

UDK 34 + 3

ISSN 1330-349X  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr>

ZBORNIK  
PRAVNOG  
FAKULTETA  
SVEUČILIŠTA  
U RIJECI

VOLUMEN 39

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij.  
vol. 39, br. 1, str. XX + 1-726, Rijeka, 2018.

**ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI**  
**COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA**  
**RECUEIL DES TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RIJEKA**  
**RACCOLTA DI SCRITTI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**  
**DELL'UNIVERSITÀ DI RIJEKA**  
**GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT**  
**DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA**

---

**Nakladnik/Publisher:** Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hahlić 6, 51 000 Rijeka

**Glavni urednik/Editor-in-Chief:** prof. dr. sc. Željko Bartulović

**Uredništvo/Editorial Board:** prof. dr. sc. Željko Bartulović, prof. dr. sc. Robert Blažević, prof. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat, prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, prof. dr. sc. Edita Čulinović-Herc, prof. dr. sc. Dorotea Čorić, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Dionis Jurić, prof. dr. sc. Eduard Kunštek, prof. dr. sc. Petar Veić, izv. prof. dr. sc. Anamari Petranović, doc. dr. sc. Loris Belanić, doc. dr. sc. Dejan Bodul, doc. dr. sc. Petra Perišić, doc. dr. sc. Antonija Zubović (svi s Pravnog fakulteta u Rijeci), prof. dr. sc. Gian Antonio Benacchio (Trento, Italija), prof. dr. sc. Tomislav Borić (Graz, Austrija), izv. prof. dr. sc. Elina N. Moustaira (Atena, Grčka), izv. prof. dr. sc. Pasquale Pistone (Salerno, Italija/IBFD, Nizozemska), izv. prof. dr. sc. Saša Prelič (Maribor, Slovenija), doc. dr. sc. László Heka (Szeged, Mađarska)

**Izvršni urednici/Executive Editors:** doc. dr. sc. Dejan Bodul, doc. dr. sc. Petra Perišić, doc. dr. sc. Antonija Zubović

**Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board:** prof. emeritus Ljubo Bavcon (Ljubljana, Slovenija), prof. emeritus Šime Ivanjko (Maribor, Slovenija), prof. emeritus Marcus Lutter (Bonn, Njemačka), prof. dr. sc. Gaetano Insolera (Bologna, Italija), izv. prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Rim, Italija)

**Lektura/Language Editing:** dr. sc. Dejana Golenko, viša knjižničarka (za hrvatski)

**Prijevod/Translations:** doc. dr. sc. Sandra Winkler (za talijanski), dr. sc. Katja Dobrić Basaneže (za njemački)

**za UDK/for UDC:** dr. sc. Dejana Golenko, viša knjižničarka

**Adresa uredništva/Address of the Editorial Board:** Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel. + 385 51 359-555, faks. + 385 51 675-113

**e-pošta:** zbornik@pravri.hr

**mrežno mjesto/web:** <http://pravri.uniri.hr/hr/advancedmodules/znanost/zbornik.html>

**English:** <http://pravri.uniri.hr/en/advancedmodules/scientific-research/collected-papers.html>

Časopis izlazi triput godišnje.

Naklada: 350 primjeraka

---

**Priprema i tisak/Layout & Print:** Tiskara Grafika Helvetica d.o.o., Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se u *Web of Science Core Collection (WoSCC)*, podbaza *Emerging Sources Citation Index (ESCI)*, *HeinOnline Law Journal Library (William S. Hein & Co., Inc., USA)*, *Index to Foreign Legal Periodicals, Berkeley, California, USA (HeinOnline)*, *Sociological Abstracts - CSA (ProQuest)*, *Worldwide Political Science Abstracts - CSA (ProQuest)*, *Linguistics and Language Behavior Abstracts, San Diego, California, USA - CSA (ProQuest)*, *Political Science Complete (EBSCO)*, *Directory of Open Access Journals (DOAJ)*.

Časopis je objavljen uz financijsku potporu Ministarstva znanosti i obrazovanja Republike Hrvatske.

ISSN 1330-349X  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr>



SVEUČILIŠTE U RIJECI  
PRAVNI FAKULTET

---

*45 godina pravnog studija u Rijeci  
1973.-2018.*

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 39

BROJ 1

RIJEKA, 2018.



## SADRŽAJ

*XXIV. Savjetovanje pravnika*  
*“Petar Simonetti (Vlasništvo - Obveze - Postupak)”*  
*(Poreč, 11. – 13. travnja 2018.)*

**I. Prilozi za savjetovanje:**

*Mihajlo Dika,*

Određivanje mjesne nadležnosti od strane viših sudova u parničnom postupku u pojedinim predmetima  
 (izvorni znanstveni rad)..... 1

*Edita Čulinović-Herc, Sonja Marinac Rumora, Mihaela Braut Filipović,*

Pravno uređenje odnosa članova u zatvorenim (*closely held*) društvima na primjeru hrvatskog društva s ograničenom odgovornošću  
 (izvorni znanstveni rad)..... 45

*Dario Derđa, David Kryska,*

Neka rješenja upravnog spora u usporednom pravu: kako unaprijediti hrvatski upravni spor?  
 (izvorni znanstveni rad)..... 91

*Dionis Jurić,*

Neovisnost zakonskog revizora u odnosu na subjekte revizije prema Zakonu o reviziji iz 2017. godine  
 (izvorni znanstveni rad)..... 127

*Miodrag Mićović, Maja Bukovac Puvača,*

Odgovornost za štetu prouzročenu trećim osobama obavljanjem zakonske revizije  
 (izvorni znanstveni rad)..... 157

*Ivana Kunda,*

Pravo mjerodavno za povrede prava tržišnog natjecanja  
 (izvorni znanstveni rad)..... 183

*Vesna Lazić-Smoljanić,*

Presude u predmetima Yukos i Pemex: imaju li sudovi u Nizozemskoj i Sjedinjenim Američkim Državama isti pristup glede ovrhe poništenih arbitražnih pravorijeka?  
 (izvorni znanstveni rad)..... 215

- Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini Zrinski,*  
Suživot negatorijske zaštite od imisija i prava na život u zdravoj životnoj sredini  
(izvorni znanstveni rad)..... 241
- Lana Ofak,*  
Usklađivanje hrvatskoga zakonodavstva s pravom EU-a u području zaštite voda s posebnim osvrtom na sudjelovanje javnosti i pristup pravosuđu  
(izvorni znanstveni rad)..... 269
- Saša Prelič, Antonija Zubović,*  
Pravno uređenje kupnje dionica ciljnog društva zaduživanjem (LBO transakcije)  
(izvorni znanstveni rad)..... 301
- Aldo Radolović, Oliver Radolović,*  
Neke nove refleksije o građansko-trgovačkim specifičnostima novčanih obveza  
(prethodno priopćenje) ..... 335
- Nada Bodiroga-Vukobrat, Loris Belanić,*  
Osigurani rizik u zdravstvenom osiguranju u svjetlu novih otkrića genetike  
(pregledni znanstveni rad)..... 353
- Jozo Čizmić, Marija Boban,*  
Učinak nove EU Uredbe 2016/679 (GDPR) na zaštitu osobnih podataka u Republici Hrvatskoj  
(pregledni znanstveni rad)..... 377
- Darja Senčur Peček, Sandra Laleta,*  
Ugovor o radu i ugovor o djelu: područje primjene radnoga zakonodavstva  
(pregledni znanstveni rad).....411
- Nataša Žunić Kovačević,*  
Prethodni sporazum o transfernim cijenama: stari izazovi ili nova era u poreznoj praksi  
(pregledni znanstveni rad)..... 457
- Sanja Grbić, Dejan Bodul, Jelena Čuveljak,*  
Neka pitanja problematike razumnog roka u stečajnom postupku  
(pregledni znanstveni rad)..... 479

<i>Katarina Knol Radoja,</i> Naknada štete prouzročene cijepljenjem (pregledni znanstveni rad).....	507
<i>Paula Poretti,</i> Sudska zaštita prava potrošača – (naj)bolji put? (pregledni znanstveni rad).....	535
<i>Dinka Šago,</i> Uređivanje zemljišnoknjižnog stanja pojedinačnim ispravnim postupkom (pregledni znanstveni rad).....	575
<i>Jadranko Jug,</i> Odgovornost za štetu i naknada štete počinjene ratnim zločinom (pregledni znanstveni rad).....	601
<i>Sanja Trgovac, Sidonija Grbavac, Sandra Marković,</i> Ustavnosudski pogled na izvršenje presuda Europskog suda za ljudska prava (pregledni znanstveni rad).....	633
<i>Senka Orlić-Zaninović,</i> Troškovi upravnog spora nakon Novele Zakona o upravnim sporovima 2017. (stručni rad).....	667
<i>Antun Žagar,</i> Zaštita prava vlasništva u postupcima provedbe prostornih planova (stručni rad).....	687
<b>II. Prikaz knjige:</b>	
<i>Marijan Ćurković,</i> Ugovor o osiguranju – Komentar odredaba Zakona o obveznim odnosima (Loris Belanić) .....	711





## TABLE OF CONTENTS

*XXIV. Conference*  
**“Petar Simonetti (Ownership – Obligations – Procedure)”**  
*(Poreč, 11 – 13 April 2018)*

### *I. Conference Texts:*

<i>Mihajlo Dika,</i> Determination of Jurisdiction by a Higher Court in Civil Proceedings .....	1
<i>Edita Čulinović-Herc, Sonja Marinac Rumora, Mihaela Braut Filipović</i> Regulation of Legal Relationship between Shareholders in Closely Held Companies on the Example of the Croatian Limited Liability Company ...	45
<i>Dario Đerđa, David Kryska,</i> Few Procedural Institutes of Administrative Dispute in Comparative Law: How to Improve the Croatian Administrative Dispute? .....	91
<i>Dionis Jurić,</i> Independence of Statutory Auditor with Respect to Audited Entities under the Audit Act from 2017 .....	127
<i>Miodrag Mićović, Maja Bukovac Puvača,</i> Liability for Damage Caused to Third Parties by Performing a Statutory Audit .....	157
<i>Ivana Kunda,</i> Law Applicable to the Breach of Competition Law .....	183
<i>Vesna Lazić-Smoljanić,</i> Enforcing Annulled Arbitral Awards: A Comparison of Approaches in the United States and in the Netherlands .....	215
<i>Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini Zrinski,</i> Coexistence of <i>Actio Negatoria</i> and the Right to Live in a Healthy Environment .....	241

---

<i>Lana Ofak,</i> Harmonization of Croatian Legislation with EU Law in the Field of Water Protection with Special Emphasis on Public Participation and Access to Justice .....	269
<i>Saša Prelič, Antonija Zubović,</i> Leveraged Buyout Transactions (LBOs).....	301
<i>Aldo Radolović, Oliver Radolović,</i> Some New Reflections About Civil-Commercial Particularities of Monetary Obligations .....	335
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat, Loris Belanić,</i> Insured Risk in Health Insurance in Light of New Discoveries in the Field of Genetics .....	353
<i>Jozo Čizmić, Marija Boban,</i> Impact of New EU General Data Protection Regulation 2016/679 (GDPR) on the Protection of Personal Data in the Republic of Croatia .....	377
<i>Darja Senčur Peček, Sandra Laleta,</i> Contract of employment and contract for services: The scope of application of employment legislation.....	411
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Advance Pricing Agreements: Old Challenges or a New Era in the Tax Practices .....	457
<i>Sanja Grbić, Dejan Bodul, Jelena Čuveljak,</i> Some Issues Concerning the Principle of Reasonable Time in Bankruptcy Proceedings .....	479
<i>Katarina Knol Radoja,</i> Vaccine Injury Compensation .....	507
<i>Paula Poretti,</i> Judicial Protection of Consumer Rights - The (Most) Appropriate Way?	535

---

<i>Dinka Šago,</i> Regulation of the Land Register Procedure through Individual Correction Procedure.....	575
<i>Jadranko Jug,</i> Liability for Damages and Reparation for Harm Caused by War Crimes.	601
<i>Sanja Trgovac, Sidonija Grbavac, Sandra Marković,</i> The Constitutional Court’s View on the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights.....	633
<i>Senka Orlić-Zaninović,</i> Administrative Dispute Costs after the 2017 Revision of the Administrative Disputes Act .....	667
<i>Antun Žagar,</i> Protection of Ownership in the Procedures for the Implementation of Spatial Plans .....	687
<b><i>II. Surveys</i></b> .....	711



## INHALT

### XXIV. Tagung

#### “Petar Simonetti (Eigentum – Pflichten – Verfahren)”

(Poreč, 11. – 13. April 2018)

#### I. Tagungsbeiträge:

Mihajlo Dika,

Bestimmung örtlicher Zuständigkeit im Zivilprozess durch das im Rechtszug zunächst höhere Gericht ..... 1

Edita Čulinović-Herc, Sonja Marinac Rumora, Mihaela Braut Filipović

Gesetzliche Regelung des Verhältnisses zwischen Gesellschaftern in Unternehmen mit eingeschränktem Gesellschafterkreis (*Closely Held*) unter besonderer Berücksichtigung kroatischer Gesellschaft mit beschränkter Haftung..... 45

Dario Đerđa, David Kryska,

Verwaltungsstreitigkeit aus rechtsvergleichender Sicht: Wie kann man die Verwaltungsstreitigkeit in Kroatien verbessern?..... 91

Dionis Jurić,

Unabhängigkeit des Abschlussprüfers gegenüber geprüften Unternehmen laut Gesetz über die Prüfung von Jahresabschlüssen aus 2017..... 127

Miodrag Mićović, Maja Bukovac Puvača,

Haftung für den an Dritten durch gesetzliche Abschlussprüfung verursachten Schaden..... 157

Ivana Kunda,

Anwendbares Recht bei den Verletzungen wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen..... 183

Vesna Lazić-Smoljanić,

Vollstreckung aufgehobener ausländischer Schiedssprüche: Vergleich zwischen den Niederlanden und den USA..... 215

Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini Zrinski,

*Actio Negatoria* als Rechtsmittel zur Abwehr von Immissionen in einer gesunden Umgebung ..... 241

<i>Lana Ofak,</i> Die Angleichung der kroatischen Gesetzgebung an das EU Recht im Bereich des Gewässerschutzes unter besonderer Berücksichtigung der Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und des Zugangs zu Gerichten .....	269
<i>Saša Prelič, Antonija Zubović,</i> Rechtsregelung von LBO-Transaktionen .....	301
<i>Aldo Radolović, Oliver Radolović,</i> Neue Überlegungen zu den zivil- und handelsrechtlichen Besonderheiten von Geldverbindlichkeiten .....	335
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat, Loris Belanić,</i> Versichertes Risiko in der Krankenversicherung im Lichte neuer genetischer Entdeckungen .....	353
<i>Jozo Čizmić, Marija Boban,</i> Auswirkung der neuen Verordnung (EU) 2016/679 (GDPR) auf den Schutz personenbezogener Daten in der Republik Kroatien .....	377
<i>Darja Senčur Peček, Sandra Laleta,</i> Arbeits- und Werkvertrag: Anwendungsbereich der Arbeitsgesetzgebung .....	411
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Verrechnungspreiszusagen: alte Herausforderungen oder neue Ära im Bereich des Steuerrechts?.....	457
<i>Sanja Grbić, Dejan Bodul, Jelena Čuveljak,</i> Problematik der angemessenen Frist im Insolvenzverfahren.....	479
<i>Katarina Knol Radoja,</i> Ersatz des durch die Impfung verursachten Schadens .....	507
<i>Paula Poretti,</i> Gerichtlicher Schutz der Verbraucherrechte – der beste oder bessere Weg? .....	535

---

<i>Dinka Šago,</i> Grundbuchberichtigung auf Betreiben eines Beteiligten .....	575
<i>Jadranko Jug,</i> Schadenshaftung und Schadenersatz bei der Begehung von Kriegsverbrechen .....	601
<i>Sanja Trgovac, Sidonija Grbavac, Sandra Marković,</i> Die Ansicht des kroatischen Verfassungsgerichts über die Vollstreckung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte .....	633
<i>Senka Orlić-Zaninović,</i> Kosten der Verwaltungsstreitigkeit nach der im Jahr 2017 durchgeführten Novelle des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten .....	667
<i>Antun Žagar,</i> Schutz des Eigentums beim Vollzug der Raumordnungspläne .....	687
<b>II. Beschreibungen</b> .....	711





## INDICE

### *XXIV. Convegno “Petar Simonetti (Proprietà – Obbligazioni – Processo)” (Poreč, 11 – 13 aprile 2018)*

#### **I. Contributi per il Convegno:**

*Mihajlo Dika,*

La determinazione della competenza territoriale da parte delle corti superiori nel procedimento civile in singole materie ..... 1

*Edita Čulinović-Herc, Sonja Marinac Rumora, Mihaela Braut Filipović*

La disciplina giuridica dei rapporti tra i soci delle società chiuse (*closely held*) sull'esempio della società croata a responsabilità limitata ..... 45

*Dario Đerđa, David Kryska,*

Alcune soluzioni del contenzioso amministrativo nel diritto comparato: come affinare il contenzioso amministrativo croato?..... 91

*Dionis Jurić,*

L'indipendenza del revisore dei conti rispetto al soggetto sottoposto a revisione secondo la legge sulla revisione del 2017 ..... 127

*Miodrag Mićović, Maja Bukovac Puvača,*

La responsabilità per danni cagionati a terzi a seguito della revisione legale dei conti ..... 157

*Ivana Kunda,*

Il diritto applicabile in caso di violazioni delle regole sulla concorrenza. 183

*Vesna Lazić-Smoljanić,*

Le sentenze nei casi Yukos e Pemex: condividono le corti nei Paesi Bassi e negli Stati Uniti d'America lo stesso approccio con riguardo all'esecuzione delle decisioni arbitrali annullate?..... 215

*Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini Zrinski,*

La coesistenza dell'azione negatoria e del diritto alla salubrità dell'ambiente di vita..... 241

---

<i>Lana Ofak,</i> Adeguamento della legislazione croata al diritto dell'UE nell'ambito della tutela delle acque con particolare attenzione alla partecipazione del pubblico ed all'accesso alla giustizia .....	269
<i>Saša Prelič, Antonija Zubović,</i> Le operazioni di leveraged buyout (LBO) .....	301
<i>Aldo Radolović, Oliver Radolović,</i> Alcune nuove riflessioni sulle peculiarità civili e commerciali delle obbligazioni pecuniarie .....	335
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat, Loris Belanić,</i> Il rischio assicurato nell'assicurazione sanitaria alla luce delle nuove scoperte genetiche .....	353
<i>Jozo Čizmić, Marija Boban,</i> L'efficacia del nuovo Regolamento UE 2016/679 (GDPR) sulla protezione dei dati personali nella Repubblica di Croazia.....	377
<i>Darja Senčur Peček, Sandra Laleta,</i> Il contratto di lavoro ed il contratto d'opera: l'ambito di applicazione della legislazione giuslavoristica .....	411
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Accordo preventivo di transfer pricing: vecchie sfide o una nuova era nella prassi tributaria? .....	457
<i>Sanja Grbić, Dejan Bodul, Jelena Čuveljak,</i> Alcune questioni dibattute sul termine ragionevole nel procedimento fallimentare.....	479
<i>Katarina Knol Radoja,</i> Il risarcimento del danno da vaccinazione .....	507
<i>Paula Poretti,</i> La tutela giudiziale dei diritti dei consumatori: la via (migliore)?.....	535

---

<i>Dinka Šago,</i> La sistemazione dello stato dei libri fondiari mediante il singolo procedimento di correzione.....	575
<i>Jadranko Jug,</i> La responsabilità per i danni ed il risarcimento dei danni compiuti mediante crimini di guerra.....	601
<i>Sanja Trgovac, Sidonija Grbavac, Sandra Marković,</i> Uno sguardo giuscostituzionale sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo .....	633
<i>Senka Orlić-Zaninović,</i> Le spese del contenzioso amministrativo dopo la riforma della legge sui contenziosi amministrativi del 2017 .....	667
<i>Antun Žagar,</i> La tutela del diritto di proprietà nei procedimenti di realizzazione dei piani territoriali.....	687
<b>II. Presentazioni</b> .....	711



## ***I. Prilozi za savjetovanje***

***(Conference Texts, Tagungsbeiträge, Contributi per il Convegno)***



## ODREĐIVANJE MJESNE NADLEŽNOSTI OD STRANE VIŠIH SUDOVA U PARNIČNOM POSTUPKU U POJEDINIM PREDMETIMA

*Dr. sc. Mihajlo Dika, prof. emer.\**

UDK 347.91/.95(497.5)

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.1>

Ur.: 1. ožujka 2018.

