

Dr. sc. Silvija Petrić, izvanredna profesorica
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

ODGOVORNOST ZA NEPOŠTIVANJE KONCESIJSKOG UGOVORA KOJI SE ODNOSI NA KORIŠTENJE JAVNIH DOBARA

UDK: 347.426 35.078.6

Primljeno: 20. 01. 2009.

Izvorni znanstveni članak

Rad se bavi problemima koji se u hrvatskom pravu javljaju u svezi s institutom odgovornosti za povrede obveza iz ugovora o koncesiji, koji je jedan od temeljnih elementa koncesijskog odnosa. Analiza postojećeg hrvatskog zakonodavstva u ovoj oblasti pokazuje da je riječ o specifičnom ugovoru kod kojega je načelo ravnopravnosti stranaka ozbiljno ograničeno u korist koncedenta, tako da se po nekim elementima približava konceptu tzv. upravnog ugovora poznatog u usporednom pravu. No, bez obzira na sve specifičnosti, prema sadašnjem stanju zakonodavstva i sudske prakse, ovaj je ugovor još uvijek ugovor na kojega se, osim u onim elementima posebno propisanim zakonom, primjenjuju opća pravila građanskog, odnosno trgovačkog prava o povredi ugovornih obveza.

Ključne riječi: *ugovor o koncesiji, odgovornost za povredu ugovora, ograničenja općih pravila*

1. UVODNE NAPOMENE

Institutom koncesije hrvatska se pravna praksa i pravna teorija posljednjih godina sve više bave. U periodu od 1945. godine do kraja osamdesetih godina prošlog stoljeća institut koncesije, osim na teorijskoj razini, bio je u hrvatskom pravu gotovo nepoznat.¹ Nastojanja da se tadašnje jugoslavensko gospodarstvo bolje uključi u svjetske gospodarske tijekove rezultiralo je krajem osamdesetih godina uvođenjem instituta koncesije kroz odredbe Zakona o stranim ulaganjima,² a koje omogućavaju odobravanje koncesije stranim ulagateljima za korištenje određenog obnovljivog prirodnog bogatstva i dobra u općoj upotrebi.³ Republika Hrvatska donijela je prvi Zakon o koncesijama 1990. godine,⁴ a omogućavao je davanje koncesija samo stranim ulagateljima. Izmjenama i dopunama Zakona

¹ U pravnoj teoriji se ističe da su postojali neki prikriveni oblici koncesije, primjerice, prema odredbama Zakona o ulaganjima stranih osoba u jugoslavenske OUR-e. Više vidi: ĐERĐA, Dario, Upravnopravni aspekti koncesija, doktorska disertacija, Split, 2005., str. 49. (dalje: ĐERĐA, 2005.)

² Službeni list SFRJ, 77/88.

³ Čl. 18. st. 1.

⁴ NN 18/90.

iz 1991. godine⁵ omogućeno je davanje koncesija i domaćim pravnim i fizičkim osobama, te je proširen krug djelatnosti (dobara) za koje se mogu davati koncesije. 1992. godine donesen je danas važeći Zakon o koncesijama⁶ kao opći normativni akt koji uređuje ovu oblast. Nakon toga uslijedilo je donošenje niza posebnih zakona koji uređuju institut koncesije kao način korištenja pojedinih doba od interesa za Republiku Hrvatsku, odnosno obavljanje djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku u pojedinim oblastima.

Takav razvoj inicirao je veliko zanimanje pravne prakse i teorije, posebno one upravnog prava, za niz pitanja vezanih uz koncesije, kao što su pobliže definiranje pravnog pojma i pravne prirode koncesija, određivanje uvjeta za njihovo odobravanje, objekata na kojima i djelatnostima za koje se koncesije mogu izdavati, subjekata koji sudjeluju u pravnim odnosima nastalima na temelju koncesije, određivanje načina prestanka prava i obveza iz koncesije, definiranju tijela nadležnih da odlučuju o sporovima vezanim uz koncesije, itd. No, jedno od pitanja kojima se pravna teorija, barem za sada, nije suviše detaljno bavila jest pitanje ugovora o koncesiji, njegove pravne prirode i njegovih pravnih učinaka. Stoga će ovaj prilog pokušati baciti nešto više svjetla na probleme vezane uz ugovor o koncesiji u hrvatskom pravnom sustavu, odnosno barem naznačiti dileme koje se u svezi s tim dijelom koncesijskog odnosa mogu pojaviti u pravnoj i poslovnoj praksi.

2. UREĐENJE KONCESIJA PREMA ODREDBAMA ZAKONA O KONCESIJAMA

Iako je pravnoteorijsko određivanje pojma koncesije veoma složeno jer se radi o institutu koji se pojavljuje u različitim varijantama,⁷ u suvremenom se (upravnom) pravu koncesija uglavnom definira kao pravni odnos između javne vlasti (koncedenta) i domaće ili strane pravne ili fizičke osobe (koncesionara) u kojemu javna vlast na određeno vrijeme ustupa (dozvoljava) koncesionaru pravo obavljanja neke javne službe, obavljanja određene djelatnosti ili iskorištavanja nekog prirodnog ili drugog dobra.⁸

Ovoj teorijskoj definiciji odgovara opće uređenje instituta koncesije u Republici Hrvatskoj, prema odredbama važećeg ZK-a. Odredbama ovog općeg

⁵ Zakon o izmjeni i dopuni Zakona o koncesijama, NN 61/91.

⁶ NN 89/92. (dalje: ZK)

⁷ Osim toga, treba napomenuti da se u nekim pravnim sustavima termin «koncesija» koristi i za označavanje nekih drugih pravnih odnosa i pojmova koji nemaju obilježja ovdje korištenog pojma koncesije. Više vidi: ĐERĐA, 2005., str. 20.-26.

⁸ Više o jezičnom, pravnoteorijskom i normativnom definiranju pojma koncesije vidi: ĐERĐA, 2005., str. 12.-30.; ŽUVELA, M. Koncesije, opći i posebni koncesijski režimi; u: SARVAN, D., - ŽUVELA, M., Koncesije u pravnom sustavu Republike Hrvatske, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 172.-173., (dalje: ŽUVELA); VOJKOVIĆ, G., Pomorsko dobro i koncesije, Hrvatski hidrografski institut, Split, 2003., str. 151.-156. (dalje: VOJKOVIĆ).

zakona uređuje se koja prava i pod kojim uvjetima mogu biti sadržaj koncesije, tko predlaže, priprema i donosi odluku o koncesiji, način pripreme prijedloga odluke, tko utvrđuje interes Republike Hrvatske za davanje koncesije, kome se koncesija može dati, krajnji rok trajanja koncesije, zaključivanje ugovora o koncesiji te njegovu registraciju i upis u zemljišne knjige. Čitavim nizom posebnih zakona donesenih prije, a naročito nakon donošenja Zakona o koncesijama, predviđena je mogućnost dodjeljivanja koncesija za određene djelatnosti, odnosno na određenim dobrima. Kao *lex specialis* njihove odredbe imaju prednost pred odredbama ZK-a.

Prema ovome Zakonu predmet koncesije može biti: - pravo gospodarskoga korištenja prirodnih bogatstava te drugih dobara za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku; - pravo obavljanja djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku te izgradnja i korištenje objekata i postrojenja potrebnih za obavljanje tih djelatnosti. Izuzeta su izričito kao mogući objekt koncesije sljedeća dobra u vlasništvu države: - šumska dobra; - druga dobra utvrđena posebnim zakonom.⁹ Prema tome, i u hrvatskom pravu predmet koncesija može biti pravo korištenja određenih prirodnih dobara i bogatstava u općoj i javnoj upotrebi gdje je naglasak na gospodarskom interesu države, iako mogu biti povezane i s vršenjem nekih javnih poslova (tzv. koncesije dobara) i vršenje javnih službi gdje koncedent prenosi na koncesionara obavljanje nekih javnih službi ili vršenje gospodarskih djelatnosti na odgovornost i rizik koncesionara (tzv. koncesije usluga).

Iz odredbe ZK koja definira predmet koncesija proizlazi da je ključni element u određivanju predmeta koncesije interes Republike Hrvatske. Interes Republike Hrvatske, prema odredbama čl. 1 st. 3. ZK-a «utvrđuje Zastupnički dom Sabora Republike Hrvatske».¹⁰ Vlasnički režim dobra na kojem se koncesija daje nije odlučujući, koncesija se može dati na općim dobrima,¹¹ na dobrima u vlasništvu Republike Hrvatske i drugih osoba javnog prava,¹² a ZK izričito navodi da može postojati i na «drugim dobrima za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku».¹³

Kako proizlazi iz odredba ZK-a, utvrđivanja dobara i djelatnosti koje su od «interesa za Republiku Hrvatsku», a što je ključni kriterij prilikom odobravanja koncesije, u nadležnosti je Hrvatskog sabora. Ustavom Republike Hrvatske¹⁴ utvrđeno je da more, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva, ali i zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi

⁹ Čl. 1. ZK-a.

¹⁰ Napominjemo da tekst ZK-a nije usklađen s ustavnim promjenama, tako da bi trebalo glasiti da «...interes Republike Hrvatske utvrđuje Hrvatski sabor».

¹¹ Čl. 3. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 72/00, 114/01 (dalje: ZV).

¹² Čl. 35. ZV-a.

¹³ To znači da se koncesija može dati na bilo kojem dobru u vlasništvu bilo koje pravne ili fizičke osobe, naravno pod uvjetom da je prethodno zakonom utvrđen interes Republike Hrvatske. Postavlja se pitanje znači li to da je prethodno potrebno izvršiti postupak izvlaštenja dosadašnjeg vlasnika dobra.

¹⁴ Pročišćeni tekst, NN 41/01 i 55/01.

prirode, nekretnine i stvari od osobitog kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja, za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku, imaju njezinu osobitu zaštitu, te da se zakonom određuje način na koji dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu upotrebljavati i iskorištavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici.¹⁵ No, ZK posebno ne utvrđuje o kojim je dobrima/djelatnostima riječ. Za neka je dobra/djelatnosti taj interes izričito utvrđen posebnim zakonima, ali neki od zakona koji omogućavaju dodjelu koncesija ne definiraju ovaj javni interes. Postavlja se stoga pitanje je li je samim donošenjem zakona koji omogućava dodjelu koncesije na određenom dobru, odnosno za određenu djelatnost prešutno utvrđen i «interes Republike Hrvatske» ili je potrebno, ako posebni zakon ne sadrži izričite odredbe, da Hrvatski sabor prije odobravanja koncesije utvrdi postojanje takvog interesa. Svakako da bi najprihvatljivije rješenje bilo ono koje predlaže pravna teorija, tj. da se odredbama ZK-a kao općeg zakona u oblasti koncesija detaljno odredi koja su dobra i djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku.¹⁶

S druge strane, kako se u pravnoj teoriji osnovano ističe, dok taj interes nije jasno zakonom definiran već postoji samo ovakva široka i neprecizna odredba ZK-a, može se dovesti u pitanje osnovanost odobravanja koncesija po odredbama nekih posebnih zakona. Naime, u praksi, a prema posebnim zakonima, funkcioniraju i koncesije za koje se teško može reći da su «od interesa» za državu, primjerice koncesije za obavljanje nekih komunalnih djelatnosti i sl.¹⁷

Prema odredbama ZK-a koncesija se može dodijeliti domaćoj i stranoj pravnoj i fizičkoj osobi, tj. krug osoba mogućih koncesionara nije ničim ograničen općim zakonom, no neki posebni zakoni ipak predviđaju određena ograničenja.¹⁸ ZK određuje i krajnji rok trajanja koncesije na 99 godina,¹⁹ no posebni zakoni gotovo redovito predviđaju kraće rokove.

