

ZALOŽNO PRAVO NA KONCESIJI NA POMORSKOM DOBRU

ZORAN TASIĆ, dipl.iur., konzultant
CMS Reich-Rohrwig Hainz
– podružnica Zagreb
Ilica 1, 10000 Zagreb
E-mail: Zoran.Tasic@cmslegal.hr

UDK 341.221.2 : 341.221.3
347.27
Stručni članak
Primljeno: 18.2.2009.
Prihvaćeno za tisak: 13.5.2009.

Razvoj bilo kojeg većeg projekta na pomorskom dobru u Republici Hrvatskoj bez bankarskih financiranja praktički je nemoguće. Budući da se takvi komercijalni projekti mogu realizirati jedino putem koncesije, te imajući u vidu da na pomorskom dobru nije moguće zasnivati stvarno-pravna osiguranja, zakonodavac je financijerima ponudio kompromisno rješenje u formi založnog prava na koncesiji. U radu se analitički obrađuju relevantne odredbe Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama, te navode razlozi zbog kojih je ponuđeno rješenje za banke-financijere projekata na pomorskom dobru neprihvatljivo.

Ključne riječi: koncesija, ugovor o koncesiji, založno pravo, založni vjerovnik, pomorsko dobro, banke, ovrha, ustup prava.

1. KONCESIJA

(i) Koncesija je, temeljem članka 16. Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama¹ (u daljnjem tekstu: Zakon), određena kao “pravo kojim se dio pomorskog dobra djelomično ili potpuno isključuje iz opće upotrebe i daje na posebnu upotrebu ili gospodarsko korištenje pravnim osobama i fizičkim osobama registriranim za obavljanje obrta.”

(ii) Ova je definicija semantički pogrešna jer iz nje proizlazi da bi temeljem odluke o davanju koncesije, odnosno ugovora o koncesiji, ovlaštenik koncesije stekao pravo da on, djelomično ili potpuno isključuje iz opće upotrebe dio nekog pomorskog dobra i daje ga na posebnu upotrebu ili gospodarsko korištenje pravnim osobama i fizičkim osobama registriranim za obavljanje obrta! To vjerojatno nije bila namjera zakonodavca!

¹ Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama (NN 158/2003; 141/2006; 38/2009).

(iii) Odredba članka 1. stavka (2) Zakona o koncesijama² je jasnija. Ona upućuje da je “koncesija (za *gospodarsko korištenje općeg ili javnog dobra*) ugovorom uređen pravni odnos čiji je predmet korištenje općeg ili drugog dobra za koje je zakonom određeno da je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku.”

(iv) No, pretpostavimo da je namjera zakonodavca bila odrediti koncesiju kao pravo na gospodarsko korištenje (dijela) pomorskog dobra kojeg ovlaštenik koncesije stječe temeljem ugovora o koncesiji. Jedino tako se može pristupiti analizi instituta založnog prava na koncesiji.

2. ZALOŽNO PRAVO NA KONCESIJI

(i) Budući da prethodno zakonsko rješenje, da se na pomorskom dobru može osnovati hipoteka za vrijeme dok traje koncesija, nije imalo smisla pa je time postalo i neodrživo, te budući da sukladno odredbama ovog Zakona nije moguće na pomorskom dobru zasnivati nikakva stvarna prava, ni po kojem osnovu, zakonodavac je ponudio kompromisno rješenje u formi založnog prava na koncesiji.

(ii) Založno pravo na koncesiji je dobrovoljno založno pravo jer nastaje temeljem založnog ugovora između založnog dužnika i založnog vjerovnika³. Sukladno odredbama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (u daljnjem tekstu: ZVDSP) ono je založno pravo na pravima ovlaštenika koncesije nastalih temeljem ugovora o koncesiji. Temeljem članka 306. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁴ (u daljnjem tekstu: ZVDSP) takvo se dobrovoljno založno pravo osniva na ...pravu radi osiguranja namirenja određene tražbine.

(iii) Sukladno članku 34. Zakona, založno pravo na koncesiji se stječe upisom u upisnik koncesija. Ova odredba upućuje na članak 304. ZVDSP prema kojoj se na pravima koja se... bez upisa u javni upisnik ne smiju rabiti, može osnovati registarsko založno pravo, ali koje ne ovlašćuje vjerovnika da drži zalog u posjedu (kao hipoteka).