Pr.: 6. ožujka 2018.

Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Predmet rada su tri instituta kojima se uređuje određivanje mjesne nadležnosti od strane viših sudova u parničnom postupku u pojedinim predmetima – institut tzv. nužne delegacije nadležnosti, institut tzv. svrhovite delegacije nadležnosti te institut tzv. ordinacije nadležnosti. Prigodom obrade svakog od navedenih instituta nastoji se odrediti njihov pojam, pretpostavke i pravni učinci njihove primjene. Nastoji se upozoriti i na mogućnost njihove funkcionalne interferencije te potrebu razgraničenja u primjeni. Posebno je istaknut utjecaj relativno recentnih intervencija u uređenje organizacije sudova i njihove nadležnosti na njihovo praktično značenje.*

**Ključne riječi:** *mjesna nadležnost, nužna delegacija mjesne nadležnosti, svrhovita delegacija mjesne nadležnosti, ordinacija mjesne nadležnosti*

### **1. UVOD**

U parničnom postupku viši sudovi mogu doći u prigodu da u pojedinim pravnim stvarima određuju mjesnu nadležnost na dva načina: prvo, prenošenjem te nadležnosti sa suda koji je po zakonu tako nadležan na drugi stvarno nadležni sud te, drugo, određivanjem koji će od stvarno nadležnih sudova biti nadležan u slučajevima u kojima postoji jurisdikcija hrvatskih sudova, ali se, na temelju važećih pravila o mjesnoj nadležnosti, ne može utvrditi koji je sud mjesno nadležan. Na prvi naznačeni način mjesna se nadležnost nižih sudova delegira u slučajevima u kojima su ispunjeni uvjeti za tzv. nužnu (67.)<sup>1</sup> i za tzv. svrhovitu delegaciju (68.) takve nadležnosti,

\* Dr. sc. Mihajlo Dika, *professor emeritus* Pravnog fakulteta u Zagrebu.

1 U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se navođenjem broja članka, stavka, odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke ili rečenice u istom stavku, odvojene od broja članka ili stavka točkom. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavaka međusobno biti odvojeno zarezom. Crtica između brojeva dvaju članaka ili stavaka koristit će se radi označavanja da se sve odredbe između tih brojeva odnose na tekst ispred njih. Za označavanje

na drugi naznačeni način dolazi do ordinacije te nadležnosti.<sup>2</sup> Tzv. generička (prezidentalistička)<sup>3</sup> delegacija mjesne nadležnosti nema značenje delegacije mjesne nadležnosti u pojedinim parničnim postupcima (*arg. ex 11. ZS*).<sup>4 5</sup>

Zajedničko je nužnoj i svrhovitoj delegaciji mjesne nadležnosti da se tiču slučajeva u kojima funkcionalno nadležni viši sud određuje niži (u pravilu prvostupanjski, ali, uz određene uvjete, i drugostupanjski) sud koji će biti mjesno nadležan odlučivati u određenom predmetu umjesto suda koji je po zakonu tako nadležan. Nadležnost delegiranog suda u konkretnom predmetu po oba navedena tipa delegacije neće se, dakle, temeljiti izravno na zakonu, već na odluci nadređenog suda (*forum iudiciale*).<sup>6</sup> Oni se, međutim, ipak, razlikuju po pretpostavkama i postupku njihove primjene te učincima koji proizvode.

Funkcija je i nužne i svrhovite delegacije mjesne nadležnosti u pojedinim slučajevima pomoćna i/ili korektivna - njima se pribjegava kad za to postoji procesna nužda, dakle, kad po zakonu nadležan sud ne može postupati (nužna delegacija), odnosno kad se pokaže da bi bilo oportunije da u nekom predmetu sudi neki drugi sud a ne onaj koji je po zakonu mjesno nadležan (svrhovita delegacija). Premda se kod delegacije mjesna nadležnost neposredno utemeljuje odlukom višega suda, i u tim slučajevima sudi sud čija je nadležnost utvrđena u skladu sa zakonom, jer viši sudovi svoje ovlaštenje delegirati mjesnu nadležnost izvode iz zakona.

Praktična je važnost instituta nužne delegacije nadležnosti relativno mala, posebno nakon nedavnih sukcesivnih reorganizacija mreže općinskih sudova i njihova spajanja i time okrupnjavanja. S druge strane, institut svrhovite delegacije mnogo se češće primjenjuje u praksi, osobito u svojoj korektivnoj funkciji u kojoj u nekim slučajevima zapravo preuzima ulogu (moderirane) nužne delegacije.

Institutom ordinacije nastoje se premostiti blokade do kojih može doći u slučajevima u kojima (u pravilu) na temelju pravila o međunarodnoj nadležnosti postoji nadležnost hrvatskih sudova, ali se na osnovi važećih pravila o mjesnoj, uključujući i općemjesnoj, nadležnosti ne može utvrditi sud koji bi *in concreto* bio

---

pojedinih propisa koristit će se njihove kratice, koje će biti definirane u tekstu. Jedino će se odredbe Zakona o parničnom postupku (SL SFRJ 4/77 – 35/91; NN 26/91, 53/91, 91/92, 12/99, 88/01, 117/03, 88/05, 84/08, 123/08-isp., 57/11, 25/13, 28/13 – ZS i 89/14.; ZPP; Zakon) navoditi bez naznake kratice.

2 Nazivi tih vrsta delegacija nemaju uporišta u zakonu – oni su doktrinarno-kvalifikacijske prirode.

3 Izraz je doktrinarna konstrukcija – usp. TRIVA-DIKA, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izd., 2004., 271. U nastavku ova će knjiga biti citirana kao TRIVA-DIKA, GPPP, uz naznaku broja stranice.

4 Prema Zakonu o sudovima (NN 28/13, 33/15, 82/15, 82/16; ZS.), predsjednik zajedničkog neposredno višeg suda ovlašten je (i dužan) odrediti da u pojedinoj vrsti predmeta postupa drugi stvarno i mjesno nadležni sud, ako sud koji je po zakonu stvarno i mjesno nadležan zbog velikog broja predmeta koje ima u radu ne može u razumnom roku raspraviti te predmete i donijeti odluku, zbog postizanja ravnomyerne opterećenosti sudova ili zbog promjena u stvarnoj i mjesnoj nadležnosti sudova (11/1. ZS).

5 Određivanje mjesne nadležnosti u slučajevima u kojima dolazi do sukoba o toj nadležnosti (22.-24.) nije predmet ovog rada.

6 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 271.



mjesno nadležan. Praktična je važnost instituta ordinacije relativno mala. Taj će institut još više izgubiti na relevantnosti nakon stupanja na snagu novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu (v. *infra ad 4.*).

Instituti nužne i svrhovite delegacije, kao uostalom i institut ordinacije nadležnosti, nepotpuno su uređeni, zbog čega bi, s teorijskog aspekta, njihova primjena u praksi mogla izazvati niz ozbiljnih problema. Ipak, zahvaljujući tome što se potreba za primjenom instituta nužne delegacije i ordinacije mjesne nadležnosti vrlo rijetko javlja u praksi, ti potencijalni problemi, kad je riječ o ta dva instituta, nisu imali odgovarajućeg odjeka u judikaturi. “Sudbina” sva ta tri instituta zapravo pokazuje kako se određenim intervencijama u organizaciju sudova i određivanje njihove nadležnosti može radikalno izmijeniti proceduralna važnost i značenje pojedinih instituta parničnog postupovnog prava.

Cilj je ovoga rada inicirati interes da se ozbiljnije počnu preispitivati neki od “tradicionalnih” instituta kompetencijskog građanskog postupovnog prava te skrenuti pozornost na njihovu važnost u urednom funkcioniranju pravozaštitnog sustava općenito. Cilj je ovog rada i upozoriti na mogućnost interferencije različitih procesnih instituta u istom slučaju i potrebi njihove odgovarajuće interpretacije radi njihova primjerenja zahtjevima koji se nameću u pojedinim slučajevima.

## 2. NUŽNA DELEGACIJA

### 2.1. Općenito

Institut tzv. nužne delegacije uređen je odredbom članka 67. ZPP-a, po kojoj je nadležni sud, koji zbog izuzeća ili iz drugih razloga ne može postupati, dužan obavijestiti o tome neposredno viši sud, koji će odrediti da u tom predmetu postupa drugi stvarno nadležni sud s njegova područja. Nužna je delegacija, dakle, prenošenje mjesne nadležnosti odlukom teritorijalno neposredno višega suda (iste vrste) sa suda koji je po zakonu tako nadležan na drugi stvarno nadležni sud s područja tog višeg suda zato što sud koji je po zakonu mjesno nadležan ne može postupati u određenom predmetu.<sup>7</sup>

Budući da glede toga u Zakonu nisu propisana nikakva ograničenja, nužna delegacija je moguća s jednog na drugi stvarno nadležan prvostupanjski sud odlukom neposredno višeg suda (iste vrste) na čijem se području ti sudovi nalaze, ali i s jednog na drugi drugostupanjski sud iste stvarne nadležnosti odlukom tim sudovima višeg suda na čijem se području oni nalaze (Vrhovnog suda).

O odnosu razloga za nužnu i svrhovitu delegaciju te o mogućoj interferenciji ovih dvaju instituta u praksi v. *infra ad 2.11.*, ali i *ad 3.4.5.*

Smanjenju potrebe za primjenu instituta nužne delegacije, redovito zbog izuzeća sudaca, svakako pridonosi i “okrunjavanje” prvostupanjskih i, svakako, drugostupanjskih sudova, povećanje broja sudaca u tim sudovima.

7 Prije Novele 2003. nužnoj se delegaciji moglo pribjeći samo kada sud koji je po zakonu bio mjesno nadležan nije mogao postupati zbog izuzeća suca (sudaca) (prij. 67.). Novelom 2003. nužna je delegacija proširena na sve slučajeve u kojima sud koji je po zakonu mjesno nadležan ne može postupati u određenom predmetu (v. *infra ad 2.4.*).

## 2.2. *Pretpostavke*

Iz *supra ad* 2.1. navedene odredbe članka 67. ZPP može se izvesti da je za određivanje nužne delegacije, u bitnome, potrebno da se kumulativno ispune ove pretpostavke:

(1) postupak u određenom predmetu treba biti pokrenut pred sudom koji je po zakonu mjesno nadležan (v. *infra ad* 2.3.),

(2) taj sud iz određenih razloga ne smije moći (trajno ili za određeno vrijeme) postupati u tom predmetu (v. *infra ad* 2.4.),

(3) on o toj nemogućnosti postupanja treba obavijestiti neposredno viši sud (iste vrste na čijem se području nalazi sud koji ne može postupati) (v. *infra ad* 2.5.) i

(4) sud na koji se nadležnost prenosi treba se (u načelu) nalaziti na području *ad* (3) naznačenog neposredno višeg suda, treba biti stvarno nadležan i, svakako, treba moći postupati u predmetu koji će se na njega prenijeti (v. *infra ad* 2.6.).

Budući da glede toga nema nikakvih ograničenja, nužna bi delegacija bila moguća neovisno o tome po kojoj je osnovi zasnovana mjesna nadležnost suda koji ne može postupati, neovisno o tome je li on opće, elektivno, isključivo, atrakcijski ili prorogacijski mjesno nadležan.

## 2.3. *Postupak pokrenut pred mjesno nadležnim sudom*

Doslovno po Zakonu (67., v. *supra ad* 2.1.), nužna je delegacija moguća u slučajevima u kojima je postupak pred sudom koji je po zakonu mjesno nadležan već pokrenut u pojedinom predmetu, koji, međutim, iz bilo kojeg razloga, pravnog ili faktičnog, ne može u njemu postupati. Naime, prema toj odredbi, obavijest neposredno višem sudu o nemogućnosti postupanja treba uputiti sud koji je po zakonu mjesno nadležan, a koji će to moći učiniti tek nakon što mu tužba bude podnesena.

Prije Novele 2003. takva impostacija mogućnosti iniciranja postupka nužne delegacije nije izazivala nikakvih problema jer se o izuzeću suca (sudaca) moglo odlučiti tek nakon što bi postupak bio pokrenut (*arg. ex* 72.), zbog čega se tek tada moglo i postaviti pitanje takve delegacije. Nakon Novele 2003., proširenjem mogućnosti nužne delegacije na sve slučajeve u kojima sud u konkretnom predmetu ne može postupati, postalo je aktualno pitanje može li se nužnoj delegaciji pribjeći i prije pokretanja postupka, i to na inicijativu potencijalnoga tužitelja. Naime, ako bi neki sud bio apsolutno spriječen postupati, trajno ili za određeno vrijeme, tužitelj se ne bi imao kome obratiti, pa se onda ne bi ni mogla ispuniti standardna pretpostavka za nužnu delegaciju - da se ona određuje u povodu obavijesti suda koji ne može postupati u konkretnom predmetu, dakle nakon što je postupak pred njime pokrenut. Upravo se stoga otvara dilema treba li u takvim slučajevima, *mutatis mutandis* (*per analogiam, per necessitatem*), primijeniti pravilo o nužnoj delegaciji ili o ordinaciji (69., v. *infra ad* 4.), odnosno na temelju tih instituta kreirati jedan novi koji bi bio primjeren specifičnostima postavljenog problema. U prilog nužne delegacije govorila bi okolnost da se u razmatranom slučaju znade koji je sud mjesno nadležan po zakonu, ali da, zato što ne može postupati u pojedinom sporu, treba odlučiti o prijenosu

nadležnosti na drugi stvarno nadležan sud, a u prilog ordinacije realitet da se sud na koji bi mjesnu nadležnost trebalo delegirati treba odrediti da bi se znalo pred kojim se sudom postupak uopće može pokrenuti. Čini se da bi trebalo zauzeti stav da je zapravo riječ o jednom prijelaznom slučaju koji izlazi izvan matrica nužne delegacije i ordinacije mjesne nadležnosti *stricto sensu*, o slučaju za koji bi trebalo izgraditi modificirani institut nužne delegacije kojoj bi se pribjegavalo i u povodu inicijative potencijalnog tužitelja koji – iz raznih razloga - ne bi mogao pokrenuti postupak pred sudom koji je po zakonu mjesno nadležan.

Valja uzeti da bi u slučajevima u kojima prvostupanjski sud ne bi mogao postupati, ali u kojima iz analognih razloga ne bi mogao postupati ni neposredno viši sud pa ni delegirati predmet na drugi stvarno nadležni prvostupanjski sud sa svoga područja, nužnu delegaciju određivao Vrhovni sud kao funkcionalno “viši” sud prvostupanjskom sudu, iako formalno ne i neposredno viši, koji bi u biti to i postao jer neposredno viši sud ne bi mogao obaviti svoju zadaću.

U praksi će se slučajevi u kojima određeni sudovi neće uopće moći postupati redovito prevladavati na širem planu, između ostaloga i tzv. generičkom delegacijom nadležnosti<sup>8</sup> (v. *infra ad* 2.12.) ili određivanjem novog sjedišta suda (v. *infra ad* 2.13.), ali i pribjegavanjem tzv. svrhovitoj delegaciji.

#### **2.4. Nemogućnost postupanja**

Nemogućnost postupanja suda koji je po zakonu nadležan može biti pravna, npr. zbog izuzeća jedinog suca<sup>9</sup> ili svih od više sudaca, ili faktična, npr. zbog smrti jedinog ili više sudaca, njegove ili njihove duže bolesti, općenito zbog prestanka rada u sudu iz različitih razloga, itd.

Premda bi, doslovno po Zakonu, za nužnu delegaciju bilo dovoljno samo to da mjesno nadležni sud zbog izvjesnih razloga ne može postupati u određenom momentu, ipak bi nužnoj delegaciji trebalo pribjegavati samo kad se može pretpostaviti da bi nemogućnost postupanja trajala toliko dugo da bi to opravdavalo prenošenje nadležnosti. Tu bi standard razumnog roka u kojemu se postupak treba provesti (*arg. ex* 29/1. URH, 10/1. ZPP, 11/1., 63.-70. ZS) mogao poslužiti kao implicirani kriterij za određivanje vremenskog trajanja nemogućnosti postupanja.

#### **2.5. Obavijest o nemogućnosti postupanja**

Obavijest o nemogućnosti postupanja daje “sud” (u smislu organizacijske jedinice sudbene vlasti) pred kojom se vodi postupak u kojemu se ne može postupati, a ne sudac koji vodi taj postupak. Zato tu obavijest neposredno višem sudu upućuje predsjednik suda koji je po zakonu mjesno nadležan, u povodu inicijative suca koji smatra da se u određenom predmetu ne može postupati ili po službenoj dužnosti, npr. u povodu zahtjeva za izuzeće. Na to upućuje i odredba po kojoj je sudac koji

8 V. bilj. 4.

9 Nakon reorganizacije mreže sudova i njihovog značajnog okrupnjavanja slučajevi u kojima bi neki (općinski) sud mogao imati samo jednog suca su zapravo teško zamislivi.

je saznao za postojanje kojeg od razloga za isključenje (71.1. - 6.) dužan prekinuti svaki rad na predmetu i o tome obavijestiti predsjednika suda, koji mu treba odrediti zamjenika. Ako je riječ o izuzeću predsjednika suda, on sam sebi određuje zamjenika iz reda sudaca tog suda, a ako to nije moguće, dužan je o tome obavijestiti neposredno viši sud radi nužne delegacije (72/1.) – i to, treba uzeti, ne u funkciji suca koji vodi postupak već predsjednika suda.

O slučajevima u kojima u sudu koji je po zakonu mjesno nadležan nema nikoga tko bi mogao uputiti obavijest neposredno višem sudu i o mogućnosti da stranka inicira delegaciju odnosno ordinaciju v. *supra ad 2.3.*

Obavijest o nemogućnosti postupanja ima zapravo oblik denuncijacije o određenom postupovnoppravnom stanju i, eventualno, o potrebi delegacije, a ne akta kojim se, kao kod tzv. svrhovite delegacije, traži delegacija nadležnosti (v. 2.2., 2.3.). Ipak, neposredno je viši sud dužan postupiti u povodu takve obavijesti – određivanjem delegacije ili konstatacijom da za to nema uvjeta, u oba slučaja posebnim rješenjem.

U obavijesti o nemogućnosti postupanja ne treba biti naznačen drugi sud s područja neposredno višeg suda na koji bi nadležnost eventualno trebalo prenijeti. O tome slobodno odlučuje neposredno viši sud.

## **2.6. Nužna delegacija suda višeg stupnja**

Članak 67. ZPP je tako stipuliran da se može primijeniti i u slučajevima u kojima određeni drugostupanjski sud ne može zbog izuzeća ili iz drugih razloga postupati u konkretnom predmetu u povodu pravnoga lijeka ili nekog drugog pravnog sredstva. Praktično u takvoj se situaciji mogu naći samo pojedini županijski sudovi. Dakle, Vrhovni bi sud u takvim situacijama trebao donijeti odluku o delegaciji funkcionalne (mjesne) nadležnosti sa županijskog suda koji je po zakonu funkcionalno (mjesno) nadležan na neki drugi županijski sud, vodeći računa o tome da se predmet smije prenijeti samo na županijski sud koji je stvarno nadležan za njegovo rješavanje (v. *infra ad 2.11.*).

## **2.7. Neposredno viši sud**

Prema Zakonu nužnu delegaciju određuje neposredno viši sud, treba uzeti iste vrste. Kad je riječ o općinskim sudovima, neposredno viši sud je županijski sud na čijem se području nalazi općinski sud s koga nadležnost treba prenijeti i općinski sud na koji je treba prenijeti, kad je riječ o trgovačkim sudovima, neposredno viši sud je Visoki trgovački sud, a kad je riječ o županijskim sudovima, Vrhovni sud.