Koncesija se dodjeljuje odlukom o koncesiji, nakon čega se s koncesionarom zaključuje ugovor o koncesiji. Koncedent (davatelj koncesije) uvijek je javnopravna osoba (država ili jedinica lokalne ili područne samouprave). ZK ne određuje osobu koncedenta već samo tijela koja su, nastupajući u ime i za račun javnopravne osobe, ovlaštena donijeti odluku o koncesiji i sklopiti ugovor o koncesiji. Tako odluku o koncesiji, prema odredbama čl. 2. ZK-a, donosi Sabor Republike Hrvatske, ako posebnim zakonom nije utvrđeno što drugo. Prema odredbama istog članka Sabor Republike Hrvatske može ovlastiti Vladu Republike Hrvatske da donosi odluku o koncesiji. Posebni zakoni različito određuju tijela ovlaštena za donošenje odluke o pojedinim posebnim vrstama koncesija.²⁰

¹⁵ Čl. 52. Ustava RH.

¹⁶ Tako vidi: ŽUVELA, str. 180.

¹⁷ Tako vidi: ŽUVELA, str. 177.

¹⁸ Tako se, primjerice, prema Zakonu o slobodnim zonama (NN 44/96, 77/99, 127/00) koncesija za osnivanje slobodne gospodarske zone može dodijeliti samo domaćim pravnim osobama.

¹⁹ Čl. st. 4. ZK-a.

²⁰ Primjerice, prema Zakonu o komunalnom gospodarstvu (NN 26/03, 82/04, 110/04) odluku o koncesiji donosi predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave (čl. 12.); prema Zakonu o pomorskom

Na prvi pogled kao iznimka od pravila da je koncedent uvijek država ili jedinica lokalne ili područne samouprave čini se situacija kada odluku o koncesiji donosi tijelo neprofitne pravne osobe (ustanove) u ime i za račun te pravne osobe. Tako prema odredbama čl. 54. st. 1. t. 3. ZPDML-a odluku o prikupljanju ponuda i davanju koncesije na lučkom području donosi Upravno vijeće Lučke uprave. Lučke uprave su prema odredbama čl. 48. st. 3. i 5. ZPDML-a neprofitne pravne osobe na koje se, ako ovim zakonom nije određeno što drugo, primjenjuju propisi o ustanovama. No, osnivač lučke uprave je Republika Hrvatska,²¹ što znači da se mogu smatrati novim oblikom samostalnih javnopravnih osoba namijenjenih obavljanju određenih djelatnosti i službi u javnom interesu. To znači da je u slučaju davanja ovlasti na dodjelu koncesije (između ostalih ovlaštenja i nadležnosti Lučkih uprava) riječ o prijenosu (delegaciji) ovlaštenja s države na ovaj specifičan tip pravne osobe.

Odluka o koncesiji donosi se na temelju provedenog javnoga prikupljanja ponuda ili javnog natječaja, a iznimno na zahtjev ako je to određeno posebnim zakonom.²² Osim ove šture odredbe ZK ne uređuje posebno pripremne radnje za donošenje odluke o koncesiji, prepuštajući to posebnim zakonima.²³

Prijedlog za donošenje odluke o koncesiji prema pravilima ZK-a podnosi Vlada Republike Hrvatske nakon pribavljenog mišljenja izvršnog odbora općine ili grada ili županije na čijem se području stječe pravo gospodarskog korištenja dobara.²⁴ ZK obvezuje Vladu RH kao tijelo koje podnosi prijedlog odluke o koncesiji da prilikom pripreme prijedloga prosuđuje posebno poslovni ugled podnositelja ponude, njegovu sposobnost za ostvarivanje koncesije, tehničku i financijsku povoljnost ponude, te utjecaj dodjeljivanja koncesije na očuvanje i zaštitu prirodnog okoliša.²⁵

dobru i morskim lukama (NN 158/03; dalje: ZPDML) odluku o koncesiji za posebnu upotrebu za objekte državnog značaja donosi Vlada Republike Hrvatske, a odluka o koncesiji za posebnu upotrebu za objekte županijskog značaja donosi županijsko poglavarstvo, a za objekte lokalnog značaja odluku donosi općinsko ili gradsko vijeće. (čl. 19. st. 2.), odluku o koncesiji za gospodarsko korištenje pomorskog dobra, te za korištenje ili gradnju građevina od važnosti za županiju daje županijsko poglavarstvo, odluku o koncesiji za gospodarsko korištenje pomorskog dobra, koja obuhvaća korištenje ili gradnju građevina od važnosti za Republiku Hrvatsku donosi Vlada Republike Hrvatske, odluku o koncesiji koja obuhvaća gradnju novih građevina od važnosti za Republiku Hrvatsku, koja zahtijeva velika ulaganja, te se ukupni gospodarski učinci ne mogu ostvariti u roku od 50 godina, donosi Vlada Republike Hrvatske uz suglasnost Hrvatskoga sabora (čl. 20.).

²¹ Čl. 48. st. 1. i 2. ZPDML-a.

²² Tako je, primjerice, odredbama čl. 17. st. 2. ZPDML-a predviđeno da se koncesija za posebnu upotrebu pomorskog dobra daje na zahtjev. Posebna upotreba pomorskog dobra je svaka ona upotreba koja nije opća upotreba ni gospodarsko korištenje pomorskog dobra (čl. 6. st. 4. u svezi s čl. 19. ZPDML).

²³ Više o pripremnim radnjama vidi: JELČIĆ, O., Koncesije, u: BAČIĆ, B. et al., *Nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske i opća dobra*, Inženjerski biro d.d., Zagreb, str. 26.-28. (dalje: JELČIĆ); ĐERĐA, 2005., str. 160.-187.

²⁴ Stručne poslove oko pripreme odluke o koncesiji i nadzor nad ostvarivanjem koncesije, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno, obavljaju nadležna ministarstva, ili izvršni organ županije, odnosno grada. (čl. 6. ZK).

²⁵ Čl. 4. ZK-a.

ZK ne predviđa, za razliku od većine posebnih propisa u oblasti koncesija, niti minimalne elemente sadržaja odluke o koncesiji.

Prema odredbama čl. 7. ZK-a, nakon donošenja odluke o koncesiji Vlada Republike Hrvatske, odnosno nadležno ministarstvo, ili izvršni organ županije, odnosno grada i podnositelj ponude za obavljanje koncesije sklapaju ugovor o koncesiji. ZK ne određuje bitne elemente ovog ugovora već samo sadrži odredbu prema kojoj se ugovorom o koncesiji moraju osigurati odgovarajuća jamstva za ostvarivanje gospodarske svrhe koncesije u skladu s interesima Republike Hrvatske. Isto tako, određuje da ugovorena naknada za koncesiju ide u prihod proračuna Republike Hrvatske ili proračuna županije, odnosno grada, te da će Vlada Republike Hrvatske odrediti dio ugovorene naknade za koncesije koji će se iz državnog proračuna izdvajati za potrebe općine, odnosno grada na čijem se području stječe pravo gospodarskog korištenja dobara. U svezi s ugovorom o koncesiji ZK predviđa i obvezu upisivanja ugovora o koncesiji u jedinstveni registar koncesija koji vodi Ministarstvo financija, te obvezu upisivanja ugovora o koncesijama koje se odnose na nekretnine u zemljišne knjige.²⁶

Iz ovoga je vidljivo da je zakonodavac u općem propisu propustio odrediti čitav niz elemenata ugovornog odnosa, očito prepuštajući to posebnim zakonima. No, čak i one odredbe koje je uvrstio u zakon veoma su šture i neprecizne tako da u praksi moraju dovesti do nedoumica ako posebnim zakonima ta pitanja nisu uređena. Na žalost, odredbe o ugovorima o koncesiji sadržane u posebnim zakonima također su često veoma šture i neprecizne, a osim toga, neke aspekte ovog ugovora posebni zakoni uređuju na različite načine, tako da je veoma teško precizno odrediti dogmatiku ovog ugovora u hrvatskom koncesijskom pravu.

3. ODGOVORNOST ZA POVREDU OBVEZA IZ UGOVORA O KONCESIJI

U svakom ugovornom odnosu svaka od stranaka može povrijediti ugovorom preuzete obveze, bilo njihovim neizvršenjem, bilo neurednim izvršenjem bilo zakašnjenjem. Posljedice povrede ugovornih obveza mogu biti veoma različite, od prava na naknadu štete, preko prava ugovoru vjerne strane na jednostrani raskid ugovora, do aktiviranja različitih posebnih ugovornih ili zakonskih ovlaštenja vezanih za povredu ugovora.²⁷ I obveze iz koncesijskog ugovora stranke mogu povrijediti na neki od navedenih načina i stoga se postavlja pitanje pravila po kojima za takve povrede odgovaraju. U svakom pravnom sustavu pa tako i hrvatskom postoje razrađena pravila ugovorne (kontraktualne) odgovornosti unutar korpusa klasičnog građanskog ugovornog prava. No, pitanje je primjenjuju li se ova pravila na isti način i na povrede ugovora o koncesiji, odnosno zahtijevaju

²⁶ Čl. 8. ZK-a.

²⁷ Kao što je, primjerice, ugovorna kazna, pravo zadržanja, uskraćivanje izvršenja vlastite obveze dok druga strana ne izvrši svoj, itd.

li specifičnosti ugovora o koncesiji neka odstupanja od ovih pravila ili čak možda ustanovljavanje posebnih pravila o odgovornosti. Da bi mogli odgovoriti na to pitanje potrebno je odrediti prirodu i karakteristike tog ugovora kako je reguliran u hrvatskom pravu.

3.1. Mjesto ugovora o koncesiji u koncesijskom odnosu

No, da bi se uopće raspravljalo o ugovoru o koncesiji i njegovim karakteristikama nužno je prethodno odrediti njegovo mjesto u koncesijskom odnosu, odnosno pravnu prirodu koncesijskog odnosa. Nesumnjivo je da je koncesijski odnos pravni odnos i to, kako smatra većina suvremene pravne teorije, pravni odnos upravnog prava. Naime, riječ je o odnosu između države ili jedinice lokalne ili područne samouprave (javnopravni subjekt) i fizičke ili pravne osobe u kojemu javna vlast nastupa autoritativno dodjeljujući, na temelju normi upravnog prava, osobi privatnog prava pravo izvršavanja javnih ovlasti ili korištenja javnog dobra. To se pravo dodjeljuje donošenjem odluke o koncesiji koja ima sva obilježja individualnog upravnopravnog akta. No, realizacija odluke o dodjeljivanju koncesije zavisi od zaključivanja ugovora o koncesiji, odnosno koncesionar stječe pravo na koncesiju na temelju odluke o koncesiji, a obvezu izvršavanja sadržaja koncesije preuzima tek zaključivanjem ugovora o koncesiji. Iz toga proizlazi da se ova dva akta nalaze u odnosu međusobne zavisnosti i da tek zajedno tvore koncesijski pravni odnos.

Iz odredba ZK-a kao i iz svih posebnih zakonskih propisa koji uređuju materiju koncesija u Republici Hrvatskoj može se zaključiti da je odluka o koncesiji upravnopravni akt koji jednostrano i autoritativno, u skladu s propisima koji uređuju mogućnost dodjeljivanja koncesije, donosi nadležno tijelo javne vlasti u ime javnopravne osobe koncedenta.²⁸ Time se za koncesionara stvara novo pravo koje do tada nije postojalo, tj. koncesionar prije donošenja odluke o koncesiji nema nikakvo subjektivno pravo na vršenje ovlaštenja iz koncesije već samo pravo pokretanja postupka za dodjelu koncesije u skladu s normama koje ga na to ovlašćuju.²⁹ U donošenju odluke o koncesiji javno tijelo nastupa u poziciji *iure imperii*, tj. autoritativno, kao javna vlast, što znači da se u odnosu na donositelja odluke subjekt o čijim se pravima odlučuje nalazi u subordiniranom položaju.³⁰ Akt se donosi u skladu s načelom zakonitosti,³¹ ali u pravilu tijelo koje odlučuje o donošenju odluke o koncesiji ima izražena diskrecijska ovlaštenja.³²

²⁸ Takav je stav gotovo nepodijeljeno prisutan i u pravnoj znanosti. Tako vidi: ĐERĐA, 2005., str. 54.-62.; 187.-207.; JELČIĆ, str. 28.-29.; VOJKOVIĆ, str. 160.-166.