(iv) Zakon daje založnom vjerovniku pravo da sam koristi koncesiju...drugim riječima, da se sam koristi pravom na gospodarsko korištenje pomorskog dobra. Da li to znači da založni vjerovnik postaje vlasnikom prava koja je ovlaštenik

2 Zakon o koncesijama (NN 125/2008).

3 Članak 34. Zakona.

4 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96, 73/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009).

koncesije stekao temeljem ugovora o koncesiji? Ako je tome tako, onda je takvo stjecanje prava *sui generis* u hrvatskom zakonodavstvu.

(v) Naime, sukladno odredbama ZVDSP ništave su odredbe založnoga ugovora koje su suprotne naravi zaloga, a posebice odredba da će zalog prijeći u vjerovnikovo vlasništvo ako dug ne bi bio plaćen o dospijeću ili da vjerovnik može zadržati predmet zaloga za sebe.⁵ A upravo takva prava Zakon nudi založnom vjerovniku!

(vi) U hrvatskom pravu založno je pravo ograničeno stvarno pravo na određenoj stvari ili pravu koje ovlašćuje svog nositelja, založnog vjerovnika, da određenu tražbinu, ne bude li mu o dospijeću namirena, ostvari iz vrijednosti zaloga putem suda, a ne prisvajanjem ili iskorištavanjem istoga.

3. OSTVARENJE ZALOŽNOG PRAVA NA KONCESIJI

(i) Članak 34. Zakona upućuje založnog vjerovnika da, ako ne ispunjava uvjete za ovlaštenika koncesije, “može pravo na koncesiju prenijeti na treću osobu” koja takve uvjete ispunjava.

No, založni vjerovnik nema “pravo na koncesiji”. On ima založno pravo na pravu ili pravima iz ugovora iz koncesije. Pravo na koncesiju, odnosno na gospodarsko iskorištavanje pomorskog dobra, ima ovlaštenik koncesije, a koje je stekao ugovorom o koncesiji, dok se založno pravo na tome pravu stječe založnim ugovorom i upisom toga prava u upisniku koncesije.

(ii) Jedino pravo koje založni vjerovnik može prenijeti na treću osobu jest pravo koje on ima, a to je pravo da određenu tražbinu, ne bude li mu o dospijeću ispunjena, ostvari iz vrijednosti zaloga. A i da bi neko pravo mogao prenijeti na trećega (ne zna se kojim pravnim poslom: prodajom, ustupom/cesijom?), on treba biti vlasnik toga prava. Budući da on to nije, jer nas Zakon o vlasništvu podsjeća da je ništava odredba da će zalog ikada prijeći u vjerovnikovo vlasništvo, sukladno Zakonu o vlasništvu takav bi se prijenos tumačio kao podzalog. Budući da Zakon ništa ne govori o podzalogu na pravu iz ugovora o koncesiji, primijenit će se supsidijarno odredbe Zakona o vlasništvu.

(iii) Nije, naime, jasno što bi to založni vjerovnik prenio na treću osobu: da li svoje založno pravo, i to u trenutku do kada ga još nije ostvario, ili po ostvarenju založnog prava kada se je sam počeo koristiti pravom na koncesiju.

(iv) Nejasna je odredba članka 34. Zakona prema kojoj “ako založni vjerovnik...ne ispunjava uvjete za ovlaštenika koncesije i ne dobije suglasnost davatelja

⁵ Članak 307. stavak (3) i (4) ZVDSP.

koncesije, koncesija se oduzima”. Zakonodavac je vjerojatno pri tome mislio na slučaj u kojem se založni vjerovnik odluči sam koristiti pravima iz koncesije tj. da sam gospodarski iskorištava pomorsko dobro temeljem ugovora o koncesiji, tj. kada on više nije založni vjerovnik, već je postao ovlaštenikom koncesije (što je vrlo upitna koncepcija!). Međutim, spomenuta odredba Zakona ne glasi tako. Ona glasi tako da iz nje proizlazi da će se koncesija oduzeti istoga časa čim neka osoba, koja ne ispunjava uvjete za ovlaštenika koncesije i nema suglasnost davatelja koncesije (kao npr. banka), postane založni vjerovnik. Time su, čini se, banke automatski isključene iz mogućnosti da budu založni vjerovnici na pravima iz koncesije.