*Ratio* inzistiranja na tome da se nužna delegacija provodi s jednog na drugi sud na području zajedničkog neposredno višeg suda treba tražiti u impliciranom pravno-političkom stavu da sud na koji se nadležnost prenosi treba teritorijalno biti što bliži sudu s kojega se ona prenosi kako bi se takvim prenošenjem nadležnosti u što manjoj mjeri dovelo u pitanje pravo na suđenje pred sudom čija je nadležnost utvrđena zakonom, npr. prava tuženika da mu sudi sud na području kojega je njegov opći forum. Prihvaćeno je rješenje, zapravo, kompromis, s jedne strane, između navedenog prava

na sud čija je nadležnost utvrđena zakonom, a, s druge strane, u situaciji kad taj sud ne može iz faktičkih ili pravnih razloga postupati, prava na pristup sudu, na suđenje općenito, odnosno na suđenje pred nepristranim i nezavisnim sudom.

Doslovno po Zakonu (67.), za utvrđivanje suda koji će biti funkcionalno nadležan za određivanje nužne delegacije mjerodavan je teritorijalni kriterij – to je zajednički neposredno viši sud za sud koji ne može postupati i za sud na koji se zbog toga mjesna nadležnost treba prenijeti.

Prema Zakonu o područjima i sjedištima sudova iz 2014.<sup>10</sup> svi županijski sudovi nemaju jednaku drugostupanjsku nadležnost, jer su samo neki od njih ovlašteni odlučivati o žalbama podnesenim protiv prvostupanjskih odluka općinskih sudova donesenih u određenim posebnim vrstama sporova (4. ZPSS). Zato se može postaviti pitanje koji bi od županijskih sudova različite drugostupanjske nadležnosti trebao biti funkcionalno nadležan određivati nužnu delegaciju – županijski sud koji je po teritorijalnim kriteriju neposredno viši sudu s kojega mjesnu nadležnost treba prenijeti i sudu na koji je treba prenijeti, neovisno o tome je li “stvarno” nadležan odlučivati o žalbama protiv odluka tih sudova donesenim u vrsti sporova kojoj pripada spor u kojemu treba odrediti nužnu delegaciju, ili neki od županijskih sudova koji su “stvarno” nadležni odlučivati o žalbama u toj vrsti sporova. Naime, prema novom uređenju stvarne nadležnosti županijskih sudova i pojam neposredno viši sud dobiva drukčije značenje – za odlučivanje o žalbama u nekim vrstama sporova nije više uvijek nadležan županijski sud na čijem se području nalazi određeni općinski sud, već samo neki od županijskih sudova koji će *in concreto* biti individualizirani primjenom “*algoritamskog*” kriterija.<sup>11</sup> U prilog prvog rješenja govorilo bi, ipak, više razloga. Prvo, odredba članka 67. ZPP, u svom doslovnom značenju, upućuje na neposredno viši sud koji bi bio određen prema teritorijalnom kriteriju. Drugo, i sam ZPSS kad normira područja i sjedišta županijskih i općinskih sudova polazi primarno od teritorijalnog kriterija pa tako područja županijskih sudova određuje prema područjima određenih općinskih sudova (*arg. ex 2. ZPSS 14*). Treće, teritorijalno-funkcionalni kriterij je u bitnome relevantan i kad je riječ o poslovima sudske uprave koje je ovlašten obavljati viši sud u odnosu na niže sudove. Četvrto, treba uzeti, taj je kriterij mjerodavan i za odlučivanje o sukobu nadležnosti (*arg. ex 23/1. ZPP*), dakle, za rješavanje pitanja koja su funkcionalno bliska. Peto, to se rješenje čini bitno pragmatičnijim. Po njemu bi se predmet za koji je mjesno nadležan općinski sud čije je područje na području određenog županijskog suda prenijelo na drugi općinski sud čije je područje također na području tog županijskog suda, dakle, s jednog na drugi teritorijalno bliski sud. Ako bi se prihvatio kauzalno-funkcionalni kriterij, tada bi područje cijele države bilo područje za koje bi “mjesno” bio nadležan županijski sud koji bi, prema “algoritamskom” kriteriju, postao stvarno nadležan odlučivati o žalbama u određenim vrstama sporova. Slijedeći logiku njegovog tako određenog područja, on bi mogao delegirati nadležnost i na bitno udaljeni sud, što bi moglo

10 NN 128/14; ZPSS.

11 Žalbeni se predmeti županijskim sudovima dodjeljuju u rad elektroničkom nasumičnom dodjelom, primjenom odgovarajućeg algoritma, sukladno odredbama Sudskog poslovnika (*arg. ex 4., 5. ZSPS*). Iznimno, ako je u povodu žalbe odluka ukinuta, predmet se, u slučaju ponovne žalbe, dodjeljuje istom županijskom sudu (5/2. ZPSS).

dovesti u pitanje ostvarivanje temeljnih postulata od kojih polaze pravila o mjesnoj nadležnosti. Pored toga, viši bi sud po kauzalno-funkcionalnom kriteriju mogao biti bitno udaljen od suda čiju nadležnost treba delegirati i zbog toga se teže upoznati s pravom situacijom koja postoji u tom sudu, ali i u sudu na koji bi nadležnost trebalo prenijeti.

Ako na području županijskog suda kao neposredno višeg suda ne bi bilo općinskog suda na koji bi se nadležnost mogla prenijeti, tada bi o tome taj županijski sud trebao obavijestiti Vrhovni sud, koji bi, ako bi ocijenio da su za to ispunjeni uvjeti, nadležnost delegirao na stvarno nadležni sud s područja nekog drugog županijskog suda. Na prihvaćanje mogućnosti da o nužnoj delegaciji u naznačenom slučaju odlučuje Vrhovni sud upućivala bi logika instituta. Naime, ako na području određenog županijskog suda kao neposredno višeg suda ne bi bilo suda na koji bi se nadležnost mogla prenijeti, tada bi o prijenosu trebao moći odlučiti sud koji je neposredno viši tom županijskom sudu, koji bi, zato što županijski sud ne bi mogao obaviti svoju zadaću, preuzeo njegovu funkciju. U ovom bi slučaju, zapravo, interferirali razlozi za nužnu i svrhovitu delegaciji zbog čega bi u slučaju o kojemu je riječ institut nužne delegacije trebalo dopunski razviti korištenjem kompetencijskih rješenja propisanih za svrhovitu delegaciju (v. *infra ad 3.*).

## **2.8. Vrijeme do kojega se može predložiti nužna delegacija**

Nužnu delegaciju treba moći zatražiti i nakon zaključenja glavne rasprave pred prvostupanjskim sudom pa sve do donošenja odluke, ali i radi obavljanja poslova njezine dostave. Naime, ako se ona ne odredi, neće biti suca koji će donijeti odnosno odluku, odnosno suca koji će obaviti radnje nužne za njezinu dostavu. Nužnu delegaciju je moguće odrediti i radi poduzimanja radnji pred prvostupanjskim sudom u povodu žalbe ili nekog drugog pravnog lijeka ili sredstva, npr. radi toga da bi se donijela odluka o prekidu postupka, da bi se odlučilo o zahtjevu za povrat u prijašnje stanje, itd. Analogno bi vrijedilo i za postupak pred drugostupanjskim sudom.

## **2.9. Tijelo koje je u višem sudu funkcionalno nadležno odlučivati o nužnoj delegaciji**

Zakonom nije izrijekom riješeno koje tijelo u neposredno višem sudu odlučuje o nužnoj delegaciji. Čini se da bi rješenju toga pitanja bilo moguće dvojako pristupiti. Prema jednoj mogućnosti, o tome bi odlučivao sudac pojedinac toga suda. Na to bi upućivale, *per analogiam, arg. a cohaerentia*, odredbe o sastavu suda u slučaju sukoba o nadležnosti (23/3.) i o tzv. svrhovitoj delegaciji (68/3., v. *infra ad 3.6.4.1.*). Prema drugoj mogućnosti, o nužnoj bi delegaciji odlučivao predsjednik neposredno višeg suda zato što on odlučuje i o izuzeću predsjednika nižeg suda, u povodu čega će se najčešće to pitanje i postavljati. U prilog takvom rješenju govorila bi i okolnost da je kod nužne delegacije riječ općenito o nemogućnosti suda da postupa, zatim okolnost da obavijest o nemogućnosti postupanja daje predsjednik suda nižeg stupnja (v. *supra ad 2.5.*), ali i odredba prema kojoj prijedlog za tzv. generičku delegaciju nadležnosti

daje predsjednik suda nižeg stupnja, o kojemu odlučuje predsjednik neposredno višeg suda (11. ZS). U svakom slučaju riječ je o zakonskoj praznini koju bi trebalo prevladati prigodom neke od narednih novela Zakona.

### **2.10. Određivanje drugog stvarno nadležnog suda**

Kod nužne delegacije neposredno viši sud prenosi nadležnost sa suda koji je po zakonu nadležan na drugi stvarno nadležni suda sa svoga područja. U tom smislu sud na koji se nadležnost prenosi treba biti sud iste vrste, istoga ranga ali i iste stvarne nadležnosti. Zbog toga, kad je riječ o sudovima iste vrste, npr. trgovačkim i županijskim sudovima, ali djelomično različite stvarne nadležnosti (v. 4., 5., 7., 8. ZPSS), prigodom nužne delegacije nadležnosti treba voditi računa o tome da sud na koji se nadležnost prenosi bude i stvarno nadležan za suđenje u prenesenom sporu.<sup>12</sup> Inače bi se nužnom delegacijom mogla izmijeniti (“zaobići”) zakonski različito impostirana stvarna nadležnost pojedinih sudova određene vrste i stupnja, odnosno ranga.

Ipak, u slučajevima u kojima je po zakonu samo jedan od svih trgovačkih odnosno županijskih sudova nadležan rješavati određene sporove, npr. odlučivati o tužbi za poništaj arbitražnog pravorijeka (43. ZA), načelo procesne nužde zahtijevalo bi da se nadležnost za postupanje u konkretnom predmetu može prenijeti i na sud koji po zakonu nije nadležan. Takvom bi delegacijom delegirani sud postao ne samo mjesno već i stvarno nadležan za rješavanje odnosnog spora. Stav da u takvim slučajevima nužna delegacija ne bi bila moguća, implicirao bi pristajanje na uskratu pristupa sudu, zbog čega bi bio u protivnosti s Ustavom.

Nužnu delegaciju nadležnosti s jednog na drugi općinski sud obavlja županijski sud kao neposredno viši sud, s jednog na drugi trgovački sud Visoki trgovački sud, a s jednog na drugi županijski sud Vrhovni sud. U slučajevima u kojima bi na području nekog županijskog suda postojao samo jedan općinski sud, za nužnu bi delegaciju bio nadležan Vrhovni sud jer bi on bio neposredno viši sud općinskom sudu čiju nadležnost treba prenijeti i općinskom sudu na koji je treba prenijeti.

Neposredno viši sud nije vezan za ocjenu nižeg suda o tome da ne može postupati u konkretnom predmetu. To znači da viši sud može odlučiti da je u konkretnom predmetu dužan postupati sud koji je po zakonu nadležan.

Glede dopuštenosti i osnovanosti inicijative za nužnu delegaciju vrijedilo bi na odgovarajući način ono što vrijedi i za svrhovitu delegaciju (v. *infra ad* 3.6.4.4.).

### **2.11. Nužna i svrhovita delegacija**

Nužna se delegacija razlikuje od svrhovite (68., v. *infra ad* 3.) po tome što je pretpostavka za nužnu delegaciju nemogućnost postupanja suda koji je po zakonu mjesno nadležan, dok se svrhovitoj delegaciji pribjegava kad je očito da će drugi

<sup>12</sup> Prema ZPSS iz 2010. (NN 144/10, 84/11) postojali su općinski sudovi različite stvarne nadležnosti (*arg. ex* 3. ZPSS 10), dok prema važećem uređenju svi oni imaju istu stvarnu nadležnost (*arg. ex* 2. ZPSS 14), što je bilo moguće postići njihovim “okrupnjavanjem”.

sud lakše provesti postupak ili ako za to postoje drugi važni razlozi. *Ratio* prve jest procesna nužda, druge (u pravilu) procesni oportunitet. Ipak, u praksi razlozi za ove dvije delegacije mogu interferirati. Naime, nemogućnost postupanja ili otežana mogućnost postupanja mogu se smatrati i drugim važnim razlozima zbog kojih se može odrediti svrhovita delegacija.

Ipak, i u slučajevima u kojima zbog određenih razloga sud ne bi mogao postupati, dakle, u kojima bi bila ispunjena osnovna pretpostavka za nužnu delegaciju (67., v. *supra ad* 2.4.), moglo bi se pribjeći svrhovitoj delegaciji, npr. onda kada bi se pokazalo da bi bilo potrebno mjesnu nadležnost prenijeti na sud koji se ne bi nalazio na području neposredno višeg suda. Do toga bi, npr. moglo doći kada bi zbog izuzeća sudaca trebalo odrediti drugi sud izvan područja neposredno višeg suda. U takvoj bi situaciji Vrhovni sud trebao delegirati nadležnost. V. *supra ad* 2.8., ali i *infra ad* 3.5.4.

Trebalo bi zapravo zauzeti i stajalište da bi u slučajevima u kojima bi koincidirali (interferirali) razlozi za nužnu i svrhovitu delegaciju trebalo optirati za onu od njih koja bi omogućavala da se u što potpunijoj mjeri postigne ono što je pravozaštitni cilj svake od njih - što potpunije ostvarivanje prava na sud i prava na pravično suđenje u razumnom roku pred neovisnim i nepristranim sucem.

Nužnu bi delegaciju, *per necessitatem*, trebalo odrediti i u slučajevima u kojima bi za izvjesne pravne stvari bio nadležan samo jedan prvostupanjski sud višeg ranga, kao što je to, npr., za donošenje odluke o zabrani štrajka ili isključena s rada kad štrajk ili isključenje s rada obuhvaća područje dviju ili više županija stvarno i mjesno nadležan samo Županijski sud u Zagrebu (219/2. ZR),<sup>13</sup> a razlozi za izuzeće bi se ticali svih sudaca toga suda. U takvim bi slučajevima Vrhovni sud trebao kao (stvarno i) mjesno nadležan delegirati neki drugi županijski sud, koji, strogo po zakonu, ne bi bio stvarno nadležan (slučaj nužne delegacije stvarne nadležnosti).

Nakon što bi došlo do nužne delegacije, delegirani bi sud mogao predložiti svrhovitu delegaciju – ako bi za to bili ispunjeni propisani uvjeti, između ostaloga, predložiti da se nadležnost vrati na sud s kojega mu je prenijeta, npr. zato što su u međuvremenu prestali razlozi zbog kojih je nužna delegacija bila određena.<sup>14</sup>

## **2.12. Nužna i generička delegacija**

Slučajevi u kojima određeni sud ne može postupati u pojedinom predmetu mogu se podudarati s (privremenom ili trajnom) nemogućnošću nekog suda da uopće postupa ili samo u nekoj kategoriji predmeta. U takvim bi slučajevima razlozi za pojedinačnu nužnu delegaciju u većem broju predmeta ili u svim predmetima mogli koincidirati s onima za tzv. generičku delegaciju (11/1. ZS),<sup>15</sup> pri čemu se ova druga čini primjerenijim načinom rješavanja takvih situacija.

13 ZR: Zakon o radu, NN 93/14.

14 U tom smislu i VSRH: Gr1-207/04 – IO 1/04-262.

15 V. 4. bilj.



### **2.13. Privremeno određenje drugog sjedišta suda**

Ako zbog više sile sud nije u mogućnosti djelovati u svojem sjedištu, ministar pravosuđa dužan je donijeti odluku kojom će privremeno odrediti drugo sjedište suda dok stanje više sile traje (10. ZPSS). Određivanjem drugog sjedišta određenog suda, npr. na području nekog drugog suda iste vrste, ne mijenja se mjesna nadležnost suda koji je dobio drugo sjedište – taj će sud poslove iz svoje stvarne i mjesne nadležnosti obavljati u svom novom sjedištu. Zato je moguća nužna delegacija mjesne nadležnosti i takvog suda – uz ispunjenje propisanih pretpostavaka.

### **2.14. Detaširanje i premještanje sudaca**

*De lege lata* nema više zakonskog uporišta za detaširanje odnosno za premještanje sudaca jednog suda u drugi sud iste vrste u slučajevima u kojima suci tog suda ne mogu zbog izuzeća ili iz drugih razloga postupati. Bila je riječ o zakonskoj mogućnosti kojom su se, između ostaloga, mogle prevladati neke od situacija u kojima je potrebno odrediti nužnu delegaciju.<sup>16</sup>

### **2.15. Problem nenadležnosti delegiranog suda i izazivanje sukoba o nadležnosti**

Treba uzeti da bi po općim pravilima prigovor apsolutne i stvarne bilo moguće istaknuti i u postupku pred delegiranim sudom, osobito u slučajevima u kojima prije donošenja odluke o delegaciji strankama ne bi bilo omogućeno da se o tome izjasne.

## **3. SVRHOVITA (SVRSISHODNA) DELEGACIJA**

### **3.1. Određenje pojma i pretpostavke**

Svrhovita delegacija jest prenošenje mjesne nadležnosti u “pojedinom predmetu” sa suda pred kojim je postupak u tijeku i koji je po zakonu tako nadležan na drugi stvarno nadležni sud u državi, na temelju odluke najvišeg suda određene vrste donesene u povodu inicijative suda koji je po zakonu mjesno nadležan, zato što je očito da će se tako lakše provesti postupak ili zato što za to postoje drugi važni razlozi (*arg. ex 68.*).<sup>17</sup>

Za svrhovitu delegaciju trebaju kumulativno biti ispunjene ove pretpostavke:

(1) treba biti pokrenut postupak pred sudom koji je po zakonu stvarno i mjesno nadležan (*v. infra ad 3.2.*);<sup>18</sup>

16 Prema ZS 2011, sudac je mogao uz svoj pristanak biti privremeno upućen na rad u drugi sud istog stupnja, na zahtjev predsjednika suda u koji se upućuje (102/3.). Rješenje o privremenom upućivanju na rad u drugi sud donosio je predsjednik zajedničkog neposredno višeg suda, uz obavijest Državnom sudbenom vijeću (102/4.).

17 Ovaj se izraz doktrinarna konstrukcija (usp., npr., TRIVA-DIKA, GPPP, 282., koji za ovaj oblik delegacije nadležnosti koriste izraz svrsishodna delegacija) koji je prihvaćen i u sudskoj praksi.

18 U tom je smislu suđeno da do svrsishodne delegacije ne može doći prije nego što tužba bude

(2) treba postojati koji od razloga za svrhovitu delegaciju (v. *infra ad* 3.3.);

(3) sud koji je po zakonu nadležan mora zatražiti (prijedlogom) od najvišeg suda određene vrste da je odredi (v. *infra ad* 3.2.);<sup>19</sup>

(4) sud na koji se nadležnost predlaže prenijeti treba (u pravilu) biti označen u zahtjevu za delegaciju (*arg. ex* 68/1.);<sup>20</sup>

(5) sud na koji se nadležnost predlaže prenijeti treba biti stvarno nadležan.

Za svrhovitu delegaciju nije bitno kakva je mjesna nadležnost čije se prenošenje traži: delegirati se može, *lege non distinguente*, i isključiva mjesna nadležnost, ali i mjesna nadležnost utemeljena na sporazumu o mjesnoj nadležnosti.

Kad je riječ o delegaciji prorogirane mjesne nadležnosti suda koji je traži, treba poći od toga da je prorogacija osnova za to da određeni sud postane mjesno nadležan jednako kao i druge nadovezane okolnosti za utemeljenje te nadležnosti. Razlozi koji opravdavaju delegaciju su, međutim, razlozi zbog kojih bi već utemeljenu mjesnu nadležnost, neovisno o tome kako je do toga došlo, trebalo prenijeti na neki drugi sud. Ipak, prigodom odlučivanja o delegaciji prorogirane mjesne nadležnosti trebalo bi uzeti u obzir okolnost da je nadležnost suda koji traži delegaciju utemeljena na sporazumu stranaka, sporazumu koji ima značenje jače osnove za utemeljenje nadležnosti od drugih zakonskih osnova, osim onih koji dovode do isključive mjesne nadležnosti (*arg. ex* 70/1.).