²⁹ Iz toga proizlazi da je odluka o koncesiji konstitutivni upravnopravni akt.

³⁰ O takvoj prirodi odluke o koncesiji vidi: BORKOVIĆ, I., Upravno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 28. (dalje: BORKOVIĆ, 2002.).

³¹ Nadležnost za donošenje akta, postupak donošenja, sadržaj i oblik akta moraju biti u skladu s pravim normama koje ovlašćuju na donošenje odluke o koncesiji.

³² Tj. krećući se u granicama postavljenim propisima koji ga ovlašćuju na donošenje odluke o koncesiji slobodno odlučuje o tome kome će dodijeliti koncesiju.

Iz svega proizlazi da je odluka o koncesiji jednostrani, autoritativni, konkretan i konstitutivan upravni akt, no ZK (kao ni posebni zakoni) to posebno ne naglašava tako da je na određeni način otvorio prostor i za drukčija stajališta. Tako je Ured za zakonodavstvo Vlade Republike Hrvatske u mišljenju od 12. 01. 1995. godine³³ izrazio stav da je odluka o koncesiji (na pomorskom dobru) akt poslovanja, a ne upravni akt, budući da javna tijela odlukom o koncesiji ne odlučuju o pravima i obvezama privatnopravnih subjekata u skladu s pravilima o upravnom postupku, već odlučuju kao nositelji prava upravljanja na općem dobru (pomorskom dobru kao općem dobru od interesa za Republiku Hrvatsku).³⁴ Takav je stav doživio oštre kritike pravne teorije u kojoj se ističe da opće dobro nije u vlasništvu Republike Hrvatske te da slijedom toga njena tijela ne mogu o pitanjima vezanima za iskorištavanje općeg dobra odlučivati aktima poslovanja. Država na općem dobru može vršiti samo akte vlasti, što znači da može ovim dobrom raspolagati samo aktima koji se donose u upravnom postupku. Ako bi se odluci o koncesiji dao pravni značaj akta poslovanja države (njenog ovlaštenog tijela) to bi značilo da država odlučuje kao vlasnik, odnosno da je uzurpirala dobra koja se prema zakonskim odredbama³⁵ isključuju iz vlasničkog režima. Osim toga, to bi značilo da nema mogućnosti zaštite prava stranaka (potencijalnih koncesionara) jer se protiv akta poslovanja ne može voditi pravni spor.³⁶ No, treba naglasiti da je Upravni sud Republike Hrvatske u presudi br. 637/96 od 04.03.1998. godine zauzeo jasan i nedvosmislen stav da je odluka o koncesiji (prava lova na lovištima u vlasništvu države) upravni akt. Isto stajalište zauzeo je i Ustavni sud Republike Hrvatske odlučujući povodom Odluke Vijeća za telekomunikacije o dodjeli koncesije za obavljanje televizijske djelatnosti, te izrazio stav da je odluka o koncesiji pojedinačni upravni akt.³⁷

No, kako je već naglašeno, donošenjem odluke o koncesiji koncesionaru se samo daje pravo na koncesiju, ali ova odluka ne može jednostrano obvezati koncesionara na stvarno vršenje koncesije jer to ovisi o njegovoj volji. On svoju volju izražava u pravilu potpisivanjem ugovora o koncesiji.³⁸ Time dolazimo

³³ Vlada Republike Hrvatske, Ured za zakonodavstvo, Klasa:934-01/94-01/01; ur. br. : 50501-94-1170, Zagreb, 12.01.1995.

³⁴ Mišljenje je izdano kao odgovor na upit Ministarstva prometa, pomorstva i veza povodom odluke o koncesiji na pomorskom dobru.

³⁵ Čl. 5. st. 2. ZPDML-a: *Na pomorskom dobru ne može se stjecati pravo vlasništva ni druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi.*

Čl. 3. st. 2. ZV-a: *Nisu sposobni biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava oni dijelovi prirode koji po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, nego su na uporabi svih, kao što su to atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i moru, te morska obala (opća dobra).*

³⁶ Više vidi: Pomorsko dobro, društveni aspekti upotrebe i korištenja (ur. HLAČA, V.), Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 1996., Rasprave, pitanja i odgovori, str. 171.-173. (prilozi rasprave prof. Ive Borkovića i prof. Mihajla Dike).

³⁷ Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, br. U-II-722/95. od 02.04.1997.

³⁸ Iznimno koncesije nastaju i bez ugovora o koncesiji, primjerice, prema odredbama ZPDML-a: *Pravnim osobama i fizičkim osobama koje su registrirane za obavljanje obrta može se dati koncesijsko odobrenje za obavljanje djelatnosti na pomorskom dobru koje ne isključuje niti ograničuje opću upotrebu*

do pitanja odnosa između odluke o koncesiji i ugovora o koncesiji kao pravnih akata na kojima nastaje i funkcionira koncesijski odnos. Treba napomenuti da se u pravnoj teoriji i praksi često ova dva akta obuhvaćaju zajedničkim pojmom «koncesijski akt», za kojega se ističe da kao *sui generis* akt ima dvojni karakter, tj. da ima normativnu (odluka o koncesiji) i ugovornu stranu (ugovor o koncesiji).³⁹ To samo po sebi dovoljno govori o međuzavisnosti i pravnoj povezanosti ova dva akta. No, kako je ipak riječ o dva odvojena pravna akta njihov je međusobni odnos nužno pobliže odrediti ako se želi odgovoriti na pitanja vezana za funkcioniranje ugovora, odnosno (ne)izvršavanje prava i obveza iz ugovora o koncesiji.

U prvom redu treba odgovoriti na pitanje kojim se aktom, odlukom o koncesiji ili ugovorom o koncesiji, širi pravna sfera nositelja koncesije, odnosno kojim aktom on stječe subjektivno pravo na vršenje sadržaja koncesije.

S jedne strane, iz strukture koncesijskog odnosa može se zaključiti da odluka o koncesiji daje odabranom (potencijalnom) koncesionaru samo *mogućnost* stjecanja prava iz koncesije, odnosno ne samo da njegova obveza ne nastaje u tom trenutku nego i javna vlast uvjetuje početak vršenja prava iz koncesije potpisivanjem koncesijskog ugovora. To znači da odluka o koncesiji sama po sebi nije dovoljna niti da stvori pravo na vršenje konkretnog sadržaja koncesije, a još manje obvezu u odluci odabranog koncesionara da je zaista i vrši. Tek potpisivanjem ugovora on stječe obvezu vršenja sadržaja koncesije, dakle i pravo i obveza koncesionara na vršenje koncesije nastaju tek ugovorom o koncesiji. Slijedom takvog razmišljanja odluka o koncesiji daje samo pravo odabranom koncesionaru da zahtijeva od javne vlasti sklapanje ugovora o koncesiji, čime će i za jednu i za drugu stranu nastati određena prava i obveze vezane za vršenje koncesije. Takav stav izričito zauzima u nekim slučajevima i zakonodavac. Tako, primjerice, čl. 16. st. 2. ZPDML-a određuje da «Prava i obveze na temelju koncesije nastaju sklapanjem ugovora o koncesiji.» Sadržajno istu odredbu sadrži i čl. 46. st. 1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.⁴⁰

S druge strane, u pravnoj se teoriji često zauzima stav da se pravna sfera koncesionara širi donošenjem odluke o koncesiji, a da je ugovor samo akt privole koncesionara, tj. akt preuzimanja obveze na izvršavanje sadržaja koncesije, odnosno izvršavanja sadržaja subjektivnog prava koje je već stekao odlukom o koncesiji.⁴¹ To bi značilo da obveza i ovlaštenje (pravo) ne nastaju u istom trenutku, već najprije nastaje pravo, a tek onda obveza.⁴²

I s praktičnog stanovišta ovo pitanje može biti od značaja. Naime, ako bi

pomorskog dobra. (čl. 38. st. 1.). Ovlaštenik koncesijskog odobrenja ne zaključuje s davateljem ugovor o koncesiji.

³⁹ O takvim stavovima više vidi: VOJKOVIĆ, str. 161.-162.

⁴⁰ Zakon o poljoprivrednom zemljištu, NN 66/01; 87/02.

⁴¹ Više o takvim stavovima vidi: ĐERĐA, 2005. str. 207.-208.

⁴² Što, iako je neobičajeno, pravnoteorijski ne mora biti sporno jer su takvi odnosi poznati u obveznom pravu. Primjerice, kod obveza koje nastaju javnim obećanjem nagrade obveza nastaje u trenutku davanja izjave obećavatelja, a pravo nakon ispunjenja uvjeta određenih u obećanju.

se prihvatio stav da pravo na vršenje sadržaja koncesije nastaje donošenjem i pravomoćnošću odluke o koncesiji, koncesionar bi mogao započeti s vršenjem sadržaja prava i prije (ili uopće bez) zaključivanja ugovora o koncesiji, što u praksi javna vlast redovito ne dozvoljava. Naravno, taj se problem rješava na način da se odlukom o koncesiji propisuje obveza odabranog koncesionara da prije početka vršenja sadržaja koncesije sklopi ugovor s koncedentom. No, ako u odluci ne bi bilo izričite odredbe o dužnosti *prethodnog* (tj. prije početka vršenja sadržaja prava) sklapanja ugovora o koncesiji, inzistiranje na ovakvom stavu moglo bi dati pravo koncesionaru na vršenje sadržaja koncesije i bez ugovora. Osim toga, ako se pravo stječe pravomoćnošću odluke o koncesiji odabrani koncesionar bi mogao izvršavati sadržaj koncesije iako je javna vlast u konkretnom slučaju odbila zaključiti ugovor o koncesiji premda se na to obvezala odlukom. Ili, odabrani koncesionar bi imao pravo obavljanja djelatnosti i kada je ugovor iz nekog razloga ništetan.⁴³ Da je takav stav neprihvatljiv govori i mišljenje pravne teorije koja smatra da se u tom slučaju radi o «faktičnom koncesionaru», a ne o vršenju prava, te da takav koncesionar može, ako je do ništetnosti ugovora došlo krivnjom koncedenta, zahtijevati naknadu štete od koncedenta.⁴⁴

No, sva složenost, a moglo bi se reći i teorijskoppravna neortodoksnost odnosa između odluke o koncesiji i ugovora o koncesiji ne iscrpljuje se samo u ovom pitanju. Ugovor o koncesiji «ovisan» je o odluci o koncesiji i to na više načina.⁴⁵ Odluka u prvom redu nameće obvezu sklapanja ugovora nadležnom tijelu u ime koncedenta. Promatrano s druge strane, ugovor o koncesiji se ne može zaključiti bez prethodnog donošenja odluke o koncesiji. Ona osim toga određuje velikim dijelom i sadržaj ugovora o koncesiji, i to već voljom zakonodavca.⁴⁶ Naime, mnogi od posebnih zakona propisuju elemente budućeg koncesijskog odnosa koji se moraju odrediti u odluci o koncesiji. Time je u velikoj mjeri zadan i sadržaj budućeg ugovora o koncesiji. Naravno, u praksi je čest slučaj da tijelo koje donosi odluku o koncesiji ide u utvrđivanju elementa budućeg ugovora i preko onoga na što ga zakonodavac obvezuje, odnosno u odluci o koncesiji utvrđuju se i neki elementi koji po slovu zakona čine sadržaj ugovora o koncesiji.⁴⁷ Ako bi neke odredbe ugovora odstupale od odredaba sadržanih u odluci o koncesiji prednost u

⁴³ Primjerice stoga što je potpisan od neovlaštene osobe ili nije uopće potpisan od jedne od stranaka ili nije pribavljeno odobrenje koje se po zakonu zahtijeva ili nije sastavljen u propisanoj formi i sl.