(v) Odredbama članka 34. Zakon je ponudio jedan novi, poseban, *lex specialis*, oblik založnoga prava, i *lex specialis* način kako založni vjerovnik može svoju tražbinu ostvariti iz vrijednosti zaloga.

No, da li je time namjera zakonodavca bila da založni vjerovnik ne treba ostvarivati svoju tražbinu u ovršnom postupku, već jednostavno vlastitim iskorištavanjem prava iz ugovora o koncesiji, odnosno prijenosom toga prava na treću osobu?

4. OSTVARENJE PRAVA SUDSKIM ILI IZVANSUDSKIM PUTEM

(i) Teško je u hrvatskome zakonodavstvu naći slične odredbe kojima se založnom vjerovniku daje pravo namiriti svoju, registarskim založnim pravom osiguranu, tražbinu izvansudskim putem, odnosno vlastitim korištenjem prava iz nekog samostalnog pravnog posla ili pak prijenosom istih na treću osobu. Navest ćemo neke:

Pomorski zakonik⁶ u članku 219. i 225. daje vjerovniku pravo namiriti svoju tražbinu uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda na način da može zaprimati prihode broda, te zaradu rabiti za namirenje svoje tražbine. Ali, ni u ovome slučaju založni vjerovnik ne postaje vlasnik broda, što bi bilo protivno institutu hrvatskoga založnog prava, te je ujedno izričito navedeno s kojom svrhom vjerovnik iskorištava brod i koje su mu pri tome dužnosti.

Nadalje, Pomorski zakon izriječno daje pravo založnom vjerovniku da svoju tražbinu može namiriti iz prodajne cijene broda ostvarene i izvansudskom prodajom broda.

Zakon o trgovačkim društvima⁷ poznaje založno pravo na dionicama i na poslovnim udjelima kao založno pravo na članskom pravu u društvu. A glede

6 Pomorski zakonik (NN 181/2004, 76/2007, 146/2008).

7 Zakon o trgovačkim društvima (NN 111/1993, 34/1999, 118/2003, 146/2008).

tražbine osigurane posebnim založnim pravom na (nematerijaliziranim) dionicama Zakon o financijskim osiguranjima⁸, u članku 5. stavak (5), izrijeком upućuje da se ista može namiriti prisvajanjem ili izvansudskim putem.

(ii) Založni vjerovnik koji ima u zalogu nečije pravo izjednačeno s nekretninom (a zalog na pravima iz ugovora o koncesiji jest takvo pravo jer nastaje upisom u javnu knjigu), ima glede toga prava ovlasti i dužnosti poput onih koje bi imao da mu je založena nekretnina, ako nije nešto drugo nekim zakonom određeno. Međutim, Zakonom nije određeno može li založni vjerovnik ostvarivati svoju zalogom osiguranu tražbinu sudskim ili izvansudskim putem, u koju svrhu i kako može “koristiti koncesiju”, a niti su mu određene dužnosti. Da li nas to onda upućuje na supsidijarnu primjenu ZVDSP?

5. OVRHA

(i) Valjana je pretpostavka da, ako temeljem nekog posebnog zakona založni vjerovnik nije ovlašten ostvarivati tražbinu osiguranu registarskim založnim pravom izvansudskim putem (kao što je to slučaj s brodom ili s pravima iz nematerijaliziranih dionica), onda takvu tražbinu može ostvarivati jedino putem suda i to po pravilima određenim u ZVDSP i na način određen propisima o ovrsci novčanih tražbina. To načelo proizlazi iz ZVDSP i Ovršnoga zakona⁹.

(ii) Odredba članka 200. Ovršnoga zakona upućuje da se ovrha na imovinskim odnosno materijalnim pravima provodi pljenidbom toga prava, te njegovim unovčenjem radi postizanja maksimalnog iznosa vrijednosti zaloga, u skladu s odredbama o sudskoj prodaji pokretnina. Postavilo bi se pitanje: što je u ovom slučaju vrijednost zaloga i kako založni vjerovnik može određenu, novčanu, tražbinu ostvariti iz vrijednosti zaloga? Vrijednost zaloga bi, vjerojatno, bila projekcija prihoda ovlaštenika koncesije od gospodarskog iskorištavanja pomorskoga dobra sukladno uvjetima iz ugovora o koncesiji.