### 3.2. *Sud koji predlaže delegaciju*

Doslovno prema Zakonu, svrhovitu delegaciju predlaže “nadležni sud prvog stupnja” (68/1.). On odlučuje i o prijedlogu stranke za svrhovitu delegaciju (68/2.). O njegovom pak prijedlogu odlučuje sudac pojedinac najvišeg suda određene vrste (68/3.). Pritom, pod pojmom prvostupanjskog suda u kontekstu odredaba članka 68. ZPP trebalo bi razumjeti sud u sastavu u kojemu vodi postupak.

Sud koji predlaže delegaciju treba biti u tom postupku stvarno i mjesno nadležan. Naime, ako nije nadležan, dužan je, u granicama u kojima je na to ovlašten, oglasiti se nenadležnim i ustupiti predmet nadležnom sudu (*arg. ex* 17., 20/2.). Ipak, budući da prvostupanjski sudovi u parničnom postupku u pravilu više ne paze po službenoj dužnosti na svoju mjesnu nadležnost (*arg. ex* 20.), sud pred kojim je postupak pokrenut mogao bi, redovito nakon što bi tuženik propustio istaknuti prigovor mjesne nadležnosti do upuštanja u raspravljanje o glavnoj stvari (20/1.), predložiti svrhovitu delegaciju ako bi ocijenio da za to postoje važni razlozi. Pritom bi on mogao predložiti da se nadležnost prenese na sud koji bi po zakonu bio mjesno nadležan, da bi u tome

---

podnesena (VSH: R-112/88 – PSP 40/90).

19 Upravo je zbog toga odbačen prijedlog za delegaciju koji je stranka izravno uputila Vrhovnom sudu – usp.: VSRH: Gr1-75/13-2 od 24. travnja 2013.

20 Odredba stavka 1. članka 68. glasi: “Nadležni sud prvog stupnja može sam ili na prijedlog stranke zatražiti od najvišeg suda određene vrste da odredi da u pojedinom predmetu postupa drugi stvarno nadležni sud s njegova područja ako je očito da će se tako lakše provesti postupak ili ako za to postoje drugi važni razlozi”.

bili važni razlozi za delegaciju *in concreto*.<sup>21 22</sup>

Iako bi iz *supra* navedenih odredaba članka 68. ZPP proizlazilo da bi svrhovitu delegaciju mogao predložiti samo sud pred kojim je u tijeku prvostupanjski postupak,<sup>23</sup> ipak bi trebalo dopustiti i svrhovitu delegaciju sa županijskog suda koji je po zakonu funkcionalno nadležan odlučivati kao sud drugog stupnja na drugi županijski sud u državi – ako bi županijski sud na koji bi nadležnost trebalo prenijeti lakše proveo postupak ili ako bi za to postojali drugi važni razlozi. To bi nalagala logika instituta svrhovite delegacije, npr. potreba da drugostupanjski sud na raspravi ponovno izvede sve dokaze koje je izveo prvostupanjski sud (373.b). U tom bi slučaju odredbe o svrhovitoj delegaciji koje su propisane za sudove prvog stupnja trebalo primijeniti na odgovarajući način.<sup>24</sup> U tom je smislu suđeno da se može odrediti da u pojedinom predmetu postupka drugi žalbeni sud,<sup>25</sup> odnosno da je to što je drugostupanjski sud koji bi trebao u ovršnom postupku odlučivati o žalbi protiv prvostupanjskog rješenja ovršenik u tom postupku važan razlog koji opravdava delegaciju drugog drugostupanjskog suda.<sup>26</sup> I iz judikata prema kojemu prijedlog za delegaciju drugog drugostupanjskog suda nije dopušten dok se još vodi postupak pred prvostupanjskim sudom, jer je takav prijedlog dopušten samo dok traje postupak pred sudom čija se delegacija traži,<sup>27</sup> može se izvesti zaključak o tome da sudska praksa prihvaća

21 Npr. ako bi se time bitno olakšalo procesnu poziciju tuženika koji se nalazi u prekarnoj egzistencijalnoj situaciji i koji je iz neznanja propustio prigovoriti mjesnoj nenadležnosti suda kome je tužbe podnesena.

22 U naznačenom smislu institut svrhovite delegacije mogao bi biti iskorišten i za “zaobilaženje” ili otklanjanje negativnih posljedica (relativnog) isključenja mogućnosti da sud *ex officio* pazi i reagira na svoju mjesnu nenadležnost.

23 Prije Novele 2003. o svrhovitoj delegaciji odlučivalo se “na prijedlog stranke ili nadležnog suda” (prij. 68.). Upravo je stoga bilo moguće da svrhovitu delegaciju predloži i drugostupanjski sud kao “mjesno” nadležan sud.

24 Županijski bi sudovi svoju odluku da zatraže delegaciju donosili *ex officio* ili u povodu prijedloga stranke iznesenog u žalbi ili tijekom drugostupanjskoga postupka, npr. na sjednici vijeća ili na drugostupanjskoj raspravi. Odredbe članka 68. ZPP trebalo bi zapravo shvatiti kao odredbe koje, nepotpuno uređujući samo delegaciju mjesne nadležnosti tijekom postupka pred prvostupanjskim sudom, ne isključuju mogućnost da se ona zatraži i tijekom postupka pred drugostupanjskim sudom. Neovisno o tome, prenošenje nadležnosti s jednog na drugi županijski sud moglo bi se u slučaju osobite potrebe postići i elastičnom primjenom pravila o nužnoj delegaciji (v. *supra ad 2.*), pri čemu bi se važnim razlozima zbog kojih nadležni županijski sud ne bi trebao postupati u pojedinom predmetu smatrali razlozi zbog kojih on ne bi mogao postupati.

25 VSRH: R-63/87 – PSP 35/151.

26 VSRH: Grl-121/2007 - INF-N 5655/07. U konkretnom slučaju javni je bilježnik donio rješenje o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave protiv županijskog suda. U povodu prigovora, prvostupanjski je sud ukinuo provedene radnje i obustavio postupak. Uslijedila je žalba u povodu koje je trebao odlučivati sud protiv kojega je rješenje o ovrsi bilo doneseno. U povodu oficijelne inicijative drugostupanjskog suda, Vrhovni je sud delegirao drugi županijski sud da odluči o žalbi. U konkretnom slučaju delegacija koja je određena okvalificirana je kao svrhovita, iako su bile ispunjene pretpostavke za nužnu jer se županijski sud kao stranka u postupku izuzeo *ex officio*.

27 VSRH: Grl: 745/2012-2 – INF-br. 6290-6291/2014. Treba uzeti da prijedlog za takvu “anticipiranu delegaciju” ne bi bio dopušten već i stoga što se o njegovoj umjesnosti odlučuje s

mogućnost svrhovite delegacije “mjesne” nadležnosti ne samo prvostupajnskih već i drugostupajnskih sudova. Delegacija drugostupajnskog suda mogla bi se tražiti tek nakon što bi žalba bila podnesena.<sup>28</sup>

### 3.3. Razlozi za svrhovitu delegaciju

#### 3.3.1. Općenito

*Sedes materiae* tzv. svrhovite delegacije je u odredbama članka 68. ZPP (v. *supra ad* 3.1.) u kojima su postavljene i osnove za utvrđivanje (nekih od) razloga za tu delegaciju. Prema tim odredbama, svrhovita delegacija se određuje (1) ako je **očito** da će se tako **lakše provesti postupak** ili (2) ako za to postoje koji **drugi važni razlozi** (*arg. ex* 68/1.). Prema načinu na koji su impostirani razlozi za svrhovitu delegaciju bilo bi, na prvi pogled, moguće zaključiti da je ovaj institut motiviran samo razlozima procesnopravnog oportuniteta. Međutim, iako se taj institut u bitnome temelji na tim razlozima, njegov *ratio* nije samo u “golom” procesnopravnom oportunitetu, već i u procesnopravnom oportunitetu koji je u funkciji afirmacije zahtjeva načelne prirode, zahtjeva ostvarenju kojih, s jedne strane, treba poslužiti mogućnost prenošenja nadležnosti s jednog na drugi sud, ali koji, s druge strane, nameću i ograničenja u korištenju te mogućnosti. U tom smislu delegacija nadležnosti može korisno poslužiti u ostvarivanju načela suđenja u razumnom roku, procesne ekonomije i efikasnosti općenito. S druge strane, njenim se korištenjem ne bi smjelo ozbiljno dovesti u pitanje (izigrati ili, blaže rečeno, zaobići) ostvarivanje načela o pravu na zakonskog suda, na pravično suđenje, dezavuirati pravno-politički razlozi na kojima su zasnovana zakonska pravila o mjesnoj nadležnosti, itd. (v. *infra ad* 3.4.3.).

#### 3.3.2. Očitost lakše provedbe postupka

Pravni standard očitosti da će delegirani sud lakše provesti postupak trebalo bi shvatiti u smislu da se na temelju okolnosti koje se iznose u prilog delegacije, u prvom redu na temelju navoda u prijedlogu za delegaciju (stranke i) suda koji je traži i priloga uz njega, eventualno tužbe i odgovora na tužbu te priloga uz te podneske, kao i možebitnih likvidnih dokaza kojima su pokrijepljeni, može zaključiti da je očito (*prima facie*), dakle bez potrebe upuštanja u daljnje istraživanje, da će predloženi sud jednostavnije, brže, jeftinije, pa i učinkovitije provesti postupak. Zato, ako bi se iz prijedloga i onoga čime je potkrijepljen moglo zaključiti da bi sud koji je mjesno nadležan trebao angažirati sud čija se delegacija predlaže da kao zamoljeni sud obavi pretežni dio dokaznog postupka, tada bi postojali ozbiljni indiciji da bi delegacija na taj drugi sud bila opravdana.<sup>29</sup> Tako je ocijenjeno da će se postupak lakše provesti

obzirom na stanje stvari u vrijeme odlučivanja, dakle u stadiju postupka u kojemu se o nečemu može odlučivati, dakle, ne u vrijeme kad se i ne zna hoće li uopće doći do tog stadija.

28 Usp.: VSRH: Gr-272/00 – IO 1/01-163; VSRH: Gr-13501 – IO 1/02-184.

29 Npr. s jednog na drugi općinski sud. Kad je riječ o trgovačkim sudovima, s obzirom na to da oni u načelu nisu stvarno nadležni za pružanje pravne pomoći, jedan od tih sudova ne bi mogao od drugog takvog suda tražiti da kao zamoljeni sud obavi određene radnje u pojedinom postupku. *De lege ferenda*, trebalo bi, eventualno, predvidjeti da trgovački sudovi jedni drugim

pred sudom na čijem se području nalazi nekretnina s obzirom na koju treba provesti vještačenje te ostali dokazi koji se po prirodi stvari nalaze na njegovu području, ali i prebivalište odnosno sjedište tužitelja i gotovo svih tuženika.<sup>30</sup> S druge strane smatralo se da nema značenje važnog razloga koji bi opravdavao svrhovitu delegaciju okolnost da više svjedoka koje treba saslušati nema prebivalište na području nadležnog suda,<sup>31</sup> odnosno okolnost da će se dokaz očevidom uz sudjelovanje vještaka provesti u mjestu nastanka štetnog događaja, a koje je izvan mjesta nadležnog suda,<sup>32</sup> kao ni okolnost da na području parničnog suda nema prikladnog vještaka.<sup>33</sup>

### 3.3.3. "Drugi važni razlozi"

Utvrđenje postojanja "drugih važnih razloga" u pojedinim slučajevima, razloga koji su indicirani tek kvalifikativom "važni", prepušteno je delegacijskim sudovima – oni su ovlašteni ocijeniti jesu li se neki od njih ili više njih realizirali *in concreto*.

Prigodom utvrđivanja postoje li drugi važni razlozi za svrhovitu delegaciju sud bi se također trebao zadržati na razini (u pravilu pretežnije) vjerojatnosti. Utvrđivanje pretpostavaka za takvu delegaciju ne bi smjelo postati samo sebi svrhom, pretvoriti se u "postupak u postupku".

Postojanje razloga za svrhovitu delegaciju treba usko tumačiti, između ostaloga i zato što se takvom delegacijom *in concreto* dezavuiraju zakonska pravila o mjesnoj nadležnosti i pravopolitička logika na kojoj se temelje. I kod te bi delegacije zapravo na specifičan način dolazilo do izražaja načelo proporcionalnosti: odstupanje od prava na zakonom ustanovljenog suda (16., 29/1. URH), što bi, između ostaloga, trebalo shvatiti i kao odstupanje od prava da sudi sud čija je nadležnost utvrđena zakonom, treba naći svoje opravdanje u ostvarivanju drugih temeljnih postupovnih prava, prava na pravično suđenje, prava na suđenje u razumnom roku, prava koja, uz ostalo, trebaju osigurati pružanje i kvalitetnije (istinitije – eventualno kroz ostvarivanje načela neposrednosti i slobodne ocjene dokaza), efikasnije (koncentracija u postupanju), jeftinije (i time dostupnije) itd. pravne zaštite.

Zamisliv je i slučaj da stranka predloži delegaciju i sud je odlučio zatražiti zato što pred nekim drugim sudom teče ili teku postupci s kojima bi se postupak koji bi trebalo prenijeti mogao spojiti (prenošenje nadležnosti radi spajanja postupaka).

### 3.3.4. *Judikatura o drugim važnim razlozima*

U praksi je ocijenjeno da (drugi) važni razlozi za svrhovitu delegaciju postoje u slučaju u kojemu: - je tužitelj u parnici zatražio naknadu štete koja je navodno nastala uslijed propusta nadležnog suda;<sup>34</sup> - je tužitelj sudac parničnog suda,<sup>35</sup> odnosno jedna

---

kao zamoljeni sudovi pružaju pravnu pomoć – tome bi u prilog govorila i sve veća proceduralna diferencijacija postupka pred trgovačkim sudovima od one pred redovnim sudovima.

30 VSRH: Gr-1-573/02 - INF-N 5204-5205/04.

31 VSH: R-329/78 - NZp 11/79-76., VSRH: Gr-133/01 – INF br. 5032-5033/2002.

32 VSRH: Gr-133/01 – INF br. 5032-5033/2002.

33 VPSH: Rp-87/80 - PPP 7/84-63.

34 VSH: Gr-218/89 – PSP 46/90.

35 VSH: R-117/81 - NZp 19/82-134.

od stranaka sudac suda kome je podnesena tužba;<sup>36</sup> - se traži naknada štete uzrokovane radom parničnog suda;<sup>37</sup> - je stranka bivši sudac parničnog suda;<sup>38</sup> - je tužiteljova kćerka sudac parničnog suda;<sup>39</sup> - je predsjednik prvostupanjskog suda stranka u postupku;<sup>40</sup> - je stranka radnik u manjem parničnom sudu;<sup>41</sup> - je predsjednik suda tuženikov zet;<sup>42</sup> - je stranka predsjednik višeg suda nadređenog parničnom sudu;<sup>43</sup> - je tužitelj sudac nadređenog suda, a njegova je supruga sudac parničnog suda;<sup>44</sup> - je protiv stranke podnesena kaznena prijava zbog vrijeđanja suda i raspravnog suda;<sup>45</sup> - je tužitelj zatražio naknadu štete za koju tvrdi da je nastala zbog propusta suda kome je tužba podnesena;<sup>46</sup> - je nezakonitu radnju od koje se traži zaštita učinio nadležni sud;<sup>47</sup> - je tužiteljica predsjednica stvarno i mjesno nadležnog suda;<sup>48</sup> - je sin tužiteljice sudac nadležnog suda;<sup>49</sup> - je riječ o sporu koji je zbog svoje prirode od interesa i za ostale žitelje kraja i kojem djeluje tuženik, pa uz ostalo i od interesa za suce nadležnoga suda;<sup>50</sup> - je tužitelj pokrenuo odštetnu parnicu protiv Republike Hrvatske tvrdeći da mu je šteta nanesena nezakonitim radom djelatnika nadležnoga suda;<sup>51</sup> - je jedna od stranaka majka suca nadležnog suda;<sup>52</sup> - je stranka brat predsjednika suda;<sup>53</sup> - je drugostupanjski sud stranka u postupku, a taj sud treba odlučivati o žalbi protiv odluke prvostupanjskog suda kojom se taj sud, u povodu tužbe za poništaj rješenja drugostupanjskog suda i za primitak tužitelja na radno mjesto višeg sudskog savjetnika, oglasio stvarno nenadležnim smatrajući da je stvarno nadležan Upravni sud u povodu;<sup>54</sup> - je veliki broj državnih službenika odnosno namještenika određenog suda podnio tužbe tom sudu protiv Republike Hrvatske radi ostvarivanja tražbina iz iste pravne osnove;<sup>55</sup> itd.

S druge strane, zauzet je stav da ne postoji važan razlog za svrhovitu delegaciju u slučaju u kojemu: - je stranka bivši sudac nadležnog drugostupanjskog suda;<sup>56</sup> - je kao svjedok saslušan predsjednik parničnog suda;<sup>57</sup> - je stranka općina na čijem

36 VSRH: Gr1-241/08 2.7.08 – INF-N 5701/08.

37 VSH: R-147/79 - NZp 16/80-63.

38 VSH: R-274/78 - NZp 14/79-76.

39 VSH:R 356/83 - NZp 25/85-125.

40 VSH: R-100/83 - PSP 23/246.

41 VSH: R-172/83 - NZp 23/84-160.

42 VSH: R-174/84 - NZp 26/85-110.

43 VSH: R-380/84 - NZp 27/85-101.

44 VSH: R-329/85 - NZp 27/85-101.

45 VSH: R-51/87 - PSP 35/150.

46 VSH: Gr-218/89 - PSP 46/90.

47 VSRH: Gr-476/97 - INF 4680/99.

48 VSRH: Gr-24/99 - INF-N 4873/00.

49 VSRH: Gr-288/00 od 20.6.2000.

50 VSRH: Gr-584/00 - INF-N 4960-4961/01.

51 VSRH: Gr-565/00 - INF-N 5010/02.

52 VSRH: Gr-967/00 - INF-N 5016-5017/02.

53 VSRH: Gr- 353/01 - INF-N 5023/02.

54 VSRH: Gr-511/01 - INF-N 5028 /02.

55 VSRH: Gr-974/03 - INF-N 5307/05.

56 VSH: R-42/83 - SP 6/84-50.

57 VSH: R-275/83 - NZp 24/84-129.

je teritoriju parnični sud;<sup>58</sup> - je stranka zaposlena u parničnom sudu;<sup>59</sup> - je stranka odvjetnik s uredom u središtu nadležnog suda;<sup>60</sup> - je raspravni sudac pri poduzimanju procesnih radnja propustio voditi računa o potrebi da se postupak ne odugovlači;<sup>61</sup> - je tužitelju zbog loših materijalnih prilika teško putovati u sjedište nadležnog suda;<sup>62</sup> - je supruga jedne od stranaka sudac nadležnog suda;<sup>63</sup> - sud sporo rješava predmet ne pridržavajući se odredaba postupka;<sup>64</sup> - tuženica i njen punomoćnik na ročištima vrijeđaju tužitelja;<sup>65</sup> - stranka sumnja u objektivnost sudaca zato što je jedan od sudaca zet punomoćnika tuženika;<sup>66</sup> - je supruga jedne od stranaka zaposlena kao upravitelj sudske pisarnice;<sup>67</sup> - stranka sumnja u objektivnost vještaka pri davanju njegova nalaza i mišljenja;<sup>68</sup> - je stranka prije obnašala dužnost županijskog državnog odvjetnika za područje nadležnog suda;<sup>69</sup> - su kao stranke u postupku sudjelovali službenici općinskog i županijskog državnog odvjetništva s područja nadležnog suda;<sup>70</sup> je tužiteljica zaposlenica i ranije ravnateljica lokalnog Centra za socijalnu skrb koja učestalo kao stručna osoba sudjeluje u postupcima iz obiteljskih odnosa kod prvostupanskog suda, a koja je tužila radi naknade štete iz radnog odnosa taj Centar koji pruža sudu stručnu pomoć i sudjeluje gotovo svakodnevno u velikom broju postupaka te zaposlenika te iste pravne osobe;<sup>71</sup>

Izloženi stavovi zauzeti u judikaturi ne bi se smjeli smatrati pravilima kojih bi se najviši sudovi određene vrste trebali čvrsto držati – oni imaju značenje mogućih orijentira, indicija za ocjenu o postojanju razloga za svrhovitu delegaciju. Naime, odluka o prihvaćanju ili odbijanju inicijative za svrhovitu delegaciji u svakom se pojedinom slučaju treba temeljiti na specifičnim okolnostima toga slučaja, zbog čega su eventualne apodiktične generalizacije na temelju stavova zauzetih u judikaturi teško moguće.