⁴⁴ Vidi: Đerđa, 2005., str. 218. Za francusko pravo vidi: GJIDARA, M. - ŠIMAC, N., Koncesije i drugi načini povjeravanja javnih usluga pravnim i fizičkim osobama, Pravo u gospodarstvu, 2000/5, str. 84. (dalje: GJIDARA – ŠIMAC).

⁴⁵ Držimo da s toga u pravnoj teoriji i govori o «koncesijskom aktu» kao aktu koji objedinjuje normativnu i kontraktualnu stranu koncesijskog odnosa.

⁴⁶ Tako primjerice čl. 24. ZPMDL-a određuje da: *Odluka o koncesiji sadrži područje pomorskog dobra koje se daje na upotrebu ili gospodarsko korištenje; način, uvjete i vrijeme upotrebe ili gospodarskog korištenja pomorskog dobra, stupanj isključenosti opće upotrebe, naknadu koja se plaća za koncesiju, ovlaštenja davatelja koncesije, popis objekata podgradnje i nadgradnje koji se nalaze na pomorskom dobru i daju se u koncesiju, prava i obveze ovlaštenika koncesije uključujući i obvezu održavanja i zaštite pomorskog dobra, te zaštite prirode ako se pomorsko dobro nalazi na zaštićenom dijelu prirode.*

⁴⁷ Sadržaj ugovora o koncesiji propisuju, iako često ne dostatno detaljno i precizno, odredbe posebnih zakona.

primjeni moraju imati odredbe odluke. Iako to ZK (a ni pojedini posebni zakoni) izričito ne predviđa, ovakav je zaključak logičan s obzirom na hijerarhijski odnos između ova dva akta.⁴⁸

3. 2. Karakteristike ugovora o koncesiji u hrvatskom pravu

O posebnoj prirodi pravnih odnosa iz koncesije govore i specifične karakteristike samog ugovora o koncesiji koje određuju njegovu pravnu prirodu.⁴⁹ Ugovor o koncesiji sklapaju koncesionar kao takav određen u odluci o koncesiji i nadležno tijelo u ime koncedenta.⁵⁰ To znači da je sloboda izbora ugovornog partnera ograničena.

Ugovor se u pravilu mora sklopiti u roku koji je određen u zakonu ili u odluci o koncesiji. Rok je prekluzivan, tj. istekom roka prestaje pravo koncesionara da zahtijeva sklapanje ugovora.⁵¹ No, ako ugovor u navedenom roku nije sklopljen krivnjom tijela ovlaštenog na potpisivanje ugovora o koncesiji treba omogućiti odabranom koncesionaru da zahtijeva zaštitu prema pravilima o upravnom postupku.

Što se tiče forme ugovora o koncesiji, ZK ne sadrži pravilo koje bi ovaj ugovor činilo strogo formalnim ugovorom, tj. ne propisuje formu kao uvjet valjanosti ugovora. Istina, ZK propisuje obvezno upisivanje ugovora o koncesiji u jedinstveni registar koncesija koje je ovlašteno voditi Ministarstvo financija. Ministarstvo financija je vođenje registra koncesija povjerilo Financijskoj agenciji koja je ustanovila jedinstveni elektronički registar svih ugovora o koncesijama zaključenih na području Republike Hrvatske.⁵² Obveza upisivanja ugovora u registar znači da se ugovor mora zaključiti u pisanom obliku, no to ne znači da se radi o formi kao uvjetu valjanosti ugovora (tzv. forma *ad solemnitatem* ili bitna forma). Od posebnih propisa u oblasti koncesija samo su neki predvidjeli formu kao uvjet

⁴⁸ Posredno se takav zaključak može izvesti i iz izričite odredbe većine posebnih zakona koji govore o tome da se koncesijski ugovor sklapa «na temelju odluke o koncesiji». (tako npr. čl. 25. st. 1. ZPDML-a govori da «Na osnovi odluke o koncesiji davatelj koncesije i ovlaštenik sklapaju ugovor o koncesiji.»)

⁴⁹ Više o specifičnim karakteristikama ugovora o koncesiji vidi: DABIĆ, LJ., Koncesije u pravu zemalja centralne i istočne Evrope, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2002., str. 223.-245.

⁵⁰ Tijelo nadležno za sklapanje ugovora o koncesiji u ime koncedenta određuje u hrvatskom pravu ZK i posebni zakoni. To je u nekim slučajevima tijelo koje je donijelo odluku o koncesiji, a u nekima drugi organi države, odnosno jedinica lokalne ili regionalne samouprave ili druge pravne osobe s javnim ovlastima koje se pojavljuju u ulozi koncedenta.

⁵¹ Kako zakoni o tome ne govore, prepušteno je odluci o koncesiji da odredi druge posljedice nepoštivanja roka od strane odabranog koncesionara.

⁵² Jedinstvenom registru koncesija koji je dijelom dostupan javnosti, moguće je pristupiti na stranicama www.mfin.hr i www.fina.hr. Treba napomenuti da i neki posebni zakoni predviđaju obvezu upisa koncesija u registar tih posebnih koncesija. Tako ZPDML u čl. 36. propisuje da se koncesije upisuju u upisnik koncesija. Upisnik koncesija za koncesije koje daje Vlada Republike Hrvatske vodi Ministarstvo nadležno za poslove pomorstva, a za koncesije koje daje županijsko poglavarstvo upisnik vodi nadležno upravno tijelo u županiji.

Svatko može zahtijevati uvid u upisnik koncesija u nazočnosti voditelja upisnika koncesija i dobivati ispis.

valjanosti ugovora.⁵³ U praksi se naravno ugovor o koncesiji, već zbog svoje složenosti i zbog obveze upisa u registar koncesijskih ugovora uvijek zaključuje u pisanom obliku. U pravnoj teoriji se iznosi stav da je po prirodi ovog ugovora forma uvijek uvjet njegove valjanosti, no riječ je o raspravama koje se temelje na proučavanju ugovora o koncesiji u francuskom pravu.⁵⁴ Kako naši propisi, uz navedene iznimke, ne sadrže posebna pravila o obveznoj formi ugovora, treba primijeniti temeljno načelo ugovornog prava tj. načelo neformalnosti ugovora. No, takvo rješenje u oblasti koncesijskih ugovora svakako nije dobro, budući da mnogi od pravno-političkih razloga koji motiviraju zakonodavca da neki ugovor učini strogo formalnim ugovorom postoje nedvojbeno i kod ugovora o koncesijama.⁵⁵ Stoga bi opći zakon u ovoj oblasti, tj. ZK, morao u nekim budućim izmjenama predvidjeti neki od mogućih oblika ugovora (obična pisana forma ili čak neki stroži oblik forme) kao uvjet njegove valjanosti.

Kako je već naglašeno, značajan dio sadržaja odnosa između stranaka, a time i ugovornog odnosa, određen je odlukom o koncesiji ili kogentnim normama zakona. O tim odredbama stranke ne mogu prilikom zaključenja ugovora pregovarati, njih je jednostrano odredila jedna stranka - koncedent, naravno ukoliko nisu određene zakonom. To znači da je načelo dispozitivnosti kao temeljno načelo ugovornog prava kod ovih ugovora značajno ograničeno. No, ta činjenica još uvijek ne oduzima ovom aktu pravni karakter ugovora kako je definiran u građanskom pravu.

Mnogo je značajnije da se široko prihvaća da je ovaj ugovor moguće jednostrano izmijeniti od strane koncedenta, odnosno da koncedent može opozvati koncesiju bez krivnje koncesionara.

Što se tiče jednostrane izmjene ugovora o koncesiji od strane koncedenta hrvatski propisi o koncesijama ne sadrže izričite odredbe o takvom ovlaštenju,⁵⁶ no ova se mogućnost priznaje u usporednom pravu.⁵⁷ Potrebno je napomenuti da se u slučaju jednostrane izmjene uvjeta ugovora koncesionaru uvijek priznaje pravo na naknadu štete, odnosno na uspostavljanje financijske ravnoteže u koncesijskom odnosu. No, bez obzira na to, pravo jednostrane izmjene uvjeta ugovora od strane koncedenta karakteristika je koja udaljava koncesijski ugovor od dogmatike ugovora građanskog prava.

⁵³ Primjerice, Zakon o poljoprivrednom zemljištu u čl. 46. st. 1. i 2. propisuje da se ugovor sklapa u pisanom obliku, te da ugovor koji nije sklopljen u pisanom obliku nema pravni učinak. Istu odredbu sadrži i čl. 23. st. 1. Zakona o lovu, NN, 10/94; 22/94; 5/95; 29/99; 14/01.

⁵⁴ Tako vidi: BORKOVIĆ, I., Koncesionirana javna služba u francuskom upravnom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 1993/1, str. 11.

⁵⁵ Primjerice, iznimna složenost ugovornih prava i obveza, potreba zaštite interesa stranaka u slučaju neslaganja u tumačenju značenja i dosega nekih ugovornih klauzula, izbjegavanje opasnosti od falsificiranja ugovora, zaštita društvenog interesa, zaštita interesa trećih osoba itd.

⁵⁶ No, iako hrvatski propisi izričito ne ovlašćuju koncedenta da jednostrano izmijeni uvjete ugovora do takve će situacije u praksi doći ako se, primjerice, izmijene propisi koji utječu na pojedine elemente sadržaja ugovora o koncesiji.

⁵⁷ Za francusko pravo vidi: ĐERĐA, 2005., str. 218.; GJIDARA – ŠIMAC, str. 88.

I opozivost koncesije, tj. pravo koncedenta da jednostrano opozove koncesiju i time raskine i ugovor o koncesiji obilježje je koncesijskog odnosa koje je u suprotnosti s pravnom prirodom ugovora, posebno kao građanskopravnog instituta. Opoziv je akt kojim koncedent jednostrano prekida pravni odnos koncesije zbog zaštite ili ostvarenja javnog interesa kojeg zastupa. U hrvatskom pravu takvu mogućnost predviđaju odredbe ZPMDL-a. Tako davatelj koncesije prema odredbama čl. 29. st. 1. ZPMDL-a može koncesiju u svako doba opozvati u cijelosti ili djelomično kad to zahtijeva interes Republike Hrvatske koji utvrđuje Hrvatski sabor. Dakle, i ugovor o koncesiji se aktom opoziva jednostrano raskida bez ikakve krivnje koncesionara. Istina, ZPMDL predviđa pravo koncesionara na naknadu jednog dijela time pretrpljene štete.⁵⁸ U slučaju djelomičnog opoziva koncesije njegova su prava zaštićena time što ima pravo da se u roku od 30 dana od primitka izjave o djelomičnom opozivu, odrekne koncesije u cjelini.⁵⁹

Iako ZK ni većina posebnih propisa o koncesijama ne sadrže izričite odredbe o pravu koncedenta na opoziv koncesije (a time i na raskid ugovora o koncesiji) postavlja se pitanje da li je pravo na opoziv bitno obilježje instituta koncesije te ga se može primijeniti i kada nema izričite zakonske odredbe. Potvrđan odgovor na ovo pitanje počiva na argumentu da se koncesije odobravaju radi «...*gospodarskoga korištenja prirodnih bogatstava te drugih dobara za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku*», te radi «...*obavljanja djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku*»,⁶⁰ odnosno da u pravnom odnosu koncesije stranke nisu ravnopravne. Naime, država kao koncedent dodjeljuje koncesiju s pozicija javne vlasti, djeluje autoritativno u skladu s normama javnog (upravnog) prava, a svrha je zaštita ili ostvarenje nekog javnog, odnosno općeg interesa. Ukoliko je taj interes na neki način ugrožen ona ga je ne samo ovlaštena nego i dužna zaštititi opozivom (ili izmjenom) koncesije. U odnosu na odluku o koncesiji kao upravni akt takva su ovlaštenja države nesporna. No, pitanje je protežu li se ona i na ugovornu komponentu odnosa, tj. je li je prihvatljivo odnos subordinacije karakterističan za upravnu odnosu odnose aplicirati i na ugovorni odnos između koncedenta i koncesionara.