(iii) Da bi se išlo tim putem, potrebno bi bilo založni ugovor zaključiti u formi javnobilježničke isprave, s klauzulom ovršnosti, kako bi taj ugovor poslužio u postupku kao ovršna isprava.

(iv) No, nije namjera ove rasprave upuštati se u odredbe Ovršnoga zakona o prisilnoj prodaji pokretnina, a za pretpostaviti je da niti zakonodavac nije imao namjeru prepustiti založnog vjerovnika postupku sudske pljenidbe i prodaje založenog mu prava na koncesiji.

8 Zakon o financijskom osiguranju (NN 76/2007).

9 Ovršni zakon (NN 57/1996, 21/1999, 173/2003, 194/2003, 51/2004, 88/2005, 67/2008).

6. BANKE

(i) Bez jasnih odgovora na sva ova pitanja (posebice imajući u vidu nedostatak sudske prakse u postupcima o ovrsi zaloga na koncesiji) teško je očekivati da će banke, koje se najčešće mogu javiti kao založni vjerovnici na pravima iz koncesije, prihvatiti ponuđeni im oblik osiguranja.

(ii) Gospodarsko iskorištavanje pomorskog dobra, izgradnjom i komercijalnim iskorištavanjem projekata velikih vrijednosti, nemoguće je bez financiranja od strane banaka. U takvim slučajevima, gdje se radi o javno-privatnom partnerstvu, kako banke u svijetu, tako i banke u Hrvatskoj, sve više, nude tzv. projektna financiranja. Glavna je odlika takvog financiranja da izvor otplate kredita nije sam korisnik kredita, u ovom slučaju, ovlaštenik koncesije, pa ni njegova kreditna sposobnost, već prihodi i zarade iz samog projekta koji se financira. U tom smislu će banka tražiti, kao osiguranje kredita, samo takva prava koja joj omogućavaju da u svakom trenutku može preuzeti kontrolu nad cijelim projektom. To uključuje i sva prava ovlaštenika koncesije temeljem ugovora o koncesiji, te prava koja mu pripadaju temeljem zakona, kako u odnosu prema davatelju koncesije, tako i prema svim trećima s kojima je ovlaštenik koncesije u ugovornim i zakonom reguliranim odnosima.

(iii) U međunarodnoj je praksi uobičajeno da takvu kontrolu banke uspostavljaju ugovorom o ustupu/cesiji koncesijskih radi osiguranja i zalogom na dionicama u društvu-ovlašteniku koncesije. Ne bi se smjelo izgubiti iz vida koja to svoja koncesijska prava ovlaštenik koncesije ustupa radi osiguranja u korist svojega vjerovnika. To su sva ona prava gospodarskog iskorištavanja pomorskog dobra koja je stekao temeljem ugovora o koncesiji, kao na primjer:

- pravo projektirati, izgraditi, održavati i komercijalno iskorištavati projekt na pomorskom dobru za kojega je dobio koncesiju;
- pribavljati financiranje za naprijed navedeno;
- naplaćivati i ubirati od trećih naknade za usluge projekta;
- zadržavati za vlastite potrebe naplaćene naknade;
- zahtijevati i držati za sebe, odnosno potrebe projekta, dozvole, rješenja i druge akte nadležnih tijela javne vlasti;
- zaključivati ugovore s trećima kao što su građevinari, projektanti, menadžeri, savjetnici, i sl.;
- obavljati sve poslove koji su po njegovoj procjeni potrebni radi realizacije i iskorištavanja projekta;

- zapošljavati i mijenjati zaposlenike koji su mu potrebni;
- povećati vlastiti kapital bilo ulogom ili zaduživanjem;
- zaključivati ugovore radi nabavke strojeva, opreme, i dr.;
- osigurati imovinu u sklopu projekta;
- ustupiti sva svoja prava, uključivo i prava iz ugovora o koncesiji radi osiguranja financiranja projekta;
- u slučaju oduzimanja ili raskida koncesije, gospodarski iskorištavati projekt sve dok obje ugovorne strane ne izvrše u potpunosti sve svoje ugovorne i zakonske obveze, odnosno do okončanja eventualnog sudskog postupka nastalog iz ugovora o koncesiji, i dr.