### *3.3.5. Razgraničenje razloga za svrhovitu i nužnu delegaciju*

Time što i drugi važni razlozi mogu biti osnovom za svrhovitu delegaciju, ovaj se institut približio razlozima zbog kojih se (osobito nakon Novele 2003.) može pribjeći nužnoj delegaciji. Zato bi trebalo nastojati utvrditi kriterije za razgraničenje njihove primjene. Tu bi bila moguća barem dva interpretativna pristupa.

Prema jednom interpretativnom pristupu, crta razgraničenja trebala bi biti u

58 VSH: R-155/83 - NZp 23/84-161.

59 VSH: R-288/84 - SP 12/85-53.

60 VSRH: Gr-216/93 - IO 1994/282.

61 VSRH: Gr-143/93 - IO 1994/281.

62 VSRH: Gr-408/93 - IO 2/1995-120.

63 VSRH: Gr-184/98 - INF-N 4868-4869/00.

64 VSRH: Gr-261/98 - INF-N 4825/00.

65 VSRH: Gr-103/99 - INF-N 4876-4877/00.

66 VSRH: Gr-256/00 od 27. 6. 2000.

67 VSRH: Gr-282/00 - INF 4925/01.

68 VSRH: Gr-2/00 - INF-N 4962-4963/01.

69 VSRH: Gr1-576/02 - INF-N 5190/03.

70 VSRH: Gr1-613/02 - INF-N 5182.

71 VSRH: Gr1-94/15-2 od 3. ožujka 2015.

tome da razlozi koji bi dovodili do nemogućnosti postupanja suda koji je mjesno po zakonu nadležan, makar bi sami po sebi bili važni razlozi zbog kojih bi se moglo pribjeći i svrhovitoj delegaciji, ne bi mogli biti osnovom za takvu delegaciju - oni bi bili razlozi za nužnu delegaciju. Ovaj bi interpretativni pristup mogao biti omekšan stavom da bi se ipak i u slučajevima u kojima zbog određenih razloga sud ne bi mogao postupati, dakle u kojima bi bila ispunjena osnovna pretpostavka za nužnu delegaciju (67., v. *supra ad 2.4.*), moglo pribjeći svrhovitoj delegaciji. Tako bi, npr., u slučaju u kojemu bi se pokazalo da bi bilo opravdano mjesnu nadležnost prenijeti na sud koji se ne bi nalazio na području neposredno višeg suda, konkretno na području županijskog suda na čijem se području nalazi općinski sud koji ne može postupati u pojedinom predmetu, već na općinski sud koji se nalazi na području nekog drugog županijskog suda – trebalo pribjeći svrhovitoj delegaciji.

Prema jednoj drugoj interpretativnoj mogućnosti, u slučajevima u kojima bi koincidirali (interferirali) razlozi za nužnu i svrhovitu delegaciju trebalo bi optirati za onu od njih koja bi omogućavala da se u što potpunijom mjeri postigne ono što je pravozaštitni cilj svake od njih, odnosno općenito pružanje što kvalitetnije pravne zaštite, pravne zaštite koja bi jamčila što potpunije i uravnoteženije ostvarivanje temeljnih postupovnih postulata.

Kao drugi važni razlozi često se, kako to praksa pokazuje, javljaju razlozi koji, strogo uzevši, nisu motivirani procesnim oportunitetom, već i principijelnim razlozima, u prvom redu potrebom da se osigura veća razina objektivnosti u suđenju. Zato se i naziv svrhovita (svrsishodna)<sup>72</sup> delegacija koji indicira procesni oportunitet kao određujući razlog za takvu delegaciju, pokazuje nedovoljno preciznim.<sup>73</sup>

### *3.3.6. Stvarna nadležnost i sposobnost suda na koji bi delegaciju trebalo prenijeti da ispuni njezinu svrhu*

Sud na koji bi trebalo prenijeti nadležnost za rješavanje određenog spora treba biti stvarno nadležan za njegovo rješavanje. To znači da bi trgovački sud na koji bi trebalo prenijeti tu nadležnost trebao biti stvarno nadležan za rješavanje odnosnog spora. Tako, npr., mjesna se nadležnost sa Trgovačkog suda u Zagrebu za rješavanje nekog spora koji se odnosi na brodove i plovidbu na moru ne bi mogla prenijeti na Trgovački sud u Zadru jer ovaj sud nije stvarno nadležan za rješavanje te vrste sporova (*arg. ex 7.*, 8. ZPSS). Slično bi vrijedilo i kad treba delegirati žalbene predmete s jednog na drugi županijski sud (*arg. ex 4.*, 5. ZPSS).

Prigodom ocjene postoje li razlozi za delegaciju trebalo bi uzeti u obzir i kapacitet suda kojemu bi predmet trebalo delegirati, je li i kako je opterećen te bi li se prenošenjem nadležnosti na njega ostvarila svrha delegacije (v. i *infra ad 3.5.*).

72 V. bilj. 16.

73 Možda bi zato korektniji bio naziv delegacija mjesne nadležnosti iz važnih razloga. Ipak, s obzirom na ukorijenjenost naziva svrhovita delegacija i njegovu relativnu lapidarnost, taj bi izraz trebalo zadržati.



### 3.3.7. *Supsidijarnost svrhovite delegacije*

Delegacija u načelu ne bi bila potrebna u slučajevima u kojima bi se neke radnje zbog provedbe kojih se traži prenošenje cijelog predmeta mogle relativno jednostavno obaviti preko zamoljenog suda, odnosno koje bi svrhovitije mogao obaviti sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća (pa i vijeće) suda koji vodi postupak na području drugog suda (25.).

### 3.4. *Svrhovita delegacija i suđenje u razumnom roku*

Jedan od (impliciranih) ciljeva svrhovite delegacije bi, svakako, trebalo biti i osiguranje suđenja u razumnom roku. U tom bi se smislu ona, uz ispunjenje općih uvjeta za njezino određivanje, mogla koristiti i kad bi u pojedinim predmetima bilo potrebno osigurati takvo suđenje. Postizavanje suđenja u razumnom roku trebalo bi, međutim, biti i jedan od momenata o kojemu bi (uvijek) trebalo voditi računa prigodom vaganja razloga za donošenje odluke o prenošenju nadležnosti – moment koji bi u nekim slučajevima sam po sebi mogao biti od odlučujuće važnosti.

### 3.5. *Postupak*

#### 3.5.1. *Općenito*

Postupak u kojemu treba odlučiti o svrhovitoj delegaciji provodi se u četiri osnovna stadija: stadij donošenja odluke o predlaganju i podnošenja prijedloga, stadij odlučivanja o prijedlogu, stadij realizacije odluke o delegaciji i stadij postupka pred delegiranim sudom. Posljednja dva stadija ne provode se ako se prijedlog za delegaciju odbaci ili odbije.

Za vrijeme trajanja incidentalnog delegacijskog postupka, dakle, od podnošenja prijedloga za postavljanje zahtjeva za delegaciju ili od iniciranja *ex officio* toga postupka, do dostave odluke delegacijskog suda sudu koji ga je podnio kojim se prijedlog odbacuje ili odbija, odnosno do ustupanja predmeta delegiranom sudu, glavni se postupak ne prekida niti dolazi do njegovog zastoja (*arg. ex 212., 213., 215.a*) – on teče kao i u drugim slučajevima u kojima se otvaraju pitanja nenadležnosti ili sukoba o nadležnosti (15.-24., v. §§ ).

#### 3.5.2. *Donošenje odluke da se delegacija zatraži*

Svrhovitu delegaciju sud može predložiti *ex officio* ili na prijedlog stranke (68/1.).<sup>74 75</sup> Prijedlog može podnijeti jedna od stranaka, a mogle bi ga obje podnijeti zajednički ili konkurentno, s istim ili različitim argumentima. Pritom bi one mogle predložiti isti ili različiti sud kao sud na koji bi nadležnost trebalo prenijeti.

74 Prijedlog za delegaciju mogla bi kao tuženik, svakako, podnijeti i Republika Hrvatska, osobito stoga što može biti tužena u mjestu koje odgovara tužitelju (*arg. ex 48, 49.*)

75 Novelom 2003. je ograničeno pravo stranaka da traže izravno svrhovitu delegaciju jer se ono često zlorabilo u praksi. Prvostupanjski sud bi svakako trebao voditi računa i o tom momentu prigodom donošenja odluke o tome hoće li u povodu prijedloga stranke zatražiti delegaciju.

O prijedlogu stranke odnosno prijedlozima stranaka sud odlučuje rješenjem protiv kojega žalba nije dopuštena (68/2.), što znači da taj pravni lijek nije dopušten neovisno o tome je li rješenjem prijedlog prihvaćen ili odbijen.

Sud koji bi našao da bi *ex officio* valjalo predložiti delegaciju, trebao bi strankama, u pravilu, omogućiti da se o tome prethodno izjasne (*arg. ex 5., 7/3.*). Pružanje strankama mogućnosti da se izjasne o možebitnoj svrhovitoj delegaciji bilo bi osobito važno zato što se prenošenjem mjesne nadležnosti sa suda koji je po zakonu (ili na temelju sporazuma stranaka) mjesno nadležan na drugi sud može ugroziti ostvarivanje njenog prava da joj sudi sud čija je nadležnost utvrđena zakonom (v. *supra ad 3.4.*), odnosno njeno pravo na pravično suđenje. Naime, stranci bi moglo biti bitno otežanje ostvarivanje prava na sudjelovanje u postupku pred delegiranim sudom, npr. zbog veće udaljenosti, povećanih troškova, nego što bi joj to bilo pred sudom koji je po zakonu nadležan.

Sud bi odluku o tome da se delegacija predloži trebao donijeti ne samo kad bi o tome odlučivao u povodu inicijative stranke, već i kad bi ocijenio da to treba učiniti *ex officio*. Ta bi odluka imala značenje rješenja o upravljanju postupkom (278/2., 288/4., 311/5.), na što upućuje i okolnost da protiv njega žalba nije dopuštena (*arg. ex 68/2., 311/4., 343/2.*). Tu bi odluku trebalo strankama dostaviti zajedno s možebitnim prijedlogom za delegaciju: po pravilima o dostavi rješenja protiv kojih žalba nije dopuštena (343/2.).

### 3.5.3. *Prijedlog za svrhovitu delegaciju*

#### 3.5.3.1. *Stadij postupka u kojima se delegacija može predložiti*

Prijedlog za svrhovitu delegaciju može se podnijeti tek nakon što je postupak pred prvostupanjskim sudom pokrenut. Prije toga nema “pojednog predmeta” pred sudom koji je po zakonu mjesno nadležan, niti stranaka koje bi sudjelovale u postupku. Pored toga, prije nego što se tuženici u pokrenutom postupku o tome ne izjasne, nije moguće znati hoće li delegacija biti svrhovita. U tom smislu se izjasnila i judikatura.<sup>76</sup> Delegacija se ne može predložiti ni nakon što dođe do povlačenja tužbe jer ni tada nema “pojednog predmeta” u kojemu bi je trebalo zatražiti.<sup>77</sup> Iako je suđeno da se delegacija ne može tražiti nakon što je postupak pravomoćno završen,<sup>78</sup> treba uzeti da bi se ona mogla predložiti i u postupku u povodu prijedloga za ponavljanje postupka.

Stadij postupka u kojemu se koja od mogućih inicijativa za delegaciju poduzima i time uvjetovana razina “zrelosti” stvari za odluku u postupku pred nadležnim sudom, mogao bi biti relevantan za ocjenu njihove opravdanosti. Tako bi nakon zaključenja glavne rasprave bilo vrlo teško pronaći opravdane razloge za podnošenje prijedloga jer bi tada stvar u pravilu već bila zrela za donošenje odluke. Delegacija bi se mogla eventualno predložiti ako bi prvostupanjski sud preotvorio glavnu raspravu.

Županijski bi sud kao drugostupanjski delegaciju mogao predložiti tek nakon što bi mu predmet u povodu žalbe bio dostavljen te sve dok se o žalbi ne odluči.

76 VSH: R-174/72 - NZp 2/73-29; VSRH: Gr-266/00 - INF N 4939/01; VSRH: Gr-1034/01 - INF-N 5179/03.

77 VSRH: Gr-133/04 - INF-N-5287/04.

78 VSRH: Gr-497/97 - INF.N 4899/01.

### 3.5.3.2. Funkcionalna nadležnost za podnošenje prijedloga

Prijedlog za delegaciju u prvostupanjskom postupku podnosi sudac pojedinac koji postupak vodi ili predsjednik vijeća u stvarima u kojima sudi vijeće, na temelju odluke vijeća, a ne predsjednik suda kao kod nužne delegacije (v. *supra ad 2.5.*). Naime, riječ je o radnji u okviru konkretnoga postupka koji se može provesti, a ne o radnji u postupku koji se ne može provesti i kojom se traži povjeravanje predmeta sudu koji bi to mogao učiniti kao kod nužne delegacije. Slično bi i u žalbenom postupku prijedlog podnosili sudac pojedinac koji vodi taj postupak ili predsjednik vijeća ako se postupak provodi pred vijećem

### 3.5.3.3. Prijedlog za delegaciju

Prijedlog za svrhovitu delegaciju treba biti supstanciran. On treba sadržavati i “delegacijski zahtjev”, zahtjev da se donese odluka o delegaciji određenog sadržaja – uz odgovarajuće obrazloženje. Prijedlogu treba priložiti i spis jer on redovito sadrži podatke na temelju kojih se može formirati ocjena o stanju stvari, uključujući i zapisnike o izvedenim dokazima, odnosno same dokaze, npr. isprave.

U prijedlogu za delegaciju trebalo bi, u pravilu, naznačiti i sud na koji bi nadležnost trebalo prenijeti, jer ocjena o tome je li svrhovito delegirati nadležnost na neki drugi sud može se u pravilu donijeti samo uspoređivanjem uvjeta u kojima bi dva suda - onaj koji je po zakonu nadležan i onaj koji bi trebao postati nadležan - provela postupak. U prijedlogu bi se, eventualno, moglo naznačiti (indicirati) i dva ili više sudova na koje bi nadležnost trebalo prenijeti zato što bi svaki od njih postupak lakše proveo. Štoviše, iznimno, ako bi se delegacija tražila iz tzv. drugih važnih razloga, zapravo redovito iz razloga bliskih razlozima za tzv. relativno izuzeće (71.7.),<sup>79</sup> bilo bi dovoljno zatražiti delegaciju na bilo koji drugi nespecificirani stvarno nadležni sud i prepustiti najvišem sudu određene vrste da odluči o tome koji bi to sud bio.

Prijedlog za delegaciju, međutim, nema značenje formalnog akta kojim bi viši sud bio vezan u sadržajnom smislu. On bi zapravo imao značenje akta u povodu kojega bi viši sud bio dužan postupiti i odlučiti, ali sadržajem čijeg zahtjeva ne bi bio vezan u smislu da bi ga morao ili prihvatiti ili odbiti; viši bi sud, već prema slučaju, bio ovlašten odlučiti i *extra petita*, npr. predmet delegirati nekom drugom sudu umjesto predloženom.

Sud koji bi zatražio delegaciju ne bi bio vezan za svoju odluku o tome i svoj bi prijedlog mogao povući sve dok se o njemu ne bi odlučilo. Naime, ta je odluka o materijalnom upravljanju postupkom i zato sud njome nije vezan (*arg. ex 311/4., 343/3.*).

O supstanciranosti i time uvjetovanoj uvjerljivosti samog prijedloga bi, svakako, ovisilo i njegovo prihvaćanje.

<sup>79</sup> Prema odredbi članka 71. točke 7. ZPP sudac ne može obavljati sudačku dužnost ako postoje (druge) okolnosti koje dovode u pitanje njegovu nepristranost.

### 3.5.4. Podnošenje prijedloga i odlučivanje o prijedlogu

#### 3.5.4.1. Sud funkcionalno nadležan odlučivati o delegaciji

Prijedlog za delegaciju podnosi se najvišem sudu određene vrste (68/1.).

O prijedlogu za delegaciju odlučuje sudac pojedinac najvišeg suda određene vrste (68/1., 3.), dakle, ako delegaciju predloži općinski sud ili županijski sud, sudac pojedinac Vrhovnog suda,<sup>80</sup> a ako delegaciju predložio trgovački sud, Visoki trgovački sud kao najviši specijalizirani sud određene vrste.<sup>81</sup>

#### 3.5.4.2. Pribavljanje dopunskih izvješća i provedba izviđaja

Iako to nije izrijekom predviđeno, sud koji odlučuje o delegaciji ovlašten je zatražiti od suda koji je predložio delegaciju, ali i od suda na koji bi nadležnost trebalo prenijeti odgovarajuća izvješća, odnosno provedbu određenih izviđaja (*arg. per analogiam ex 360., 361., 399/1.*); on bi potrebne informacije mogao zatražiti i od neposredno višeg suda. Delegacijski sud bi mogao, ako ocijeni da je to potrebno, zatražiti od suda koji je predložio delegaciju ili, ako je delegaciju predložio viši sud, od prvostupanjskog suda da sasluša i stranke. Po potrebi, trebalo bi zatražiti i očitovanje suda na koji bi nadležnost trebalo prenijeti.

#### 3.5.4.3. Moment relevantan za odlučivanje o osnovanosti prijedloga

Za odlučivanje o prijedlogu relevantno je stanje stvari u vrijeme odlučivanja o prijedlogu, zapravo stanje stvari u vrijeme kad je delegacijski sud dovršio prikupljanje materijala na temelju kojega će odlučiti.

#### 3.5.4.4. Odlučivanje

Sudac pojedinac najvišeg suda određene vrste odluku o prijedlogu za delegaciju donosi u obliku rješenja jer je riječ o odluci procesnog karaktera (*arg. ex 129., 325.*).

Prijedlog treba odbaciti ako se ocijeni da nije dopušten zato što je delegaciju predložio sud koji na to (više) nije ovlašten, npr. prvostupanjski sud tijekom žalbenog postupka, ili sud koji je zatražio da se nadležnost prenese na njega sa suda koji je po zakonu nadležan; zatim, ako je predložena delegacija koja nije predviđena zakonom, npr. delegacija stvarne nadležnosti, delegacija suda koji bi odlučivao o reviziji,<sup>82</sup>

---

80 U ZS-u su općinski i županijski sudovi okvalificirani kao redovni sudovi, dok su trgovački sudovi i Visoki trgovački sudovi specijalizirani sudovi (14/1. ZS). Položaj Vrhovnog suda kao najvišeg suda nije posebno okvalificiran. Neovisno o tome, trebalo bi uzeti da je Vrhovni sud kao najviši sud i najviši sud za redovne sudove, budući da ne postoji poseban najviši redovni sud kao što je to propisano za trgovačke sudove kao specijalizirane sudove.

81 Za Visoki trgovački sud je izrijekom predviđeno da odlučuje o svrhovitoj delegaciji (24/2. ZS).

82 VSH: Gr-1/89, R-362/88 – PSP 41/92. Naime, o tom je pravnom lijeku isključivo funkcionalno nadležan odlučivati Vrhovni sud.

delegacija za poduzimanje pojedine parnične radnje u postupku,<sup>83</sup> itd. Ponovljeni<sup>84</sup> prijedlog za delegaciju treba također odbaciti ako se okolnosti na kojima se temelji nisu bitno izmijenile – bila bi riječ o presuđenoj incidentalnoj stvari. U istom bi sporu inače bilo moguće podnijeti i više sukcesivnih prijedloga za delegaciju – uz ispunjenje propisanih uvjeta.

Prigodom odlučivanja o prijedlogu trebalo bi voditi računa i o tome je li sud koji inicira delegaciju stvarno i mjesno nadležan te je li sud na koji treba prenijeti nadležnost stvarno nadležan. Naime, ako sud koji predlaže delegaciju nije (stvarno i/ili mjesno) nadležan, otklanjanje nadležnosti i upućivanje predmeta nadležnom sudu, ako za to još uvijek postoje procesne mogućnosti, ako nije došlo do prekluzije tog prava, treba ostvarivati primjenom pravila o postupanju u slučaju nenadležnosti (*arg. ex 17., 20., 21.*), a ne o delegaciji nadležnosti.