Ista se dilema javlja i vezano za nadzorne ovlasti nad izvršavanjem ugovornih obveza od strane koncesionara koje propisi i odluka o koncesiji u pravilu daju nadležnom tijelu koncedenta.⁶¹ I ove se ovlasti koje nisu karakteristične za ugovorni

⁵⁸ Čl. 29. st. 2. ZPMDL-a: *Ako ovlaštenik koncesije na osnovi koncesije izgradi građevinu na pomorskom dobru, ima, u slučaju opoziva koncesije, u cijelosti pravo na naknadu troškova za takvu građevinu koja je pripadnost pomorskog dobra u razmjeru prema vremenu za koje je prikraćen u korištenju koncesije. Naknada ne može premašiti vrijednost građevine u trenutku opoziva, umanjena za iznos ostvarene amortizacije.*

⁵⁹ Čl. 29. st. 3. ZPMDL-a.

⁶⁰ Čl. 1. st. 1. ZK-a.

⁶¹ Iako ZK ne sadrži odredbe o nadzornim ovlastima tijela koncedenta, posebni propisi, a naročito odluke o koncesiji gotovo uvijek predviđaju neki oblik nadzora. Primjerice, prema odredbama čl. 50. ZPMDL-a koji definira djelatnosti Lučke uprave, Lučka uprava kao koncedent ima obvezu usklađivanja i nadzora rada ovlaštenika koncesija koji obavljaju gospodarsku djelatnost na lučkom području. Prema odredbama čl. 71. ZPMDL-a: *Lučka uprava dužna je najmanje jednom godišnje provjeravati izvršavanje*

odnos mogu objasniti pravom i dužnošću tijela javne vlasti koje je odlučivalo o dodjeli koncesije da štiti opći (javni) interes.

U nekim pravnim sustavima, kao što je francuski i talijanski, takav je stav prihvaćen jer ugovor o koncesiji spada u grupu tzv. upravnih ugovora. Pojednostavljeno rečeno, riječ je o ugovorima koje s jedne strane sklapa uvijek subjekt javnog prava,⁶² u pravilu s privatnopravnim osobama, a svrha ugovora jest uvijek zaštita ili ostvarenje nekog općeg (javnog) interesa.⁶³ Kako je taj širi javni (društveni) interes vrijednosno «iznad» osobnih interesa ugovornih strana, država u ovakvim ugovorima ne nastupa kao ravnopravan ugovorni partner već u velikoj mjeri kao nositelj javne vlasti.⁶⁴ Priroda ugovora, odnosno interesa koji se ugovorom ostvaruje daje državi kao ugovornoj stranci nadređeni položaj u odnosu na suugovaratelja. Takav je položaj, smatra se u ovim pravnim sustavima, neophodan jer javnopravni subjekt ima ne samo pravo nego i obvezu zaštite javnog interesa, a to ne može ostvariti ako se na ugovor bez iznimke primjenjuje temeljno načelo klasičnog ugovornog prava, tj. načelo ravnopravnosti stranaka. Ove posebne prerogative javne vlasti u upravnom ugovoru proizlaze iz zakonskih pravila koja uređuju ugovor, a velikim dijelom ih je razvila i sudska praksa.

Dakle, za upravne ugovore vrijede posebna pravna pravila. Odnose se na sve segmente ugovornog odnosa, od zaključivanja ugovora, preko realizacije prava i obveza stranaka, do definiranja načina prestanka i načina rješavanja sporova povodom upravnog ugovora. Na one aspekte ugovornog odnosa koji nisu uređeni ovim posebnim pravilima primjenjuju se opća pravila građanskog prava za ugovore. Rješavanje povodom sporova koji proizlaze iz ovih ugovora u pravilu je stavljeno u nadležnost upravnih sudova, i to u sporu pune jurisdikcije.⁶⁵

No, kako se ističe u pravnoj teoriji hrvatskog prava, ono ne poznaje na formalnoj zakonskoj razini koncept upravnog ugovora. Stoga se u pravilu zaključuje da je ugovor o koncesiji u hrvatskom pravu po svojoj pravnoj prirodi ugovor građanskog (trgovačkog) prava, odnosno da se na njega primjenjuju opća pravila građanskog

plana i godišnjega operativnog programa rada ovlaštenika koncesija i o tome podnijeti izvješće upravnom vijeću.

Ovlaštenik koncesije dužan je omogućiti lučkoj upravi i drugom nadležnom tijelu provjeravanje izvršavanja plana i godišnjega operativnog programa rada ovlaštenika koncesije.

Isto tako, prema Zakonu o javnim cestama (NN 180/04), čl. 52. st. 3.: *Izvršavanje ugovora o koncesiji za autoceste, državne ceste i pojedine objekte na državnim cestama nadzire Ministarstvo, koje je dužno jednom godišnje izvijestiti donositelja odluke o davanju koncesije o izvršavanju toga ugovora.*

⁶² Država, jedinica lokalne ili regionalne samouprave, javna poduzeća.

⁶³ Pored ugovora o koncesiji tu spadaju i ugovori o javnim nabavkama, ugovori o vršenju javnih radova, ugovori o zauzimanju javnog dobra, itd.

⁶⁴ Za razliku od klasičnih ugovora građanskog i trgovačkog prava u kojima se i država ili druge osobe javnog prava mogu isto tako pojavljivati kao ugovorne stranke, ali ne nastupaju s pozicijom *iure imperii*, nego imaju isti pravni položaj kao i druga stranka u ugovoru.

⁶⁵ Više o pojmu upravnih ugovora u francuskom i talijanskom pravu vidi; BORKOVIĆ, I., Upravni ugovori, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 1993/2, str. 417.-434. (dalje: BORKOVIĆ, 1993.); GJIDARA – ŠIMAC, str. 82.-92.; ĐERĐA, 2005., str. 207.-231.; LAUBADERE, A. – MODERNE, F. – DELVOLVE, P., *Traite des contrats administratifs*, Tome I, L.G.J.D., 1983.

i trgovačkog prava o ugovorima,⁶⁶ pod uvjetom da posebnim zakonom nije što drugo predviđeno.⁶⁷ Iz toga proizlazi i zaključak da su sporovi povodom ugovora o koncesijama u nadležnosti redovnih sudova, tj. da Upravni sud Republike Hrvatske ne može odlučivati o ovim sporovima jer je njegova isključiva nadležnost odlučivanje o zakonitosti upravnih akata, te mora po službenoj dužnosti odbaciti tužbu protiv akta koji nije upravni akt.⁶⁸

3. 3. Pravna priroda ugovora o koncesiji

Kako proizlazi iz prethodnih analiza, očito je da i prema važećim propisima hrvatskog prava ugovor o koncesiji ima neka od obilježja koja su karakteristična za institut upravnog ugovora u usporednom pravu.⁶⁹ Ta su obilježja određena posebnim pravnim pravilima koja uređuju režim koncesijskog ugovora u hrvatskom pravu. To se svakako odnosi prvenstveno na činjenicu da se jednoj strani u ugovoru (državi, odnosno drugoj javnopravnoj osobi) u nekim slučajevima daje pravo jednostranog opoziva ugovora zbog zaštite javnog interesa, a bez obzira na ponašanje druge ugovorne strane. Isto vrijedi i za široko priznato pravo nadzora nad izvršavanjem ugovora od strane koncesionara, te u svezi s tim i za pravo sankcioniranja koncesionara. Obje karakteristike ugovora o koncesiji znače da se kod ovih ugovora u velikoj mjeri odstupa od temeljnih načela ugovornog prava i to prvenstveno od načela ravnopravnosti stranaka u ugovoru, a u prvom slučaju i od načela *pacta sunt servanda*.⁷⁰ Država, odnosno druga javnopravna osoba kao stranka u ugovoru očigledno ima u nekim elementima nadređeni položaj koji je uvjetovan posebnim objektom i ciljem ovog ugovora.

Ostale karakteristike koje se u pravnoj teoriji obično naznačavaju kao bitne za određivanje pojma upravnog ugovora, kao što su značajno sužavanje primjene načela dispozitivnosti i činjenica da je jedna od stranaka u upravnom ugovoru uvijek osoba javnog prava, pojavljuju se i kod ugovora o koncesiji prema odredbama hrvatskih zakona, ali potrebno je naglasiti da one bitno ne određuju pravnu prirodu ovog ugovora. Naime, osoba javnog prava (država, jedinica lokalne ili regionalne samouprave, javna ustanova i sl.) mogu biti stranke i u ugovorima

⁶⁶ Odnosno pravila Zakona o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08.

⁶⁷ Tako vidi: JELČIĆ, str. 30.; BORKOVIĆ, 1993., str. 432. sq.; ĐERĐA, 2005. str. 227.; ŽUVELA, str. 181.; ERAKOVIĆ, A., Koncesije, Računovodstvo i financije, 1997/12, str. 92.; GORENC, V., Trgovačko pravo – ugovori, ŠK, Zagreb, 2000., str. 205.

⁶⁸ Čl. 30. Zakona o upravnim sporovima, NN 53/91; 9/92; 77/92.

⁶⁹ Stoga se u pravnoj teoriji već relativno davno isticalo da su koncesijski ugovori prema hrvatskim propisima veoma slični ili čak identični konceptu upravnog ugovora, primjerice, u francuskom pravu. Tako vidi: BORKOVIĆ, 1993., str. 432.

⁷⁰ U klasičnom građanskom pravu načelo *pacta sunt servanda* također trpi određena ograničenja, posebno kroz institut izmjene ili raskida ugovora zbog promijenjenih okolnosti. No, pravo jednostranog otkaza koncesijskog ugovora radi zaštite javnog interesa ne može se ni izdaleka usporediti s ovim institutom za čiju primjenu zakon zahtijeva vrlo stroge pretpostavke.

klasičnog građanskog prava. Prema tome, sam status subjekta ne određuje nužno pravnu prirodu ugovora.⁷¹

Isto tako, manje ili više ozbiljno sužavanje primjene načela slobode uređivanja ugovornih odnosa ne oduzima ugovoru karakter građanskopravnog ugovora. Štoviše, za suvremeno je građansko i trgovačko pravo karakteristično da raste broj ograničenja načela dispozitivnosti, i to na dva načina. S jedne strane, sve je više kogentnih normi kojima država ograničava primjenu ovog načela, u pravilu štiteći interese jedne strane u ugovoru ili pak opći društveni interes. S druge strane, već nekoliko desetljeća unatrag najveći broj ugovora građanskog i trgovačkog prava⁷² zaključuju se u tehnici tzv. adhezijskog ugovaranja, što znači da jedna od stranaka u cijelosti (ili rjeđe samo djelomično) samostalno određuje sadržaj ugovora, a druga strana tom ugovoru pristupa po načelu *take it or leave it*. Sva ograničenja primjene načela dispozitivnosti koja susrećemo kod koncesijskih ugovora pripadaju jednoj od ove dvije situacije i stoga ih ne možemo smatrati odlučujućima za svrstavanje ovih ugovora u kategoriju upravnih ugovora.