(iv) U tom smislu, odredba u samom ugovoru o koncesiji najčešće glasi:

"the Company shall be entitled to assign to any Lender by way of security, for the purpose of financing the implementation of the Project only, its rights and benefits under this Agreement." ("Društvo će imati pravo ustupiti radi osiguranja bilo kojem Zajmodavcu svoja prava i potraživanja temeljem ovog Ugovora, ali jedino u svrhu financiranja realizacije Projekta").

(v) Nadalje, ovlaštenik koncesije će tako ustupiti banci i sva prava koja ima temeljem ugovora s trećima.

(vi) Banke u Republici Hrvatskoj, već godinama, kao jedan od oblika osiguranja kredita, uzimaju ustup (cesiju) potraživanja radi osiguranja u smislu odredaba Zakona o obveznim odnosima¹⁰.

(vii) Sukladno odredbama Zakona o obveznim odnosima, ovlaštenik koncesije može, uz prethodnu suglasnost davatelja koncesije, ustupiti cijeli ugovor o koncesiji trećoj osobi koja time postaje nositelj svih njegovih prava i obveza iz toga ugovora.

(viii) Temeljem ugovora o koncesiji, ovlaštenik koncesije ulazi u razne druge pravne odnose s trećima kao što su izvođači radova, korisnici njegovih koncesijskih usluga i dr. prema kojima stječe određene tražbine. Banka će i na tražbinama ovlaštenika koncesije, koje nastaju iz takvih ugovora, steći dobrovoljno založno pravo ustupom radi osiguranja, kako to predviđa članak 310. ZVDSP.

(ix) Budući da je banci koja financira projekt u interesu da se projekt maksimalno realizira i time osigura prihode potrebne za otplatu kredita, banka će kao dodatno osiguranje uzeti zalog na poslovnim udjelima, odnosno dionicama ovlaštenika

¹⁰ Zakon o obveznim odnosima (NN 35/2005).

koncesije, te u slučaju nastupa rizika otplate kredita, odnosno neizvršenja ugovora o koncesiji, izvansudskim putem prenijeti dionice na novog investitora neposrednom pogodbom, odnosno temeljem dosude u ovršnom postupku prenijeti poslovne udjele na sebe ili na novog investitora, te tako ostvariti svoju tražbinu, odnosno osigurati provedbu ugovora o koncesiji u cijelosti.

ZAKLJUČAK

Zakonske su odredbe o koncesiji na pomorskom dobru, nažalost, i dalje vrlo restriktivne, krute i jednostrane, te još uvijek daleko od ekonomske zbilje u kojoj Republika Hrvatska jest i kojoj teži. Iako Zakon nudi založno pravo na koncesiji vjerovnicima kao opciju, malo je vjerojatno da će se banke koristiti tom opcijom, iz naprijed navedenih razloga, te će, ako procijene da je projekt koji se ima realizirati temeljem ugovora o koncesiji atraktivan, radije posegnuti za ustupom prava iz ugovora o koncesiji i drugih projektnih ugovora radi osiguranja, nego za ponuđenim založnim pravom na koncesiji.

Summary:

PLEDGE OVER CONCESSION ON A MARITIME DOMAIN

It is unlikely that banks will ever use the proposed form of security –a pledge over concession rights. Pursuant to the Properties Act, any provisions of the pledge agreement contrary to the principles of pledge, and particularly the provision pursuant to which the pledged property shall, in the event of default, become the pledgee’s property, shall be null and void. The Properties Act gives to the pledgee right to enforce its claim through the court, or through out-of-court sale, and not through de-possession or use of the pledged property.

Pursuant to Article 34 of the Maritime Domain and Seaports Act the concession shall be withdrawn if the pledgee (such as bank) does not meet the conditions applicable to the concessionaire and does not obtain the approval from the authorities. Thereby, it seems, banks are excluded automatically from potentially becoming pledgees over the concession rights.

As security banks will normally take assignment of the concessionaire’s rights and benefits under the concession agreement and pledge of shares in the concessionaire. In the event of default the bank will through out-of-court settlement transfer the shares to a new investor in order to secure the performance of the concession and repayment of debt.

Key words: *concession, concession agreement, pledge, pledgee, maritime domain, banks, enforcement, assignment.*