatskoj za javne usluge i javne radove se za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje *ne daje koncesija*, a djelatnost javne vodoopskrbe i javne odvodnje *obavljaju isključivo javni isporučitelji vodnih usluga*. Izuzetno, koncesija se mogla dati fizičkoj ili pravnoj osobi za ambulantno sakupljanje i prijevoz otpadnih voda iz septičkih i sabirnih jama, te pročišćavanja otpadnih voda i projektiranja sustava pročišćavanja otpadnih voda. Javnim isporučiteljem vodnih usluga smatraju se *trgovačka društva u kojima udjele imaju isključivo jedinice lokalne samouprave*, ali već je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o vodama (NN 130/11 – stupio na snagu 23. studenog 2011. godine) definicija javnog isporučitelja proširena i na *trgovačko društvo u kojem sve udjele, odnosno dionice*

u temeljnom kapitalu imaju trgovačka društva kojima su osnivači jedinice lokalne samouprave (trgovačko društvo kojem su jedinice lokalne samouprave posredni osnivači), odnosno ustanove kojima su osnivači jedinica lokalne samouprave (tj. „tvrta-kćer“).

Zakon o uslugama (NN 81/11), koji je usklađen sa Direktivom o uslugama na unutarnjem tržištu 2006/123/EZ prihvatio je koncept dodatne derogacije slobode pružanja usluga za usluge od općeg gospodarskog interesa, koji obuhvaća uslugu kojom se izvršava posebna zadaća u društvenom interesu propisana posebnim propisom u kojem je precizno navedena priroda posebne zadaće, a uključujući vodne usluge javne vodoopskrbe i javne odvodnje.

5. ZAKLJUČAK

Mjera ograničenja slobode poduzetništva i tržišta u sektoru vodnih usluga nije protivna odredbama Ustava RH, kao ni europskom pravu, stoga je možemo smatrati dopuštenom. Zbog utjecaja opskrbe vodom za piće i sanitarne potrebe na javno zdravlje i zaštitu okoliša, ograničenje poduzetničke i tržišne slobode u djelatnostima upravljanja vodnim uslugama u Republici Hrvatskoj može se opravdati kao mjera zaštite prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. ■

LITERATURA

- Commission Green Paper of 21. May 2003. on services of general interest (COM 2003 270 final – Official Journal: C 76 of 25. 3. 2004.,
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – White Paper on services of general interest COM/2004/0374
- De Albuquerque, C; Winkler, I.T.; „Neither Friend nor Foe: Why the Commercialization of Water and Sanitation Services is not the Main Issue in the Realization of Human Rights“, Brown Journal of World Affairs, 2010 FALL /Winter 2010 – Volume XVII, ISSUE I 167–179
- Državni ured za reviziju Republike Hrvatske – Izvješće o obavljenoj reviziji ekonomske opravdanosti cijena javnih vodnih usluga (vodoopskrbe i odvodnje) društva Zagrebački holding d.o.o. – Podružnica vodoopskrba i odvodnja za 2012. str., 33. <http://www.revizija.hr/izvjesca/2013-rr-2013/posebne-revizije/01-ekonomska-opravanost/01-vodne-usluge/04-grad-zagreb-zagrebacki-holding-d.o.o.-vodne-usluge.pdf>,
- Fitzmaurice, Malgosia, »The Human Right to Water« Fordham Environmental Law Review Vol. XVIII 2007., 537–585,
- Hall, David, Lobina, Emanuele and de la Motte Robin: „Making water privatisation illegal: – new laws in Netherlands and Uruguay“, Public Services International Research Unit (PSIRU), 31 November 2004 http://gala.gre.ac.uk/3769/1/PSIRU_9343_-_2004-11-W-crim.pdf,
- Maduro, Miguel Poiars: “Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights“, European Law Journal, Vol. 3, No. 1, March 1997, pp. 55–82 str. [http://qr.jur.lu.se/quickplace/jufn09/Main.nsf/0/7327FBAFAFA847D7C125782D005051FC/\\$file/Maduro%20Reforming%20the%20Market.pdf](http://qr.jur.lu.se/quickplace/jufn09/Main.nsf/0/7327FBAFAFA847D7C125782D005051FC/$file/Maduro%20Reforming%20the%20Market.pdf)
- Omejec, Jasna, »Konvencija za zaštitu ljudskih prava i sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava – Strasbourški *acquis*«, Novi informator, Zagreb, 2013
- Opinion Advocate general mr. Poiars Maduro u predmetu *Ahokainen and Leppik C-434/04*, ECR I-09171,
- Raz, Joseph : »The Morality of Freedom«, Calderon Press, London, 1988, – hrvatski prijevod »Moralnost slobode« (Kruzak, 2007)
- Sarvan; Desanka: „Ljudsko pravo na vodu – pravno utemeljenje i implikacije implementacije, Zagreb 2016.
- United Nation Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment No.15.
- Winkler, Inga: »The human Right to Water – Significance, legal status and implications or Water allocation«, Publishing Oxford and Portland, Oregon (2012.)