Kako onda na temelju navedenih karakteristika koncesijskog ugovora odrediti njegovu pravnu prirodu, tj. kako odgovoriti na pitanje spada li on u ugovore građanskog (trgovačkog) prava ili je riječ o tome da je hrvatska legislativa u oblasti koncesija i bez izričite uporabe tog naziva zapravo stvorila novi oblik ugovora, dosada nepoznat u našem pravu, upravni ugovor.⁷³

Nužno je naglasiti da ovo pitanje nije samo i nije prvenstveno teorijskopravno, bez obzira koliko ono može biti intrigantno za čisto teorijska razmišljanja. Naime, praktične implikacije koje sa sobom donosi opredjeljivanje za jednu od mogućih solucija veoma su značajne. Jer, ako se prihvati stav da je ugovor o koncesiji upravni ugovor, a ne klasični ugovor građanskog prava, onda se sva pitanja vezana za nastanak, izvršenje i prestanak ugovora, a koja nisu izričito određene propisom, odlukom o koncesiji ili samim ugovorom, moraju tumačiti i rješavati u skladu s temeljnim obilježjima tog ugovora. A temeljno obilježje ovog ugovora je da u njemu koncedent (osoba javnog prava) u određenoj mjeri nastupa s pozicija vlasti, tj. da je nadređen drugoj strani, da u cilju ostvarenja i očuvanja javnog interesa ima prema drugoj strani prerogative karakteristične za odnos subordinacije, a ne odnos koordinacije.⁷⁴ Drugim riječima, privatnopravna strana koncesijskog odnosa mora na određeni način «ustupiti» pred javnopravnom komponentom. Privatnopravna (klasična ugovorna) komponenta reducira se time uglavnom samo na pristajanje

⁷¹ Naravno, ako jedna od stranaka ugovornica nije javnopravni subjekt ugovor ne može, bez obzira na ostale karakteristike, biti upravnopravni ugovor.

⁷² Po nekim procjenama s kraja prošlog stoljeća u ovoj tehnici zaključivalo se preko 95% ugovora građanskog i trgovačkog prava.

⁷³ Držimo da nije potrebno posebno objašnjavati kako pravna priroda nekog instituta ne ovisi o nazivu koji mu se u zakonodavstvu ili u pravnoj znanosti daje, već o njegovim bitnim karakteristikama.

⁷⁴ Dovedeno do krajnjih granica ovakvo razmišljanje mora dovesti do zaključka kako koncedent na temelju svog nadređenog položaja može, primjerice, ugovor jednostrano mijenjati ili raskinuti kada to zahtijeva javni interes, da može vršiti nadzor nad radom koncesionara i izricati mu sankcije i sl., i u situacijama u kojima ga na to posebna pravna norma (ili odluka o koncesiji ili sam ugovor) izričito ne ovlašćuje.

koncesionara da se podvrgne režimu koncesijskog odnosa koji je definiran javnopravnim (upravnopravnim) propisima i odredbama odluke o koncesiji. Osim toga, ako se ugovor o koncesiji okarakterizira kao upravni ugovor logično bi bilo da je za rješavanje sporova povodom tog ugovora nadležan Upravni sud.⁷⁵

Ako se pak prihvati stav da je ugovor o koncesiji klasični ugovor građanskog (trgovačkog) prava onda njima vladaju i temeljne paradigme klasičnog ugovornog prava. To znači da, primjerice, primjena načela stranačke dispozitivnosti i ravnopravnosti može biti ograničena samo izričitim i detaljnim zakonskim normama, na zakonu osnovanim odredbama odluke o koncesiji ili samim ugovornim raspolaganjima stranaka. Naravno, u tom slučaju sporovi povodom valjanosti, tumačenja i (ne)izvršenja ugovora u nadležnosti su redovnih sudova.

Rješenje ove dileme za hrvatsko pravo moguće je samo na temelju analize odredaba hrvatskih propisa vezanih za ugovor o koncesiji, odnosno općenito za koncesijski odnos, te do sada razvijene sudske prakse. No, na žalost, treba konstatirati da su propisi koji uređuju ugovor o koncesiji gotovo bez izuzetka veoma šturi, definiraju tek osnovne konture ugovora i ne ulaze u detaljno reguliranje svih aspekata odnosa. To je na neki način i razumljivo s obzirom na relativnu «mladost» instituta koncesije, a time i instituta koncesijskog ugovora u hrvatskom pravu.

Kako je već navedeno, ZK kao okvirni propis određuje samo tko sklapa ugovor o koncesiji (ako posebnim zakonom nije drukčije određeno), zatim da se ugovorom moraju osigurati odgovarajuća jamstva za ostvarivanje gospodarske svrhe koncesije, te obvezu upisivanja ugovora o koncesiji u jedinstveni registar koncesija, odnosno u zemljišne knjige. Posebni zakoni pak sadrže detaljnije odredbe, ali stupanj normiranosti značajno varira od zakona do zakona. Ako apstrahiramo od ovih različitosti, uglavnom svi posebni zakoni određuju subjekta (tijelo) koji u ime koncedenta zaključuje ugovor s odabranim koncesionarom, manje ili više detaljno uređuju obvezni sadržaj ugovora tj. određuju elemente koje mora sadržavati konkretni tip ugovora o koncesiji, te uz neke iznimke uređuju načine prestanka ugovora, odnosno slučajeve prestanka koncesije i oduzimanja koncesije. U mnogima od posebnih zakona nalaze se i odredbe o prijenosu koncesije (što znači i o prijenosu/ustupanju ugovora).⁷⁶

Koliko je u hrvatskom pravu zapravo još uvijek do kraja nerazjašnjena pravna priroda instituta koncesije, koncesijskog akta i pravnih odnosa od kojih se sastoji, a posebno mjesto i uloga ugovora o koncesiji u ovom institutu, dobro ilustriraju razlike između posebnih zakona u definiranju načina prestanka koncesije, odnosno ugovora o koncesiji. Naime, u određivanju načina prestanka koncesije jedan dio

⁷⁵ No, treba napomenuti da ni u svim pravnim sustavima koji poznaju instituciju upravnog ugovora nije prihvaćeno ovakvo rješenje. Primjerice, u belgijskom pravu sporovi povodom upravnih ugovora spadaju u nadležnost redovnih sudova. Više vidi: BORKOVIĆ, 1993., str. 430.-432.;

⁷⁶ Pregled odredaba posebnih propisa koji uređuju pojedine oblike koncesija u hrvatskom pravu, vidi: SARVAN, D., Koncesije i koncesijska odobrenja u pravnom sustavu Republike Hrvatske prema odredbama posebnih zakona, u: SARVAN, D., - ŽUVELA, M., Koncesije u pravnom sustavu Republike Hrvatske, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 55.-171.

posebnih zakona određuje izričito slučajeve u kojima se koncesija može oduzeti (od strane nadležnog tijela koncedenta), te ostale načine prestanka koncesije (kao što je protek vremena na koji je dana, prestanak ovlaštenika ako nisu ispunjeni uvjeti za sukcesiju i sl.) u koje se redovito ubraja i sporazumni raskid ugovora o koncesiji.⁷⁷ No, u svim slučajevima oduzimanja koncesije (koji u pravilu predstavljaju kaznu za koncesionara koji krši neke od zakonskih uvjeta ili uvjeta određenih u odluci o koncesiji ili u ugovoru) mora prestati i ugovor o koncesiji, odnosno gledano iz rakursa ugovornog odnosa, odluka koncedenta o oduzimanju koncesije mora za posljedicu imati i jednostrani raskid ugovora o koncesiji.⁷⁸ I u ostalim slučajevima prestanka koncesije ugovor također prestaje postojati.⁷⁹

S druge strane, druga grupa posebnih zakona ne govori o načinima «prestanka koncesije», nego o «raskidu ugovora o koncesiji» i/ili o «prestanku važenja ugovora o koncesiji». Razlozi za «raskid ugovora» redovito imaju istu pravnu logiku kao i oni za «oduzimanje koncesije», tj. riječ je o radnjama ili propustima koncesionara protivnima uvjetima ili svrsi odobravanja koncesije. Isto tako, situacije u kojima dolazi do «prestanka važenja ugovora o koncesiji» odgovaraju onima u kojima drugi posebni propisi govore o «prestanku koncesije.»⁸⁰

⁷⁷ Primjerice, prema odredbama čl. 30. ZPDML-a: *Koncesija se može oduzeti: 1. ako ovlaštenik koncesije ne izgradi u određenom roku građevine ili druge objekte za koje mu je dana koncesija, 2. ako se ovlaštenik koncesije ne pridržava odredaba ovoga Zakona i propisa za njegovo izvršavanje ili ne provodi uvjete koncesije,*

3. ako ovlaštenik koncesije ne iskorištava koncesiju ili je iskorištava za svrhe za koje mu nije dana ili preko mjere određene u koncesiji, 4. ako ovlaštenik koncesije bez odobrenja izvrši na pomorskom dobru označenom u koncesiji radnje koje nisu predviđene u koncesiji ili su u suprotnosti sa odobrenim projektom,

5. ako ovlaštenik koncesije neuredno plaća naknadu za koncesiju, 6. ako ovlaštenik koncesije ne održava ili nedovoljno održava i zaštićuje pomorsko dobro obzirom na način predviđen u ugovoru o koncesiji.

U slučajevima iz prethodnog stavka pozvat će se ovlaštenik koncesije da se u određenom roku izjasni o razlozima zbog kojih mu se namjerava oduzeti koncesija.

Ako se u slučaju oduzimanja koncesije iz razloga utvrđenih u stavku 1. ovoga članka raskida ugovor o koncesiji, ovlaštenik koncesije nema pravo na naknadu zbog raskida ugovora.

Neuredno plaćanje podrazumijeva kada ovlaštenik koncesije dva puta uzastopce ne plati koncesijsku naknadu.

Odluku o oduzimanju koncesije donosi davatelj koncesije.

A prema odredbama čl. 31. ZPDML-a: *Koncesija prestaje: 1. istekom vremena za koje je dana, 2. odreknućem ovlaštenika koncesije prije isteka vremena određenog u odluci o koncesiji, 3. smrću ovlaštenika koncesije, odnosno prestankom pravne osobe ako nasljednici, odnosno pravni sljednici ne zatraže pravodobno potvrdu koncesije, 4. oduzimanjem koncesije od strane davatelja, 5. sporazumnim raskidom ugovora o koncesiji.*

Odluku o prestanku koncesije donosi davatelj koncesije.

⁷⁸ Pravno je nezamisliva situacija da se koncesija (utemeljeno i valjano) oduzme, a da ugovor između koncedenta i koncesionara i dalje proizvodi pravne učinke tj. stvara prava i obveze za stranke.

⁷⁹ Rok na koji se daje koncesije uvijek je i krajnji rok važenja ugovora, prestanak stranke (ako nisu ispunjeni uvjeti za sukcesiju) također dovodi do prestanka ugovora, itd.