Prijedlog za delegaciju treba prihvatiti ako se utvrdi da postoje za to zakonom propisani razlozi (v. *supra ad 3.4.*).

Prijedlog za delegaciju treba odbiti ako razlozi zbog kojih je ona zatražena, sami po sebi, ne opravdavaju, po ocjeni delegacijskog suda, da se ona odredi (nekonkluzivnost prijedloga s obzirom na razloge), odnosno ako nisu učinjeni dostatno vjerojatnima.

Prigodom ocjenjivanja osnovanosti prijedloga delegacijski sud treba uzeti u obzir i “stvarnu” nadležnost suda kojemu bi predmet trebalo delegirati. Naime, budući da postoje trgovački sudovi sužene, standardne i proširene nadležnosti (*arg. ex 34.b ZPP, 7., 8. ZPSS, 43. ZA*), Visoki trgovački sud bi nadležnost smio prenijeti samo na trgovački sud koji je po zakonu stvarno nadležan suditi u konkretnom sporu. Analogno treba postupiti i Vrhovni sud prigodom prenošenja nadležnosti s jednog na drugi županijski sud (*arg. ex 34.a ZPP, 4., 5. ZPSS, 43. ZA, 219/2. ZR*).

Delegacijski sud svoju odluku izravno dostavlja sudu koji je delegaciju predložio (*arg. ex 398/1.*).

#### 3.5.4.5. *Isključenje pravnih lijekova*

Protiv rješenja o prijedlogu za delegaciju žalba nije dopuštena: prvo, stoga što je mogućnost žalbe protiv prvostupanijskih odluka Vrhovnoga suda posredno isključena time što uopće nije utvrđena (funkcionalna) nadležnost toga suda za odlučivanje o takvom pravnom lijeku protiv vlastitih prvostupanijskih odluka (*arg. ex 34.d/1.*), te zatim time što uopće nije predviđeno u kakvom bi sastavu on odlučivao u takvom slučaju (*arg. ex 44., v.*); drugo, *per analogiam, arg. a cohaerentia, a completudine*,

83 Naime, zahtjev za obavljanje pojedine pravne radnje može se izravno podnijeti za to nadležnom sudu kao zamoljenom sudu (224.). Uostalom pojedinu radnje može i nadležni sud obaviti na području drugog suda (25.).

84 Tako bi trebalo razumjeti i judikat (VSRH: Gr-1-262/02 - INF-N 5106/03.) donesen prije Novele 2003. kojom je reformiran institut svrhovite delegacije, prema kojemu bi sud koji je ovlašten odlučivati o delegaciji trebao odbaciti ponovni prijedlog stranke utemeljen na neizmijenjenim okolnostima. Naime, prije Novele 2003. o delegaciji se izravno odlučivalo i u povodu prijedloga stranke; nakon te novele sud pred kojim je postupak u tijeku odlučuje hoće li je u povodu prijedloga stranke zatražiti (68/1., 2.).

zato što žalba nije dopuštena ni protiv prvostupanjskih odluka Vrhovnoga suda kad odlučuje o sukobu nadležnosti (*arg. ex 24/3.*).

### *3.5.5. Postupak pred sudom koji je predložio delegaciju nakon donošenja odluke o prijedlogu*

Postupanje suda koji je delegaciju predložio nakon što mu se dostavi odluka o prijedlogu ovisi o sadržaju te odluke. U povodu negativne odluke, odluke o odbacivanju ili odbijanju prijedloga, taj je sud dužan nastaviti postupak, dok u povodu pozitivne odluke, predmet treba ustupiti sudu na koji je nadležnost prenesena – uz odgovarajuću primjenu pravila o postupanju u povodu pravomoćnog rješenja kojim se sudovi oglašavaju nenadležnima (21.). U svakom je slučaju dužan primjerak odluke dostaviti strankama.

### *3.5.6. Postupak pred sudom na koji je nadležnost prenesena*

Sud na koji je nadležnost prenesena dužan je, u nedostatku posebnih odredaba o tome, postupiti kao kad mu predmet ustupi sud čija je nenadležnost pravomoćno utvrđena (22.). Pritom, budući da je sud koji odlučuje o delegaciji kao zajednički viši sud istodobno ovlašten rješavati i sukob o nadležnosti između suda čija je nadležnost prenesena i suda na koji je ona prenijeta, odnosno viši sud tom sudu, sud na koji je nadležnost prenesena vezan je tom odlukom. (*Arg. per analogiam ex 22/3.*)

Delegirani je sud ovlašten predložiti nužnu ili svrhovitu delegaciju ako se za to naknadno ispune uvjeti koji su propisani za te delegacije.

## **3.6. Problem nenadležnosti delegiranog suda i izazivanje sukoba o nadležnosti**

U postupku pred delegiranim sudom mogao bi se po općim pravilima istaknuti prigovor apsolutne ili stvarne nenadležnosti. To bi osobito vrijedilo u slučaju u kojemu bi se o prijedlogu za delegaciju odlučilo bez prethodne konzultacije obiju stranaka. U načelu bi, ipak, trebalo uzeti da odluka o delegaciji implicira stav o postojanju i jurisdikcije hrvatskih sudova kao i stav da je delegirani sud stvarno nadležan, stav koji bi, svakako, po općim pravilima bilo moguće dovesti u pitanje.

## **4. ORDINACIJA MJESNE NADLEŽNOSTI**

### **4.1. Općenito**

Ordinacija mjesne nadležnosti<sup>85</sup> je jedna od metoda određivanja mjesno nadležnog suda u pojedinom sporu, metoda kojoj se pribjegava kada je za suđenje nadležan sud u Republici Hrvatskoj, ali se prema pravilima o mjesnoj nadležnosti<sup>86</sup> ne

85 O terminu ordinacija usp. TRIVA-DIKA, *op. cit.*, 284.

86 Iako prema odredbi članka 69. ZPP ordinaciji treba pribjeći ako se prema odredbama ZPP-a ne može utvrditi koji je stvarno nadležni sud mjesno nadležan, mjesta primjeni ovog instituta ima

može utvrditi koji je sud mjesno nadležan: u takvom slučaju Vrhovni sud Republike Hrvatske, na prijedlog stranke, određuje koji će stvarno nadležni sud biti mjesno nadležan (*arg. ex 69.*). Dakle, ordinacija mjesne nadležnosti jest određivanje mjesne nadležnosti od strane Vrhovnog suda Republike Hrvatske u pojedinom predmetu za suđenje u kojemu postoji jurisdikcija hrvatskih sudova, ali u kojemu se, na temelju pravila o mjesnoj nadležnosti, ne može utvrditi sud koji je mjesno nadležan (*arg. ex 69.*).<sup>87</sup>

Riječ je o još jednom podnormiranom institutu, što izaziva i čitav niz ozbiljnih pitanja pri njegovoj interpretaciji.

Ključno od tih pitanja tiče se pravozaštitnog cilja i s time povezanim učincima ordinacije. Pitanje je, naime, ima li ordinacija za cilj samo individualizirati sud kojem će se moći podnijeti tužba i u postupku pred kojim će se, zatim, po općim pravilima o tome, moći iznova otvoriti sva pitanja nadležnosti, ili je njezin pravozaštitni cilj definitivno riješiti pitanje jurisdikcije, stvarne i mjesne nadležnosti u pojedinom predmetu, barem s obzirom na početnu fazu postupka. Svaka od naznačenih solucija zahtijeva i odgovarajuće uređenje postupka u povodu prijedloga za ordinaciju i učinaka odluke koja bi se u njemu donijela. Jedno od daljnjih pitanja koje se nameću glede ovog instituta jest treba li uz prijedlog za ordinaciju priložiti i tužbu ili je odluku o tome prepuštena tužitelju. Povezano s ovim pitanjem jest i pitanje pravnih učinaka podnošenja prijedloga za ordinaciju uz koji tužba nije priložena, odnosno pitanje momenta na koji se u tom slučaju odnose pravni učinci pokretanja postupka pred sudom čija je mjesna nadležnost određena – je li to moment podnošenja prijedloga ili moment podnošenja tužbe ordiniranom sudu. Itd.

Praktično je značenje instituta ordinacije zapravo malo, na što ukazuje i relativno oskudna judikatura. Njegova će praktična važnost biti dodatno smanjena nakon stupanja na snagu novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu (NN 101/17; ZMPP; v. i *infra ad 4.2.2.3.*).<sup>88</sup>

## **4.2. Pretpostavke za ordinaciju mjesne nadležnosti**

### **4.2.1. Vrste pretpostavki**

Da bi Vrhovni sud ordinirao mjesnu nadležnost u određenom sporu, potrebno je da budu ispunjene dvije posebne kategorije pretpostavaka. O (pozitivnim i negativnim) pretpostavkama prve kategorije ovisi formiranje stava Vrhovnog suda o tome treba li uopće donijeti odluku o ordinaciji u konkretnom sporu, dok o pretpostavkama druge kategorije ovisi sam izbor stvarno nadležnog suda koji će biti mjesno nadležan.

Prvu kategoriju čine četiri pretpostavke, od kojih su tri kompetencijske meritorne pretpostavke, i to dvije pozitivne, a jedna negativna, dok je četvrta posebna pozitivna

---

samo onda kada se uopće na temelju pravila o mjesnoj nadležnosti, neovisno o tome u kojem se hrvatskom zakonu nalaze, ne može utvrditi koji je stvarno nadležni sud mjesno nadležan.

87 Ovaj institut nije izmijenjen nakon preuzimanja ZPP-a 1991., kada su riječi Vrhovni sud Jugoslavije zamijenjene riječima Vrhovni sud Hrvatske. Novelom iz 1992. je samo riječ "stepen" zamijenjena riječju "stupanj".

88 ZMPP treba stupiti na snagu 29. siječnja 2019.

procesna pretpostavka:

(1) za suđenje u sporu treba biti nadležan sud u Republici Hrvatskoj (v. *infra ad* 4.2.2.),<sup>89</sup>

(2) mora se znati sudovi koje su vrste i, eventualno, ranga za to stvarno nadležni (v. *infra ad* 4.2.3.),

(3) ne smije se moći na temelju pravila o mjesnoj nadležnosti utvrditi koji je sud mjesno nadležan (v. *infra ad* 4.2.4),

(4) tužitelj treba podnijeti prijedlog za ordinaciju (v. *infra ad* 4.2.5.).

Druga i treća navedena pretpostavka ove kategorije tiču se stvarne i mjesne nadležnosti prvostupanjskog suda. Do potreba za ordinacijom sudova višeg stupnja u pojedinom postupku ne može doći. Situacija u kojoj funkcionalno (stvarno i mjesno) nadležni drugostupanjski sud ne može postupati ne rješava se ordinacijom, već nužnom delegacijom nadležnosti (v. *supra ad* 2.6.).

Drugu kategoriju čine ove pretpostavke:

(1) sud čija će se nadležnost ordinirati treba biti stvarno nadležan (v. *infra ad* 4.2.3.1.),

(2) taj sud treba, *prima facie*, ispunjavati zahtjev da će suđenje obaviti pravično i u razumnom roku (v. *infra ad* 4.2.3.2.),

(3) njegov izbor treba obaviti slijedeći bitne pravopolitičke zasade na kojima se temelje zakonska pravila o mjesnoj nadležnosti (v. *infra ad* 4.2.3.2.) – taj izbor ne smije biti izraz puke arbitrarnosti ordinacijskog suda ili se isključivo zasnivati na razlozima pravosudnog oportuniteta.

Pored navedenih pretpostavaka trebaju biti ispunjene i standardne procesne pretpostavke o kojima ovisi dopuštenost ordinacije.

#### 4.2.2. *Pretpostavke o kojima ovisi odluka o potrebi ordinacije*

##### 4.2.2.1. *Jurisdikcija*

Postojanje jurisdikcije hrvatskih sudova, prvu kompetencijsku meritornu pretpostavku za određivanje ordinacije, moguće je utvrditi na temelju pravila koja utvrđuju granice jurisdikcije tih sudova u parničnom postupku, posebno na temelju pravila o tzv. internoj jurisdikciji i/ili pravila o njihovoj međunarodnoj nadležnosti (27.).

Ustavnu osnovu za utvrđenje jurisdikcije hrvatskih sudova u građanskopravnim stvarima predstavlja odredba članka 29. stavka 1. URH, koja svakome jamči pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči, uz ostalo, o njegovim pravima i obvezama. Ova je odredba razrađena odredbom članka 3. stavka 2. ZS, prema kojoj sudovi, uz ostalo, odlučuju u sporovima o temeljnim pravima i obvezama čovjeka, o pravima i obvezama Republike Hrvatske i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te o pravima i obvezama drugih pravnih osoba, rješavaju sporove o osobnim odnosima građana, radne, trgovačke, imovinske i druge građanskopravne sporove te odlučuju u drugim pravnim stvarima kad je to

89 Tako i VSRH: Gr-316/97 - INF-N 5076-5077/02.



zakonom određeno. Ta je odredba primjerena parničnom postupku odredbom članka 1. ZPP, koja propisuje da se tim zakonom uređuju pravila postupka na temelju kojih sud raspravlja i odlučuje u sporovima o osnovnim pravima i obvezama čovjeka i građanina, o osobnim i obiteljskim odnosima građana te u radnim, trgovačkim, imovinskim i drugim građanskopravnim sporovima, ako zakonom nije za neke od tih sporova određeno da u njima sud rješava po pravilima kojega drugog postupka. Granice jurisdikcije hrvatskih sudova u parničnom postupku, postavljene navedenom odredbom članka 1. ZPP, dopunski su razrađene pravilima toga zakona o stvarnoj nadležnosti sudova u tom postupku (34.-34d.), a svakako i pravima drugih zakona o takvoj nadležnosti. U sporovima s međunarodnim obilježjem za utvrđivanja granica jurisdikcije hrvatskih sudova mjerodavne su odredbe drugih domaćih zakona i međunarodnih sporazuma o međunarodnoj nadležnosti hrvatskih sudova, ali i norme odgovarajućih akata Europske unije.

#### 4.2.2.2. *Stvarna nadležnost*

Utvrđenje sudovi koje su vrste i, eventualno, ranga stvarno nadležni suditi u prvom stupnju u konkretnom sporu (druga kompetencijska meritorna pretpostavka iz prve kategorije pretpostavki za određivanje ordinacije – v. *supra ad* 4.2.1.) je važno zato što o vrsti sudova koji su stvarno nadležni u prvom stupnju može ovisiti provjera je li ispunjena i treća, negativna, kompetencijska meritorna pretpostavka za određivanje ordinacije – da na temelju pravila o mjesnoj nadležnosti nije moguće utvrditi koji je od stvarno nadležnih sudova mjesno nadležan (v. *supra ad* 4.2.1.). Naime, pravila o mjesnoj nadležnosti sudova u parničnom postupku pred trgovačkim sudovima mogu se djelomično razlikovati od onih koja vrijede za određivanje mjesne nadležnosti u parničnom postupku pred općinskim sudovima itd. (*arg., inter alia, ex* 492.), pa zato u kauzalno istovrsnom sporu mogućnost utvrđenja mjesne nadležnosti može ovisiti o tome sudovi koje su vrste stvarno nadležni.

U slučajevima u kojima postoji jurisdikcija hrvatskih sudova, stvarno se nadležni sud može uvijek utvrditi: ako se po pravilima o stvarnoj nadležnosti ne može utvrditi koji je sud određne vrste i ranga stvarno nadležan, nadležan će biti općinski sud kao opće stvarno nadležan (*arg. ex* 34/2. ZS).

#### 4.2.2.3. *Nemogućnost da se utvrdi sud koji je mjesno nadležan*

Treća, negativna, kompetencijska meritorna pretpostavka za donošenje odluke o potrebi ordinacije, dakle, da se na temelju zakonskih pravila o mjesnoj nadležnosti ne može utvrditi koji je od stvarno nadležnih sudova mjesno nadležan, može biti ispunjena u slučajevima u kojima za određeni spor ne bi postojala posebna pravila o mjesnoj nadležnosti, odnosno, ako bi i postojala, da se ne bi mogla primijeniti na konkretni spor, a mjesno se nadležni sud ne bi mogao utvrditi ni po pravilima o općoj mjesnoj nadležnosti.<sup>90</sup> Naznačena bi nepodudarnost kriterija za utvrđivanje međunarodne i

<sup>90</sup> Jedan od primjera u kojemu bi moglo doći do potrebe za ordinacijom mjesne nadležnosti ticao bi se zasnivanje nadležnosti hrvatskih sudova za tzv. materijalne suparničare (196/1.1.

mjesne nadležnosti mogla biti prevladana nakon što stupi na snagu ZMPP. Naime, prema odredbi članka 59. ZMPP, ako se mjesna nadležnost suda Republike Hrvatske neće moći zasnovati primjenom posebnih zakona, ona će se određivati odgovarajućom primjenom odredaba ZMPP-a o međunarodnoj nadležnosti, a ako se mjesna nadležnost ni tako neće moći zasnovati, mjesno će biti nadležan sud u Zagrebu.<sup>91</sup>

#### 4.2.2.4. Prijedlog za ordinaciju

Pozitivna procesna pretpostavka za donošenje odluke o tome je li potrebna ordinacija jest prijedlog potencijalnog tužitelja Vrhovnom sudu da donese takvu odluku. O ordinaciji se, naime, ne odlučuje po službenoj dužnosti.

O sadržaju prijedloga i mogućnosti da uz njega bude podnesena i tužba v. *infra ad* 4.3.1.-3.3.

#### 4.2.3. Dopunske pretpostavke za ordiniranje određenog suda

##### 4.2.3.1. Formalna pretpostavka

Jedina dopunska formalna pretpostavka koja treba biti ispunjena prigodom individualiziranja suda čija će se nadležnost ordinirati jest da taj sud bude stvarno nadležan. Inzistiranje na ovoj pretpostavci je osobito važno u onim slučajevima u kojima postoje sudovi nominalno iste vrste i ranga ali različite stvarne nadležnosti. Zato Vrhovni sud prigodom ordinacije trgovačkog suda koji će biti mjesno nadležan u

---

ZPP). Naime, međunarodna nadležnost hrvatskih sudova za materijalne suparničare postoji i kad jedan od tuženika ima prebivalište odnosno sjedište u Republici Hrvatskoj (46/4. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, NN 53/91, 88/01; ZRSZ). Pritom nije bitno nalaze li se oni međusobno u odnosu glavnih ili sporednih obveznika – u svim slučajevima materijalnog suparničarstva dolazi do atrakcije međunarodne nadležnosti hrvatskih sudova čim takva opća nadležnost hrvatskih sudova postoji za jednog od njih. To znači da bi se međunarodna nadležnost hrvatskih sudova mogla zasnovati i za glavne suobveznike zato što postoji za kojeg od sporednih. Budući da u tom slučaju ne bi za glavne suobveznike moglo doći i do atrakcije mjesne nadležnosti suda koji je tako nadležan za nekog od sporednih (*arg. ex* 50/1. ZPP), tužitelj bi, da bi pred sudom koji je mjesno nadležan za tog sporednog suobveznika mogao tužiti i glavne, morao zatražiti od Vrhovnog suda da ordinira nadležnost toga suda (69.). Opisana je situacija posljedica okolnosti da međunarodna i mjesna nadležnost nisu određene prema simetričnim atrakcijskim kriterijima. Zbog takve nepodudarnosti potreba za ordinacijom može nastati u bračnim sporovima (61., 63. ZRSZ, 54. ZPP), u sporovima za utvrđivanje ili osporavanje očinstva ili majčinstva (64. ZRSZ, 55. ZPP), itd. U jednom izvanparničnom predmetu radi proglašenja nestale osobe za umrlu suđeno je da zahtjev za ordinaciju nije osnovan zbog nedostatka jurisdikcije jer osobe čije se proglašenje za umrlu traži nije na području Republike Hrvatske imao svoje prebivalište niti je bio njezin državljanin, a nije umro na njezinom teritoriju (78/1., 2. ZRSZ) (VSRH: Gr. Broj: Gr1 383/08-2 od 18. prosinca 2008.). U jednom sličnom slučaju i VSRH: Gr1 382/08-2 od 27. studenoga 2008. U jednom ovršnom predmetu odbijen je prijedlog za ordinaciju jer je ocijenjeno da se na temelju pravila o određivanju mjesno nadležnog suda može utvrditi koji je sud mjesno nadležan (VSRH: Broj: Gr1-127/12-2 od 29. ožujka 2012.).