⁸⁰ Primjerice, prema odredbama čl. 150. st. 1. Zakona o vodama: *Ugovor o koncesiji može se raskinuti prije isteka vremena na koje je koncesija dodijeljena: 1. ako korisnik koncesije nije u roku započeo, odnosno dovršio radove koje je trebao izvesti u skladu s ugovorom o koncesiji, 2. ako korisnik koncesije prestane kontinuirano obavljati djelatnost za koju je koncesija dodijeljena, a prava i obveze iz koncesije*

Premda se, dakle radi o istim situacijama, u jednoj grupi zakona normotvorac naglasak stavlja na koncesiju (dakle odobrenje, dozvolu javne vlasti za obavljanje određene djelatnosti ili korištenje određenog dobra), a u drugoj na ugovor (dakle, uvjetno rečeno, na privatnopravnu komponentu koncesijskog odnosa). Iako se ovoj raspravi može prigovoriti da inzistira na razlici koja je u krajnjoj liniji možda pretežito terminološka i formalna jer će u primjeni i jedna i druga pravila vjerojatno uvijek dovesti do istog rezultata (tj. do prestanka i ugovora o koncesiji i same koncesije u smislu dozvole javne vlasti), ovakva neujednačenost u propisima koji reguliraju u osnovi isti institut nije prihvatljiva. No, što je još značajnije ona nam posredno govori o tome da zakonodavac različito shvaća pravnu prirodu koncesije u različitim aktima. Jednom na koncesiju gleda kao na odnos u kojem prevladavaju elementi upravnopravnog odnosa, dakle implicira da je u odnosu između odluke o koncesiji kao upravnog akta i koncesijskog ugovora odluka o koncesiji primaran, glavni akt, a ugovor je samo pretpostavka efikasnosti tog glavnog akta. U drugim slučajevima pak čini se da koncesiju shvaća kao odnos utemeljen na ugovoru kao centralnom aktu, bez obzira koliko taj ugovor bio specifičan.

Osim toga, ovakve razlike dodatno otežavaju nastojanja da se iz postojećih normativnih akata izvede ispravan zaključak o pravnoj prirodi ugovora o koncesijama u hrvatskom pravu.

U situaciji ovakve «podnormiranosti» i na žalost visokog stupnja neusklađenosti u normiranju i sudska praksa i pravna znanost⁸¹ čini se da se priklanjaju stavu da je ugovor o koncesiji u hrvatskom pravu ipak ugovor građanskog prava, a ne upravni ugovor.⁸² Držim da je takvo stanovište pri sadašnjem stanju stvari u hrvatskom pravu ispravno, odnosno jedino moguće i to ne iz formalnih razloga, tj. zbog činjenice da legislativa na formalnoj (terminološkoj) razini ne poznaje pojam upravnog ugovora. Čini se naime da je ispravno zaključiti, na temelju provedene analize postojećih propisa koji se odnose na ugovor o koncesiji, da on jest specifičan (*sui generis*?) ugovor u kojemu je položaj jedne strane nesumnjivo u nekim aspektima položaj nadređenosti, da javna vlast u ovom ugovoru na temelju zakona ima ovlasti koje nisu karakteristične za građanskopravni ugovorni

ne preuzme novi korisnik koncesije prema članku 149. stavku 4. ovoga Zakona, po isteku roka od šest mjeseci od dana kada je utvrđen prestanak obavljanja te djelatnosti. 3. ako korisnik koncesije samovoljno učini preinake na uređajima koje koristi pri ostvarivanju koncesije, ne održava građevine i uređaje ili samovoljno mijenja uvjete pod kojima je koncesija dodijeljena, radi čega nastaje opasnost od poremećaja u vodnom režimu ili može doći do povrede zakonitih prava drugih osoba na vodama i vodnom dobru, a u roku koji odredi nadležno tijelo ne uspostavi prijašnje stanje.

A prema odredbama čl. 149. st. 1. Zakona o vodama: *Ugovor o koncesiji prestaje važiti: 1. istekom vremena na koje je koncesija dodijeljena, 2. zbog smrti korisnika koncesija, ako se u skladu sa člankom 148. ovoga Zakona prava i obveze iz ugovora o koncesiji ne prenesu na određenog nasljednika, 3. ako je korisniku koncesije pravomoćnom odlukom suda ili nadležnog tijela uprave trajno zabranjeno obavljanje djelatnosti za koju je koncesija dodijeljena, 4. sporazumnim raskidom ugovora o koncesiji.*

⁸¹ Vidi: napomena 67.

⁸² Iako treba napomenuti da neki autori inzistiraju na tome kako ugovor o koncesiji u hrvatskom pravu ima sve karakteristike upravnog ugovora, ali kako sustav ne poznaje pojam takvih ugovora, dopuštaju da se na njih primjenjuju pravila građanskog prava. Tako: BORKOVIĆ, 1993., str. 433.; PAVLOVIĆ, Š., *Koncesije u hrvatskom gospodarskom pravu*, Odvjetnik, 1995/9-10; str. 44.-45.

odnos. No, u svim ostalim aspektima on ima obilježja klasičnog ugovora. Osim toga, a što je vrlo bitno, to je ugovor kojim se reguliraju imovinski odnosi, njime se postiže ravnoteža između imovinskih interesa koncesionara i istih takvih interesa javnopravne osobe. Naravno, kroz realizaciju koncesijskog ugovora, odnosno čitavog koncesijskog odnosa javnopravni subjekt često ostvaruje i neke druge tj. javne ili općedruštvene interese, ali to ne oduzima ovom ugovornom odnosu karakter imovinskog odnosa. Konačno, upravo obveza ostvarenja tih interesa jedino je pravopolitičko opravdanje činjenice što je javnopravni subjekt u koncesijskom ugovoru u određenoj mjeri subordiniran drugoj strani.

Iako je, dakle riječ o ugovoru s nesumnjivim javnopravnim komponentama čini se da je opravdano zaključiti kako te komponente, prema sadašnjem stanju stvari, još nisu dostigle onu «kritičnu masu» koja bi bila potrebna da se može govoriti o nastanku sasvim novog tipa ugovora koji u tolikoj mjeri izmiče klasičnoj ugovornoj paradigmi da ga možemo smatrati pandanom upravnom ugovoru, primjerice, u francuskom pravu. Naravno, to ne znači da razvoj legislative, a onda i stajališta sudske prakse neće u nadograđivanju instituta koncesije ići u tom pravcu. Dapače, to bi bio pravac razvoja koji bi sigurno imao neke vrlo korisne učinke i koji bi razriješio brojne nedorečenosti sadašnjeg sustava. No, za sada je stanje takvo da se ne može govoriti o tome da hrvatsko pravo poznaje pojam upravnog ugovora.

Da je to tako potvrđuju i stavovi sudske prakse. Treba napomenuti da u hrvatskoj sudskoj praksi postoji relativno mali broj odluka koje su se bavile problemima koncesijskih ugovora, odnosno odgovornosti za povredu tih ugovora. No, u tom relativno siromašnom uzorku redovito se ugovor smatra ugovorom građanskog prava i na njega se primjenjuju pravila građanskog prava.

Tako, primjerice, Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje: VS RH) u odluci od 7. prosinca 2004. godine⁸³ odlučujući o zahtjevu koncesionara za naknadu štete koja mu je nastupila radi otkaza ugovora o koncesiji za obavljanje komunalne djelatnosti, izričito naglašava da je riječ o obveznopravnom odnosu i da se na njega primjenjuju odredbe Zakona o obveznim odnosima. Tužitelj je smatrao da odluka o otkazu nije pravno valjana jer je nije donijelo predstavničko tijelo tuženika, koje je po odredbama čl. 11. st. 2. Zakona o komunalnom gospodarstvu⁸⁴ nadležno za donošenje odluke o koncesiji. Prema čl. 12. st. 1. istog zakona ugovor o koncesiji sklapa poglavarstvo jedinice lokalne samouprave, ali zakon izričito ne predviđa⁸⁵ tko u ime te jedinice ugovor može otkazati. VS RH ističe da, kako je riječ o obveznopravnom odnosu, treba primijeniti odredbe Zakona o obveznim odnosima koje reguliraju tu materiju,⁸⁶ tj. raskid ugovora u slučaju da jedna strana ne ispuni svoju obvezu, kao što je u ovom sporu. Zaključuje da je odluka o otkazu valjana jer ju je donijelo tijelo (Gradsko poglavarstvo) ovlašteno iskazivati volju

⁸³ Presuda i rješenje VS RH, Broj: Gzz 138/04-3; Rev 673/04-3

⁸⁴ NN 36/95 i 70/97.

⁸⁵ Čl. 13. toč. 3. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

⁸⁶ Tj. odredbe čl. 124., 125. i 126. starog Zakona o obveznim odnosima koji je bio na snazi u vrijeme donošenja odluke.

koncedenta (Grad Varaždin). U istom predmetu, odlučujući o osnovanosti razloga za otkaz ugovora, sud se poziva na pretpostavke za prijevremeni otkaz utvrđene samim ugovorom, ali isto tako i na odredbe čl. 124. tada važećeg Zakona o obveznim odnosima o jednostranom raskidu ugovora zbog neispunjenja.

Isto tako, u presudi od 18. rujna 2007. godine⁸⁷ VS RH povodom zahtjeva tužitelja kojim traži da mu se odobri povećanje cijena koncesijskih usluga izražava stav da se na raskid ugovora o koncesiji primjenjuju odredbe čl. 132. tada važećeg Zakona o obveznim odnosima «... kojim je propisano da raskidom ugovora se obje stranke oslobađaju svih obveza izuzev obveze na naknadu eventualne štete, što znači da se nakon raskida ugovora o koncesiji tužitelj ne može koristiti pravom na povećanje cijena pružanja komunalnih usluga kad to pravo nije iskoristio za vrijeme važenja ugovora o koncesiji, a što znači da zbog nekorištenja njegovog prava, a zbog naprijed iznijetog, nema ni pravo na naknadu štete za navedeni iznos.» Isto tako, odbio je zahtjev tužitelja kojim traži navedeni iznos s osnova pravila o stjecanju bez osnova, primijenivši odredbe čl. 210. tada važećeg Zakona o obveznim odnosima, budući da u konkretnom slučaju nisu bile ispunjene pretpostavke za primjenu te odredbe. Odlučujući o zahtjevu tužitelja da se ugovor održi na snazi također je primijenio odredbe tada važećeg Zakona o obveznim odnosima: «U konkretnom slučaju riječ je o prestanku obveze u smislu odredbe čl. 344. st. 1. ZOO-a. Prema odredbi čl. 344. st. 1. ZOO-a obveza prestaje kad vjerovnik izjavi dužniku da neće tražiti njeno ispunjenje i dužnik se s tim suglasi.»

U Rješenju od 15. travnja 2003. godine⁸⁸ VS RH odlučivao je o utvrđivanju nadležnosti za rješavanje sporova povodom koncesijskog odnosa na pomorskom dobru. Iako je prema odredbama čl. 72. Pomorskog zakonika za raspravljanje svih pitanja i rješavanje svih sporova u svezi s davanjem, izvršavanjem, opozivom, oduzimanjem ili izmjenom odluke o koncesiji na pomorskom dobru nadležno ministarstvo nadležno za pomorstvo, VS RH je zaključio da se u konkretnom slučaju ne radi se o takvom sporu. Kako se prema tužbi u ovom sporu radi o imovinsko-pravnom zahtjevu iz čl. 210. Zakona o obveznim odnosima, odlučio je da je za suđenje o takvom zahtjevu nadležan sud.

Potrebno je istaknuti da ovakav stav sudova nije posljedica samo činjenice da sud ne vidi u elementima ugovora o koncesiji dovoljno osnova za proglašavanje takvog ugovora nekim posebnim oblikom upravnog ugovora na kojega bi se primjenjivala posebna pravila, nego jednostavno i činjenice da u onim segmentima ugovornog odnosa koji nisu posebno uređeni samim ugovorom, odlukom o koncesiji s kojom ugovor mora biti u skladu, te posebnim propisima o koncesijama, sud mora primijeniti odredbe važećeg prava koje uređuju imovinskopravne ugovorne odnose. Drugim riječima, ako bi na teorijskoj razini i smatrao da se radi o ugovoru koji se toliko svojom dogmatikom udaljio od klasičnog ugovora obveznog prava da ga se može smatrati novim oblikom nekakvog «zakona-ugovora», odnosno

⁸⁷ Presuda VS RH, Broj: Rev 875/07-2.

⁸⁸ Rješenje VS RH, Broj: Revt-52/03-2.

mješavinom javnopravnih i privatnopravnih elemenata, tamo gdje za to nema osnova u posebnim propisima sud može primijeniti isključivo postojeća pravila o ugovorima.

3. 4. Temeljna pravila o odgovornosti za povredu ugovorne obveze primjenjiva na odgovornost za povredu ugovora o koncesiji

Iz svega proizlazi da se u svim aspektima instituta odgovornosti za povredu ugovora o koncesiji koji nisu posebno regulirani, primjenjuju opća pravila obveznog prava. Što se tiče odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora, po odredbama Zakona o obveznim odnosima, to znači da se na odgovarajući način primjenjuju opća pravila o izvanugovornoj odgovornosti za štetu, ako pravilima odsjeka koji uređuje pravo na popravljivanje štete zbog povrede ugovora nije drukčije propisano.⁸⁹ Treba napomenuti da je u hrvatskom pravu moguća konkurencija osnova odgovornosti, tj. oštećenik može birati između pravila o kontraktnoj i izvankontraktnoj odgovornosti.

Osim toga, hrvatsko obvezno pravo poznaje i institut tzv. predugovorne odgovornosti (*culpa in contrahendo*), čija je primjena također moguća i kod ugovora o koncesiji.⁹⁰

Isto tako, moguća je podijeljena odgovornost, tj. ako je vjerovnik ili osoba za koju on odgovara pridonio nastanku ili visini štete, ili otežanju dužnikovog položaja, naknada se razmjerno smanjuje.⁹¹ Podijeljenu odgovornost predviđa i pravilo prema kojemu je strana koja se poziva na povredu ugovora dužna poduzeti sve razumne mjere da bi se smanjila šteta izazvana tom povredom, inače druga strana može zahtijevati smanjenje naknade.⁹²

Za odgovornost u svezi s ugovorom o koncesiji interesantna je i odredba čl. 1083. Zakona o obveznim odnosima o odgovornosti zbog povrede obveze sklapanja ugovora. Naime, osoba koja je po zakonu obvezna sklopiti neki ugovor

⁸⁹ Čl. 349. Zakona o obveznim odnosima.

⁹⁰ *Culpa in contrahendo* uređena je odredbama čl. 251. i čl. 348. Zakona o obveznim odnosima.: Čl. 251.:(1) *Pregovori koji prethode sklapanju ugovora ne obvezuju. (2) Ali strana koja je pregovarala ili prekinula pregovore suprotno načelu savjesnosti i poštenja odgovorna je za štetu koja je time prouzročena drugoj strani. (3) Suprotno je načelu savjesnosti i poštenja, između ostalog, ako strana uđe u pregovore s drugom stranom bez prave namjere da s tom stranom sklopi ugovor. (4) Ako je jedna strana u pregovorima dala drugoj strani povjerljive obavijesti ili joj omogućila da dođe do njih, druga ih strana, ako nije drukčije ugovoreno, ne smije učiniti dostupnim trećima niti ih koristiti za svoje interese, bez obzira je li naknadno ugovor sklopljen ili nije. (5) Odgovornost za povredu obveze iz st. 4. ovoga čl. može se sastojati u naknadi time prouzročene štete i predaje oštećeniku koristi koju je štetnik tom povredom ostvario. (6) Ako se drukčije ne sporazumiju, svaka strana snosi svoje troškove oko priprema za sklapanje ugovora, a zajedničke troškove snose na jednake dijelove.*

Čl. 348.: *Ugovorna strana koja je dužna obavijestiti drugu stranu o činjenicama što su od utjecaja na njihov međusobni odnos odgovara za štetu koju pretrpi druga strana zbog toga što nije bila na vrijeme obaviještena.*

⁹¹ Čl. 347. Zakona o obveznim odnosima.

⁹² Čl. 346. st. 4. Zakona o obveznim odnosima.

dužna je naknaditi štetu ako na zahtjev zainteresirane osobe bez odgađanja ne sklopi taj ugovor.

Prema pravilima o izvanugovornoj odgovornosti koja se analogno primjenjuju i na ugovornu odgovornost u pravilu se za svaku protupravnu radnju (dakle i za povredu ugovornih obveza) odgovara po načelima subjektivne predmnijevane odgovornosti. To znači da se oborivo predmnijeva krivnja dužnika za povredu ugovora, i to najblaži oblik krivnje, obična nepažnja. Dužnik je postupio s običnom nepažnjom ako nije upotrijebio pažnju dobrog domaćina ili dobrog gospodarstvenika, odnosno dobrog stručnjaka.⁹³ U slučaju povrede koncesijskih ugovora to će redovito biti kriterij pažnje dobrog gospodarstvenika, odnosno dobrog stručnjaka. Držimo da je nesporno da navedeni kriteriji u procjenjivanju dužne pažnje moraju primijeniti na obje stranke u ugovoru o koncesiji.

Iznimno, kada je to zakonom posebno propisano, moguća je i objektivna odgovornost.⁹⁴ Posebne odredbe propisa koji uređuju ugovor o koncesiji ne predviđaju objektivnu odgovornost za povredu ugovora, što znači da će se, prema sadašnjem stanju stvari, primjenjivati opća pravila o subjektivnoj odgovornosti.

Dužnik se oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao ispuniti svoju obvezu, odnosno da je zakasnio s ispunjenjem obveze zbog vanjskih, izvanrednih i nepredvidivih okolnosti nastalih poslije sklapanja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći (viša sila).⁹⁵

Što se tiče mogućnosti ugovornog isključenja ili ograničenja odgovornosti, prema odredbama čl. 345. Zakona o obveznim odnosima, odgovornost dužnika za namjeru ili krajnju nepažnju ne može se unaprijed ugovorom isključiti ni ograničiti. No, čak i odredbu o isključenju i ograničenju odgovornosti za običnu nepažnju sud može na zahtjev zainteresirane strane poništiti, ako je takav sporazum proizašao iz monopolskog položaja dužnika ili iz neravnopravnog odnosa ugovornih strana. Isto tako, dopušteno je ugovaranje najvišeg iznosa naknade, ako određeni iznos nije u očitom nerazmjeru sa štetom i ako za određeni slučaj nije što drugo zakonom određeno. No, ako je ugovor povrijeđen namjerno ili iz krajnje nepažnje vjerovnik ima pravo na puni iznos naknade. Ugovorom se može proširiti odgovornost dužnika i za slučajeve za koje inače ne odgovara, osim ako je to protivno savjesnosti i poštenju.⁹⁶

Što se tiče obujma naknade štete, vjerovnik uvijek ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi⁹⁷ te na pravičnu naknadu neimovinske štete, koje je dužnik u vrijeme sklapanja ugovora morao predvidjeti kao moguće posljedice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale

⁹³ Čl. 10 st. 1. i 2. Zakona o obveznim odnosima.

⁹⁴ Čl. 1045. Zakona o obveznim odnosima.

⁹⁵ Čl. 343. Zakona o obveznim odnosima.

⁹⁶ Čl. 344. Zakona o obveznim odnosima.

⁹⁷ Čl. 1089. st. 3. Zakona o obveznim odnosima izmaklu dobit definira kao dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje spriječeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem.

biti poznate. No, ako je ugovor povrijeđen namjerno, krajnjom nepažnjom ili prevarno, vjerovnik ima pravo na cjelokupnu štetu, tj. i na predvidivi u na nepredvidivu štetu.⁹⁸

Naravno, i u svezi sa svim ostalim mogućim posljedicama povrede ugovorne obveze (primjerice, instituti kao što su ugovorna kazna, pravo zadržanja, pravo na jednostrani raskid ugovora zbog povrede ugovora, pravila o kapari, pravila o prigovoru neispunjenja ili prigovoru neurednog ispunjenja ugovora, itd.), ako posebnim propisima o koncesijama nije drukčije određeno, primjenjuju se opća pravila Zakona o obveznim odnosima.

No, treba na kraju naglasiti da, i pored ovakvog načelnog stava o primjenjivosti pravila građanskog ugovornog prava na ugovor o koncesiji, neka pitanja ostaju otvorena. I to upravo zbog specifičnosti koncesijskog odnosa u kojemu treba pomiriti dva suprotstavljena interesa. S jedne strane je imovinski interes koncesionara, a s druge strane opći (javni) interes kojega koncedent ima pravo i obvezu štiti. Klasična pravila o ugovornoj odgovornosti temelje se na načelu ravnopravnosti stranaka i imaju za cilj ponovno uspostaviti poremećenu ravnotežu u imovinskim interesima stranaka. U koncesijskom odnosu pak država ima u određenoj mjeri nadređeni položaj upravo stoga da bi efikasno štitila javni interes. Otuda i njene posebne prerogative kao što je pravo na jednostrani opoziv ugovora, na vršenje nadzora nad izvršavanjem ugovornih obveza ili na izmjenu ugovora. Te ovlasti su pravopolitički opravdane, a za sada su hrvatskom koncesijskom pravu relativno uske. Kako je navedeno, pravo opoziva koncesije radi zaštite interesa države za sada predviđaju jedino odredbe ZPDML-a, a pravo jednostrane izmjene ugovora nije nigdje izričito propisano, iako se *via facti* može u praksi događati time što javna vlast donosi nove propise koji utječu na sadržaj ugovornih obveza. U svim ovakvim slučajevima, a moguće je da će se opseg posebnih ovlaštenja koncedenta i proširivati, remeti se ugovorna ravnoteža kako je shvaća građansko pravo, ako se koncedentu ne da mogućnost punog obeštećenja.

Pravila Zakona o obveznim odnosima o ugovornoj odgovornosti u tim situacijama ne mogu pomoći jer se radi o posebnim prerogativima, a ne o povredi ugovorne obveze. Primjerice, prema pravilima o opozivu koncesije iz čl. 29. ZPDML-a koncesionar ima pravo samo na naknadu troškova izgradnje građevine na pomorskom dobru, u razmjeru prema vremenu za koje je prikraćen u vršenju koncesije. Šteta koju trpi od jednostranog opoziva koncesije može biti daleko veća, no on se ne može pozvati ni na pravila o ugovornoj odgovornosti (jer koncedent nije prekršio ugovor) ni na pravila deliktne odgovornosti (jer radnja koncedenta nije protupravna radnja budući da ga zakon ovlašćuje na opoziv koncesije, odnosno ugovora). Zaštita interesa države je svakako legitiman osnov za opoziv koncesije, no pitanje je mora li upravo konkretni koncesionar biti taj koji trpi štetu zbog zaštite općeg interesa. Isto tako, ako se koncedentu prizna i pravo jednostrane izmjene ugovora radi zaštite javnog interesa, također treba predvidjeti mehanizme koji će osigurati financijsku ravnotežu u koncesijskom odnosu.

⁹⁸ Čl. 346. st. 1. i 2. Zakona o obveznim odnosima.

Ovi primjeri pokazuju kako je institut koncesija, usprkos relativno velikom broju zakona koji ga predviđaju, još uvijek nedovoljno detaljno uređen u hrvatskom pravu i kako postoje problemi koje treba riješiti da bi institut dobio što širu primjenu.

RESPONSIBILITY FOR NON-COMPLIANCE WITH CONCESSION CONTRACTS RELATED TO USAGE OF PUBLIC GOODS

This paper is concerned with the problems which occur in Croatian law related to the institution of responsibility for breach of contract on concession, which is one of the fundamental elements of the concession relation. Analysis of existing Croatian legislation in this sphere shows that it concerns specific contracts wherein the principle of equality of the parties is seriously limited in favour of the grantor so that in some elements it is closer to the concept of the so called administrative contract found in comparative law. However, regardless of all the peculiarities, according to the current state of legislation and court practice, this contract is still a contract to which, except in those elements specifically regulated by law, the general rules of civil, that is, commercial law on breach contractual obligations, are applied.

Key words: *contract of concession, responsibility for contract implementation, limitation of general rules*