91 Treba primijetiti da zakonopisci ZMPP-u nisu uzeli u obzir okolnost da u Zagrebu postoje tri općinska suda (*arg. ex* 2/XII., XV. ZPSS).

određenom pomorskom sporu mora voditi računa o tome da to bude jedan od četiriju trgovačkih sudova koji su nadležni za rješavanje takvih sporova, dakle, izabrati između trgovačkih sudova u Osijeku, Rijeci, Splitu i Zagrebu (*arg. ex 8. ZPSS*).

#### *4.2.3.2. Materijalni kriteriji za izbor suda čija će se mjesna nadležnost ordinirati*

Prigodom opredjeljenja između više potencijalno mjesno nadležnih sudova iste stvarne nadležnosti treba voditi računa i o tome da izabrani sud, s jedne strane, *prima facie*, jamči da će se suđenje obaviti pravično i u razumnom roku (*arg. ex 29/1. URH, 4/2. ZS, 10/1. ZPP*), a, s druge strane, da njegov izbor bude obavljan slijedeći bitne pravopolitičke zasade na kojima se temelje zakonska pravila o mjesnoj nadležnosti, voditi računa i o tome da taj izbor ne smije biti izraz puke arbitrarnosti ili se zasnivati na razlozima pukog pravosudnog oportuniteta. To znači da prigodom donošenja odluke o ordinaciji treba uzeti, između ostaloga, u obzir vrstu spora (u subjektivnom, objektivnom i vrijednosnom smislu) te ocijeniti koji bi od kriterija impliciranih u zakonskim pravilima o mjesnoj nadležnosti bili što primjereniji za obavljanje tog izbora u konkretnom slučaju. Kao orijentir bi, međutim, svakako mogli poslužiti i kriteriji propisani za svrhovitu delegaciju: ordinirani sud treba biti sud koji će (očito) (naj)lakše provesti postupak ili sud za čije ordiniranje postoje drugi važni razlozi (*arg. ex 68/1., v. supra ad 2.4.*): ordinacija je zapravo jedan specifični oblik delegacije nadležnosti.<sup>92</sup>

Razlika prema nužnoj i svrhovitoj delegaciji bila bi u tome što se kod te dvije delegacije znade koji je sud mjesno nadležan, ali se iz odgovarajućih razloga mjesna nadležnost prenosi s tog suda na drugi sud, dok se kod ordinacije znade da postoji jurisdikcija hrvatskih sudova pa se, zato što se na temelju zakonskih pravila o mjesnoj nadležnosti ne može utvrditi koji je od stvarno nadležnih sudova mjesno nadležan u pojedinom slučaju, između svih potencijalno mjesno nadležnih određuje onaj kojemu će takva nadležnost biti povjerena.

### **4.3. Ordinacijski postupak**

#### *4.3.1. Prijedlog za ordinaciju*

Postupak za ordinaciju mjesne nadležnosti pokreće se prijedlogom “stranke” (69.), po prirodi stvari, potencijalnog tužitelja, ako uz prijedlog za ordinaciju tužba nije podnesena, odnosno tužitelja ako je to učinjeno. Smisao je, naime, ordinacije da se odredi koji će od stvarno nadležnih sudova biti mjesno nadležan za konkretni spor kako bi se tom sudu tužbu mogla podnijeti (proslijediti).

Pored onoga što treba sadržavati svaki podnesak (106.), u prijedlogu treba supstancirati sam spor uključujući i pravnu zaštitu koja se namjerava tražiti (ili traži u priloženoj tužbi) pred sudom čija će se mjesna nadležnost ordinirati. Zatim bi

92 To bi odgovaralo i dvojakom značenju riječi delegacija, delegiranje, delegirati kao prenošenja nečega s nekoga na nekog drugog, ali i kao davanje ovlasti nekome za nešto. Usp.: KLAIĆ, Rječnik stranih riječi, 1990., 271., 272.; Rječnik hrvatskog jezika, Leksikografskog zavoda Miroslav Krleža i Školske knjige, 2000., 166.

trebalo supstancirano ustvrditi da postoji nadležnost hrvatskih sudova za suđenje u konkretnom sporu, da su za to stvarno nadležni sudovi određene vrste i ranga, ali da se na temelju pravila o mjesnoj nadležnosti ne može utvrditi koji bi od tih sudova bio mjesno nadležan. U prijedlogu je dovoljno uopćeno zatražiti da Vrhovni sud odredi stvarno nadležni sud koji će biti mjesno nadležan. U prijedlogu se može naznačiti sud koji bi trebalo ordinirati kao mjesno nadležni sud, ali ordinacijski sud nije vezan takvim prijedlogom. Prijedlog bi trebao biti potkrijepljen i odgovarajućim (likvidnim) dokazima – o tome bi mogla ovisiti ocjena o njegovoj osnovanosti.

Prijedlog za ordinaciju se izravno podnosi Vrhovnom sudu (*arg. ex 68.*) jer stranka koja ga podnosi ne zna kojem bi prvostupanjskom sudu mogla podnijeti tužbu.

#### 4.3.2. Podnošenje tužbe uz prijedlog za ordinaciju

U Zakonu nije izriekom riješeno pitanje treba li tužitelj uz prijedlog podnijeti i tužbu.

U teoriji je izražen stav da bi se tužba podnosila tek nakon što bi potencijalni tužitelj primio rješenje o ordinaciji jer da se prije toga ne zna kojem bi je sudu trebalo podnijeti.<sup>93</sup> Međutim, u prilog stavu da bi tužbu trebalo priložiti već uz prijedlog za ordinaciju, pored pragmatičnog razloga da se Vrhovni sud može najbolje upoznati s prirodom spora u vezi s kojim treba odlučiti o tom prijedlogu tek ako raspolaže tužbom kojom se pokreće postupak za rješenje toga spora (činjenično i pravno supstanciranu, s određenim tužbenim zahtjevom), govore i drugi nezanemarivi razlozi. Prvo, samo ako se tužba podnese uz prijedlog za ordinaciju, moći će se prigodom odlučivanja o tom prijedlogu primijeniti pravilo da se nadležnost ocjenjuje na temelju navoda u tužbi i činjenica koje su sudu poznate (15/2.), jer Vrhovni sud s obzirom na okolnosti koje postoje u tom momentu treba, odlučujući o tom prijedlogu, utvrditi postoji li jurisdikcija domaćih sudova te, ako nađe da postoji, može li se ili ne može na temelju pravila o mjesnoj nadležnosti utvrditi koji je od stvarno nadležnih sudova mjesno nadležan. Drugo, time se omogućava potencijalnom tužitelju da pravodobnim pokretanjem postupka izazove pravne posljedice koje se uz to vežu. Naime, ako bi tužitelj morao čekati da Vrhovni sud odluči o njegovu prijedlogu i tek onda podnijeti tužbu ordiniranom sudu, mogle bi ga pogoditi štetne posljedice prekluzije prava na podnošenje tužbe (282/2.), zastare, itd.<sup>94</sup> Treće, samo tako će biti moguće ostvariti koincidenciju kompetencijsko relevantnog činjeničnog stanja za odlučivanje o prijedlogu za ordinaciju i za ocjenu o postojanju uvjeta za zasnivanje mjesne nadležnosti određenog stvarno nadležnog suda. Budući da su za ocjenu nadležnosti (u pravilu) mjerodavne okolnosti koje su postojale u vrijeme podnošenja tužbe sudu (*arg. ex 15/3.*) (*perpetuatio fori*), Vrhovni sud, odlučujući o prijedlogu za ordinaciju, mora moći provjeriti postoje li pretpostavaka za jurisdikciju, stvarnu

93 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 284.

94 Tužitelj ne bi smio biti izložen riziku da snosi štetne posljedice okolnosti da mu zakonska pravila o nadležnosti ne omogućavaju da utvrdi sud kome će podnijeti tužbu. Sve ovo svakako uz pretpostavku da se, ako se prihvati kritizirano shvaćanje, ne prihvati i stajalište da bi se u takvim slučajevima smatralo da je postupak pokrenut podnošenjem zahtjeva za ordinaciju, za što, međutim, nema određenog uporišta u Zakonu (v., međutim, *infra ad 4.3.3.*).

i mjesnu nadležnost s obzirom na isti moment s obzirom na koji se one općenito utvrđuju u postupku.

U tužbi koju bi tužitelj priložio uz prijedlog za ordinaciju po prirodi stvari ne bi mogao biti individualiziran sud koji bi bio mjesno nadležan za suđenje u prvom stupnju. Njega bi svojim rješenjem individualizirao Vrhovni sud.

Podnošenjem tužbe ordinacijskom sudu uz prijedlog za ordinaciju pokretao bi se i parnični postupak u konkretnoj pravnoj stvari (*arg. ex* 185.). Uz takvo bi se podnošenje tužbe vezali i svi učinci njezina podnošenja.

Ako Vrhovni sud prihvati prijedlog i donese rješenje o ordinaciji, ordiniranom bi sudu kao mjesno nadležnom trebao proslijediti primljenu tužbu. Ako bi utvrdio da se može utvrditi sud koji je mjesno nadležan, trebao bi odbiti prijedlog za ordinaciju, ako tužba ne bi bila priložena uz taj prijedlog, ili odbiti prijedlog za ordinaciju i tužbu proslijediti sudu koji je mjesno nadležan ili jednom od elektivno nadležnih sudova. Trebalo bi, naime, uzeti da prijedlog za ordinaciju ovlašćuje Vrhovni sud i za izbor između više elektivno (konkurentno) mjesno nadležnih sudova.

#### *4.3.3. Učinci prijedloga uz koji tužba nije priložena*

Ako se prihvati stajalište da se tužba ne treba podnijeti uz prijedlog za ordinaciju, već da će o dispoziciji tužitelja ovisiti hoće li je i kada naknadno podnijeti ordiniranom sudu, bilo bi nužno odgovoriti na pitanje kakvi bi u tom slučaju bili učinci podnošenja prijedloga za ordinaciju, ali i na pitanje kad bi se u takvom slučaju smatralo da je postupak pokrenut i da su nastupili i koji pravni učinci njegova pokretanja – u momentu podnošenja prijedloga za ordinaciju, u momentu donošenja rješenja o ordinaciji ili u momentu podnošenja tužbe. Ako se prihvati stav da bi se i razmatranom slučaju postupak pokretao tek naknadnim podnošenjem tužbe, u načelu bi tek tim momentom nastupale pravne posljedice njenog podnošenja, između ostaloga i prekid raznih prekluzivnih i zastarnih rokova. Taj bi moment trebao biti relevantan i za naknadno prosuđivanje nadležnosti, apsolutne, stvarne i mjesne, jer bi se odluka kojom je ordinacija određena odnosila na podnošenju tužbe prethodećem momentu, između kojeg bi momenta i momenta podnošenja tužbe moglo proteći dosta vremena.<sup>95</sup> Ako se, međutim, prihvati stav da bi se uz podnošenje prijedloga za ordinaciju vezali pravni učinci pokretanja postupka, zapravo učinci podnošenja tužbe, do kojeg bi se stava dolazilo generalizacijom pravila po kojemu se zastara prekidala “svakom drugom vjerovnikovom radnjom poduzetom protiv dužnika pred sudom (...) radi utvrđivanja, osiguranja ili ostvarivanja tražbine” (241. ZOO), stava koji bi implicirao da prijedlog za ordinaciju ima značenje takve radnje, tada bi morali pristati

<sup>95</sup> Upravo se zato, ako se prihvati stav da tužbu ne bi trebalo podnositi uz prijedloga za ordinaciju, moglo postaviti pitanje o roku u kojemu bi nakon donošenja odluke o ordiniranju mjesno nadležnog suda trebalo tom sudu podnijeti tužbu. Naime, stav da bi jednom ordinirani sud “zauvijek” bio mjesno nadležan protivio bi se realitetu da se nadležnost prosuđuje i određuje s obzirom na određeni moment u razvitku odnosa pravnih subjekata, ali i “života pravnog poretka”. Naime, nakon što bi mjesno nadležan sud bio ordiniran mogli bi se izmijeniti zakoni s obzirom na koje je odlučeno o prijedlogu za ordinaciju, pa bi se zato moglo iznova postaviti pitanje o opravdanosti ordinacije.

ne samo na to da je podnošenjem toga prijedloga došlo do prekida tijekom prekluzivnih i zastarnih rokova, već i da je postupak općenito pokrenut, čije će aktualiziranje, ipak, ovisiti o tome hoće li i kada tužitelj zaista podnijeti tužbu. Takvo bi rješenje svakako zahtijevalo da se na odgovarajući način njemu primjeri i pravni položaj tuženika – i on bi se morao moći koristiti posljedicama stava da bi se smatralo da je postupak pokrenut podnošenjem prijedloga za ordinaciju, i njemu bi trebalo dopustiti da u povodu takva prijedloga, osobito ako bi mu se dostavio radi očitovanja (v. *infra ad* 4.3.4.), postupi kao u povodu tužbe koja mu je dostavljena na odgovor – barem u pogledu pitanja jesu li ispunjene pretpostavke za ordinaciju.<sup>96</sup>

Ako bi se zauzeo stav da bi se uz prijedlog za ordinaciju vezali (neki) pravni učinci podnošenja tužbe sudu, trebalo bi zauzeti i stav o tome u kojem bi roku tužitelj trebao podnijeti tužbu nakon što bi mu bilo dostavljeno rješenje kojom bi ordinacija bila određena. Trebalo bi, čini se, zauzeti stav da bi to bio dužan učiniti u roku od najkasnije tri mjeseca (*arg. per analogiam, a cohaerentia ex* 242., 243. ZOO).<sup>97</sup>

Svi naznačeni problemi ne bi se nametali ako bi se prihvatio stav da bi tužitelj uz prijedlog za ordinaciju bio dužan podnijeti i tužbu. Prihvatanjem takva stava uspostavila bi se bitna ravnoteža pravne pozicije tužitelja i tuženika u postupku u kojemu treba ordinirati mjesnu nadležnost.

#### 4.3.4. Kontradiktornost ordinacijskog postupka

U Zakonu nije izriječno riješeno pitanje treba li prijedlog za ordinaciju, prije nego što se o njemu odluči, dostaviti potencijalnom tuženiku na odgovor. Zbog toga bi glede toga trebalo postupiti po općim pravilima, što će, opet, ovisiti o stavu koji će se zauzeti o tome treba li uz prijedlog za ordinaciju priložiti i tužbu, odnosno, ako je ne treba priložiti, kakvi bi bili učinci odluke o ordinaciji.

U načelu, prije donošenja odluke o prijedlogu za ordinaciju, protivnoj bi stranci trebalo omogućiti da se o njemu izjasni (5/2.) – dostavom prijedloga zajedno s tužbom s pozivom da se očituje samo o prijedlogu za ordinaciju, odnosno dostavom samo

96 Ako bi se tuženiku prijedlog za ordinaciju koji bi se smatrao aktom kojim se postupak pokreće dostavljao radi očitovanja u pogledu postojanja pretpostavaka za ordinaciju, očitovanja koje bi imalo značenje ograničenog odgovora na tužbu, trebalo bi uzeti da bi dostavom tog prijedloga tuženiku nastupale i pravne posljedice litispendicije (194/1.). Kad je riječ o ograničenosti očitovanja tuženika o kojemu je riječ, tuženika se ne bi smjelo moći ograničiti da u njemu iznosi i meritorno relevantne momente koje bi mogao iznositi u “pravom” odgovoru na tužbu – u mjeri u kojoj bi o tim momentima ovisilo donošenje odluke o prijedlogu. U tom bi smislu to očitovanje moglo sadržajno odgovarati pravom odgovoru na tužbu, sa svim relevantnim posljedicama davanja takva odgovora. Upravo se stoga postavlja i pitanje bi li i tuženik mogao u povodu prijedloga za ordinaciju koji mu je dostavljen radi očitovanja podnijeti svoj prijedlog za ordinaciju nadležnosti istog suda za eventualnu protutužbu, uz koji bi se prijedlog vezale sve pravne posljedice podnošenja takve protutužbe (189.).

97 Naime, ako tužba protiv dužnika bude odbačena zbog nenadležnosti suda ili kojega drugog uzroka koji se ne tiče biti stvari, pa vjerovnik ponovno podnese tužbu u roku od tri mjeseca od dana pravomoćnosti odluke o odbacivanju tužbe, smatra se da je zastara prekinuta prvom tužbom (243/1. ZOO), a isto vrijedi i za pozivanje u zaštitu, i za isticanje prijeloja tražbine u sporu te u slučaju kad je sud ili drugo tijelo uputilo dužnika da svoju prijavljenu tražbinu ostvaruje u parničnom postupku (243/2. ZOO).

prijedloga, ako uz njega tužba ne bi bila priložena. Naime, odlukom o ordinaciji ne rješava se samo pitanje jurisdikcije hrvatskih sudova, već i pitanje koji je sud u konkretnom sporu stvarno i mjesno nadležan. Ako bi tuženika vezala takva odluka u smislu da više ne bi mogao dovoditi u pitanje postojanje jurisdikcije hrvatskih sudova te stvarnu i mjesnu nadležnost ordiniranog suda, on bi naknadno tijekom postupka mogao istaknuti prigovor nenadležnosti samo iz razloga koji bi se temeljili na okolnostima koje bi nastale nakon momenta s obzirom na koji bi se ocjenjivala nadležnost prigodom donošenja odluke o ordinaciji. Ako mu se ne bi omogućilo da se očituje o prijedlogu za ordinaciju, bilo bi povrijeđeno njegovo pravo na saslušanje u postupku, na pravično suđenje, pravo na suca čija bi nadležnost bila utvrđena u skladu sa zakonom. Ako bi se zauzeo stav da *ex parte* donesena odluka o ordinaciji ne prekludira tuženika da u nastavljenom postupku, u skladu s općim pravilima o tome, iznosi sve one prigovore nenadležnosti koje inače može iznositi u postupku nakon što mu je tužba dostavljena na odgovor, dakle i prigovor nepostojanja jurisdikcije hrvatskih sudova te prigovor stvarne i mjesne nenadležnosti ordiniranog suda, ordinacija bi izgubila svaki smisao osim onoga da je potrebna samo zato da bi se odredio sud kojemu bi tužitelj mogao podnijeti tužbu, sud za koji bi se naknadno, u povodu prigovora tuženika, moglo pokazati da nije nadležan zato što nema jurisdikcije hrvatskih sudova, da nije stvarno nadležan ili da nije ni mjesno nadležan jer su se stvarna i mjesna nadležnost mogle utvrditi na temelju zakona.

Iznimno, u slučajevima u kojima bi već na temelju samog prijedloga mogao donijeti odluku o odbacivanju ili odbijanju prijedloga za ordinaciju, Vrhovni sud ne bi trebao prijedlog, eventualno s priloženom tužbom, dostaviti protivnoj stranci.

Zato se čini da bi, između ostaloga, s jedne strane, načela ekonomičnosti, koncentracije i efikasnosti u postupanju te pravne sigurnosti, a s druge strane, načelo saslušanja stranaka kao aspekt zahtjeva da svakoj stranci treba osigurati ostvarivanje prava na pravično suđenje, zahtijevala da se prije donošenja odluke o prijedlogu za ordinaciju omogući (potencijalnom) tuženiku da se očituje o tome prijedlogu. Nakon toga, tuženik bi u nastavljenom postupku bio prekludiran u iznošenju prigovora nenadležnosti – s obzirom na moment s obzirom na koji bi se odnosila odluka o ordinaciji.

Prigodom očitovanja o prijedlogu za ordinaciju tuženik bi se trebao pozvati i na postojanje sporazuma o prorogaciji, u smislu da bi nakon donošenja odluke o ordinaciji gubio pravo da se u nastavljenom postupku poziva na taj sporazum.

I u ordinacijskom bi postupku trebalo vrijediti načela pomoći neukoj stranci (11.) i otvorenog pravosuđenja (5., 7., 219., 220., 288.a/2.), ali i opća pravila o postupanju s nerazumljivim i nepotpunim podnescima (109.).

Potreba za ordinacijom u naznačenom smislu bi prestala nakon stupanja na snagu novog ZMPP-a, jer bi se uvijek znalo koji je sud mjesno nadležan ako se na temelju pravila o mjesnoj nadležnosti on ne bi mogao utvrditi – to bi bio stvarno nadležni sud u Zagrebu (v. *supra ad* 4.2.2.3. *in fine*).

#### 4.3.5. Odlučivanje

##### 4.3.5.1. Funcionalna nadležnost i sastav ordinacijskog suda

O prijedlogu za ordinaciju odlučuje Vrhovni sud (69.).

Iako u Zakonu nije izrijekom propisano u kojem sastavu Vrhovni sud odlučuje o ordinaciji (*arg. ex* 44., 69.), treba uzeti da o ordinaciji odlučuje sudac pojedinac toga suda. Na takav stav upućuje, *arg. per analogiam, a cohaerentia*, odredba članka 68. stavka 3. ZPP, po kojoj o tzv. svrhovitoj delegaciji odlučuje sudac pojedinac najvišeg suda određene vrste, dakle i Vrhovni sud kad nastupa u toj funkciji. Naime, budući da je ordinacija nadležnosti u širem smislu također svojevrsna delegacija nadležnosti, za sve bi slučajeve u kojima najviši sud određuje nadležnost nižih sudova trebala vrijediti odgovarajuća pravila.<sup>98</sup>

##### 4.3.5.2. Prethodno ispitivanje prijedloga za ordinaciju

Pošto primi prijedlog, Vrhovni bi sud najprije trebao ispitati je li on dopušten.

U povodu nerazumljivog i/ili nepotpunog prijedloga trebalo bi postupiti kao u povodu svakog drugog podneska s takvim nedostacima (106.-109.).

Prijedlog ne bi bio dopušten ako ne bi bile ispunjene pozitivne odnosno ako bi postojale negativne procesne pretpostavke o kojima bi ovisila dopuštenost svakog inicijalnog akta stranaka u parničnom postupku.<sup>99</sup> Treba uzeti da bi Vrhovni sud u načelu bio dužan poduzeti potrebne radnje radi otklanjanja otklonjivih nedostataka zbog kojih prijedlog ne bi bio dopušten (*arg. ex* 109., 291.). Prijedlog ne bi bio dopušten ni ako bi se na temelju onoga što je u njemu izneseno moglo zaključiti da su protekli prekluzivni rokovi u kojima se tužba trebala podnijeti sudu čija se ordinacija traži. Isto bi vrijedilo i ako prethodno ne bi bio proveden propisani postupak za izvansudsko rješenje spora (*arg. ex* 282.).

Ako bi tužba bila podnesena uz prijedlog, eventualni nedostaci zbog kojih bi ona bila nedopuštena, a koji bi se mogli otkloniti u postupku pred sudom koji bi bio ordiniran, ne bi trebali priječiti donošenje meritorne odluke o prijedlogu. O dopuštenosti tužbe s naznačenim nedostacima odlučivalo bi se postupku pred prvostupanjskim sudom.

##### 4.3.5.3. Prikupljanje procesnog materijala za donošenje odluke

Vrhovni sud svoju odluku o prijedlogu za ordinaciju može zasnovati na navodima u tom prijedlogu, eventualno na navodima iz priložene tužbe, (likvidnim) dokazima, u pravilu ispravama, koji su priloženi uz prijedlog i priloženu tužbu, zatim

98 U prilog takvom rješenju govorila bi i okolnost da je Novelom 2003. institut svrhovite delegacije (68.) reformiran, između ostaloga i na način da je izrijekom propisana nadležnost suca pojedinca najvišeg suda određene vrste za odlučivanje o toj delegaciji, dok je to propušteno učiniti i u odnosu na institut ordinacije nadležnosti (69.), koji je ostao i dalje podnormiran.

99 O pojmu procesnih pretpostavki usp. TRIVA-DIKA, GPPP, § 6., DIKA, Građansko parnično pravo, VII., § 31., 32.



na navodima i možebitnim (likvidnim) dokazima iz očitovanja protivne stranke o prijedlogu, ali i na onome što bi naknadno pribavio od stranaka ili državnih tijela, npr. nižih sudova tijekom ordinacijskog postupka. Naime, Vrhovni sud, provodeći incidentalni ordinacijski postupak, ne nastupa kao najviša sudbena instancija u određenom postupku, već kao sud koji u prvom i posljednjem stupnju odlučuje o određenom pravnom pitanju o rješenju kojega ovisi mogućnost pokretanja i provedbe određenog postupaka.

#### 4.3.5.4. *Vežanost prijedlogom i meritorna odluka*

U načelu Vrhovni sud, odlučujući o prijedlogu za ordinaciju, treba odlučivati u granicama toga prijedloga.<sup>100</sup> To znači da je taj sud pri donošenju svoje odluke vezan za određenje spora u prijedlogu, ali i zahtjevom za ordinaciju sadržanom u tom prijedlogu u smislu da ne smije suditi preko i mimo toga zahtjeva. Upravo stoga i odluke koje Vrhovni sud može donijeti u povodu prijedloga ovise o onome što je njime *in concreto* zatraženo.

Ako utvrdi da za suđenje u konkretnom sporu ne postoji nadležnost sudova u Republici Hrvatskoj, prijedlog za ordinaciju treba odbiti. Taj prijedlog treba odbiti i ako se na temelju propisa o mjesnoj nadležnosti može utvrditi koji je sud mjesno nadležan.

Ako je prijedlogom za ordinaciju od njega zatraženo da sam odredi koji će od sudova u Republici Hrvatskoj biti stvarno i mjesno nadležan, Vrhovni sud je to ovlašten učiniti, svakako uz uvjet da utvrdi da postoji nadležnost tih sudova.

Ako predlagatelj zatraži da se ordinira mjesna nadležnost suda određene vrste i ranga, takav prijedlog treba odbiti ako Vrhovni sud ocijeni da za suđenje u konkretnom sporu nisu stvarno nadležni sudovi te vrste i ranga, svakako uz uvjet da predlagatelj (ako se uopće prihvati stav da tome ima mjesta u ordinacijskom postupku), nakon upute koju glede toga dobije od Vrhovnog suda (*arg. ex 109.*), ne ispravi prijedlog.<sup>101</sup> Stvarna nadležnost suda čiju mjesnu nadležnost treba ordinirati je jedna od meritornih pretpostavaka za prihvaćanje prijedloga (v. *supra ad 4.2.2.*).

Ako je u prijedlogu za ordinaciju individualiziran sud koji bi trebalo odrediti kao mjesno nadležni sud, Vrhovni je sud dužan odbiti takav prijedlog ako ocijeni da, unatoč tome što su ispunjene pretpostavke za ordinaciju (v. *supra ad 4.2.2.*), nisu ispunjene pretpostavke za ordinaciju predloženog suda (v. *supra ad 4.2.3.*). U prijedlogu zapravo ne treba individualizirati sud čiju se mjesnu nadležnost treba ordinirati – koji će od stvarno nadležnih sudova biti *in concreto* mjesno nadležan određuje Vrhovni sud uzimajući u obzir okolnosti navedene u prijedlogu za ordinaciju i u, eventualnom, očitovanju protivne stranke te na temelju rezultata izviđaja koje bi eventualno proveo.

<sup>100</sup> Naime, u parničnom postupku sud (u pravilu) odlučuje u granicama zahtjeva koji su stavljani u postupku (2/1.). Budući da se u navedenoj odredbi općenito govori o zahtjevima koji se stavljaju u postupku, a ne samo o tužbenom zahtjevu ili, eventualno, o još nekim zahtjevima, valja uzeti da bi to trebalo vrijediti i za ordinacijski zahtjev.

<sup>101</sup> Nakon što bi takav njezin prijedlog bio odbijen, stranka bi mogla podnijeti novi prijedlog u kojemu bi naznačila sud druge vrste i/ili ranga čiju bi mjesnu nadležnost trebalo delegirati.

Vrhovni sud će prijedlog prihvatiti ako utvrdi da su ispunjene pretpostavke za ordinaciju (v. *supra ad* 4.2.2.). U tom slučaju, uzimajući u obzir pretpostavke o kojima ovisi individualiziranje stvarno nadležnog suda koji će biti i mjesno nadležan (v. *supra ad* 4.2.3.), Vrhovni sud treba donijeti i odluku kojom će individualizirati taj sud.

Tužbu koja je priložena uz prijedlog treba odbaciti kao nedopuštenu ako prijedlog bude odbijen zato što je utvrđeno da ne postoji nadležnost hrvatskih sudova (*arg. ex* 16/2.). Ako, međutim, prijedlog bude odbijen zato što je utvrđeno da se na temelju pravila o mjesnoj nadležnosti može odrediti koji je od stvarno nadležnih sudova mjesno nadležan, tužbu priloženu uz takav prijedlog treba “kratkim putem” prosljediti stvarno nadležnom sudu za koji Vrhovni sud nađe da je mjesno nadležan, analogno kao kad nenadležni sud predmet koji mu je uslijed “očite” pogreške ustupljen kao nadležnom ustupa nadležnom sudu (*arg. ex* 22/1.).

O drugim odlukama koje bi Vrhovni sud mogao donijeti u povodu prijedloga za ordinaciju v. *supra ad* 4.3.5.2.

#### 4.3.5.5. *Sadržaj i učinci odluka u povodu prijedloga za ordinaciju*

Budući da se odluka Vrhovnog suda u povodu prijedloga za ordinaciju ne može pobijati pravnim lijekovima (v. *infra ad* 4.3.6.), ona postaje pravomoćna momentom donošenja, dok se učinci njezine pravomoćnosti vežu uz moment s obzirom na koji se ocjenjivala osnovanost toga prijedloga.

Odluka kojom je odbijen prijedlog za ordinaciju zato što je utvrđeno da hrvatski sudovi nisu nadležni za suđenje u konkretnom sporu, deklarira to utvrđenje. Stoga treba odbaciti zbog nedostatka jurisdikcije tužbu koja se nakon toga podnese u tom sporu nekom sudu u Republici Hrvatskoj – svakako ako se kompetencijski relevantno činjenično stanje u međuvremenu bitno ne izmijeni. O odbacivanju tužbe koja je podnesena uz prijedlog u tom slučaju v. *supra ad* 3.3.5.4.

Prihvatajući prijedlogu za ordinaciju i određujući koji će stvarno nadležni sud biti i mjesno nadležan, individualizirajući time taj sud kao stvarno i mjesno nadležan za suđenje u određenom sporu, Vrhovni sud ne ordinira samo mjesnu, već i stvarnu nadležnost toga suda, ali i deklarira i postojanje jurisdikcije hrvatskih sudova. Zato će i sudovi pred kojima će postupak u konkretnom pravnoj stvari biti pokrenut odnosno nastavljen nakon donošenja odluke o ordinaciji biti vezani za takvo određenje nadležnosti. U tom se postupku više ne može otvarati pitanje sudske nadležnosti, ali ni pitanje stvarne i mjesne nadležnosti ordiniranog suda, svakako osim ako zbog okolnosti koje nastupe nakon momenta na koji se odnosi pravomoćnost rješenja o ordinaciji ne dođe do promjena u tim nadležnostima. S jedne strane, to znači da su i sud i stranke u postupku pred ordiniranim sudom vezani za rješenje o ordinaciji u naznačenom smislu, dok se, s druge strane, i sud i stranke u postupku pokrenutom pred sudom čija nadležnost nije ordinirana, npr. podnošenjem tužbe tom sudu, mogu u skladu s općim pravilima o tome pozivati na njegovu stvarnu i mjesnu nenadležnost.

#### 4.3.6. Pravni lijek

Protiv odluke Vrhovnog suda o prijedlogu za ordinaciju žalba,<sup>102</sup> ali ni drugi pravni lijekovi nisu dopušteni. Naime, iako to nije izrijeком propisano, protiv mogućnosti da se takva odluka Vrhovnog suda pobija pravnim lijekovima posredno bi govorila okolnost da uopće nije utvrđena (funkcionalna) nadležnost toga suda za odlučivanje o pravnim lijekovima protiv odluka koje bi donio, ali ni sastav u kojemu bi to činio (*arg. ex 34.d/1., 44.*). U prilog takvom stavu moglo bi se pozvati i na odredbu prema kojoj žalba nije dopuštena ni protiv odluka Vrhovnoga suda kad odlučuje o sukobu o nadležnosti (*arg. a cohaerentia, a completudine, per analogiam ex 24/3.*). Konačno, odluka o ordinaciji bila bi zapravo diskrecijski (u pogledu izbora mjesno nadležnog suda) nekontrolabilni akt najvišeg suda u državi, akt pri čijem bi se donošenju taj sud u bitnome rukovodio razlozima oportuniteta, ipak vodeći računa o interesima obiju stranaka te o pravno političkim zasadama od kojih polaze zakonska pravila o mjesnoj nadležnosti (*v. supra ad 3.2.3.*).

Navedeno rješenje ne bi bilo u protivnosti s Ustavom jer on jamči samo pravo na žalbu ili drugu pravnu zaštitu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupanja pred sudom ili drugim ovlaštenim tijelom (18. URH), a u slučaju u kojemu Vrhovni sud ordinira riječ je o odluci koju donosi najviši sud u funkciji suda koji rješava jedno specifično kompetencijsko pitanje od važnosti za njemu podređene sudove.

Okolnost da protiv odluke u povodu prijedloga za ordinaciju nije dopušten pravni lijek, svakako, potencira značenje načela kontradiktornosti i otvorenog pravosuđenja i u ordinacijskom postupku (*v. supra ad 4.3.4.*).

Budući da bi se odlukom kojom se odbija prijedlog za ordinaciju zato što je utvrđeno da ne postoji jurisdikcija hrvatskih sudova moglo povrijediti pravo na sudsku zaštitu pred tim sudovima, u načelu bi protiv takve odluke bila dopuštena ustavna tužba. Ustavna bi tužba bila dopuštena i u slučaju u kojemu bi u ordinacijskom postupku bilo povrijeđeno pravo protivne stranke na pravičan postupak time što joj nije bila pružena mogućnost da sudjeluje u tom postupku. (*Arg ex 62. UZUSRH*)<sup>103</sup> Ustavna tužba bila bi dopuštena i protiv odluke kojom bi bila utvrđena jurisdikcija hrvatskih sudova i ordinirana stvarna i mjesna nadležnost određenog suda jer bi se i takvom odlukom moglo dovesti u pitanje pravo stranke da joj ne sudi nenadležni sud.

#### 4.3.7. Postupak nakon donošenja odluke

Postupanje Vrhovnog suda nakon što donese odluku o ordinaciji ovisi o tome bi li uz taj prijedlog bila priložena tužba. Ako tužba ne bi bila priložena, odluku o ordinaciji trebalo bi dostaviti objema strankama, a predlagatelj bi na temelju te odluke mogao podnijeti ordiniranom sudu, treba uzeti u odgovarajućem roku. Ako bi tužba bila priložena, odluku o ordinaciji zajedno s tužbom trebalo bi ustupiti ordiniranom sudu (*v. supra ad 3.5.4.*).

102 Tako i TRIVA-DIKA, *op. cit.*, 284.

103 UZUSRH: Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, NN proć. 99/99, 29/02, 49/02.

Odluku kojom se odbacuje odnosno odbija prijedlog Vrhovni sud treba dostaviti strankama, iznimno samo predlagatelju ako je o prijedlogu odlučio prije nego što je protivniku omogućeno da se očituje. O postupanju u tim slučajevima s tužbom koja je bila podnesena uz prijedlog za ordinaciju v. *supra ad* 4.3.2.

Ako se prihvati stajalište da bi Vrhovni sud o prijedlogu za ordinaciju odlučivao *ex parte*, protivnoj bi se stranci moralo priznati pravo da u postupku pred ordiniranim sudom ističe prigovor nedostatka jurisdikcije (18.), stvarne (17.) i mjesne (20.) nenadležnosti. Ona bi svakako trebala imati pravo pozivati se i na sporazum o međunarodnoj ili mjesnoj nadležnosti (70.). Takva bi prava te stranke proizlazila iz njenog Ustavom impostiranog prava da o njezinim pravima (građanske naravi) odlučuje zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud u pravično provedenom postupku (29/1. URH). Ne bi se moglo smatrati da je pravično proveden postupak u kojemu bi o pravu stranke da joj sudi sud čija je nadležnost ustanovljena zakonom bilo odlučeno mimo nje.

U postupku nakon donošenja rješenja o ordinaciji obje bi stranke mogle isticati prigovore razne nenadležnosti pozivajući se na okolnosti koje su nastupile nakon momenta na koji bi se odnosila pravomoćnost toga rješenja – u onom smislu u kojemu te prigovore mogu isticati u postupku zbog okolnosti koje su nastale nakon podnošenja tužbe sudu (15.), praktično samo zbog razloga koji bi doveli do prestanka jurisdikcije hrvatskih sudova. Ta će mogućnost često u velikoj mjeri ovisiti o prijelaznom režimu propisa kojima je izmijenjena nadležnost suda koji vodi postupak.

#### **4.4. Problem naknadne ordinacije**

Prema važećem uređenju prvostupanjski sud u pravilu više ne pazi na svoju mjesnu nadležnost (*arg. ex* 20.). To praktično znači da tužitelj može po vlastitom izboru podnijeti tužbu bilo kojem stvarno nadležnom sudu, čija će se mjesna nadležnost naknadno zasnovati ako tuženik pravodobno ne istakne prigovor mjesne nenadležnosti (*arg. ex* 20.). Problem, pritom, može nastati u slučajevima u kojima je tuženik pravodobno i osnovano prigovorio da sud pred kojim je postupak pokrenut nije mjesno nadležan, ali u kojima sud pred kojim je postupak pokrenut ne može na temelju pravila o mjesnoj nadležnosti utvrditi koji je sud mjesno nadležan i ustupiti predmet tom sudu. Naime, sud koji se oglašava mjesno nenadležnim treba u rješenju kojim će to deklarirati odrediti i sud koji je tako nadležan (*arg. ex* 21., 22.). Budući da u zakonu nema izričitog rješenja za naznačenu situaciju, trebalo bi tu prazninu popuniti prihvaćanjem instituta naknadne ordinacije, otvaranjem mogućnosti da sud koji je utvrdio da nije mjesno nadležan predloži Vrhovnom sudu da ordinira sud koji će u konkretnom sporu biti mjesno nadležan i kojemu će nakon toga predmet biti ustupljen.

Naznačeni bi problem, eventualno, bilo moguće, vrlo nategnuto, prevladati i odgovarajućom kombinacijom instituta nužne i svrhovite delegacije. Naime, sud čija je nenadležnost u određenom predmetu utvrđena ne može postupati u tom predmetu (uvjet za nužnu delegaciju – *arg. ex* 67.). Međutim, u takvom bi slučaju trebalo moći delegirati nadležnost onom od stvarno nadležnih sudova u državi kojemu bi ga bilo

najsvrhovitije delegirati (pretpostavka za svrhovitu delegaciju – 68.).

Sud pred kojim je postupak pokrenut u sporovima u kojima je ovlašten *ex officio* paziti na svoju mjesnu nenadležnost i koji na temelju pravila o mjesnoj nadležnosti ne bi mogao utvrditi koji je sud mjesno nadležan da bi mu predmet ustupio, trebao bi također moći isprovocirati naknadnu ordinaciju odnosno delegaciju nadležnosti.

#### **4.5. Delegacija nakon ordinacije**

Ordinacija ne isključuje *delegaciju* – svrhovitu i nužnu. Vrhovni sud ordinacijom samo određuje koji će sud u određenom sporu biti ovlašten suditi s istim učinkom kao da je nadležnost tog suda utvrđena na temelju zakona. Stoga se nakon što određeni sud bude ordiniran kao stvarno i mjesno nadležan, nadležnost može delegirati na neki drugi sud po općim pravilima o nužnoj (67. v.) i svrhovitoj (68., v.) delegaciji.

### **5. ZAKLJUČNE NAPOMENE**

Instituti delegacije i ordinacije nadležnosti nakon Novele 2003. u osnovi odgovaraju potrebama prakse. Izmjenama instituta svrhovite delegacije u značajnoj je mjeri ograničena mogućnost dilatorne zlorabe toga instituta. *De lege ferenda*, bilo bi potrebno izrijekom odgovoriti na pitanja je li moguća i delegacija (nužna i svrhovita) “mjesne” nadležnosti drugostupanjskog suda, tko odlučuje, u kojem sastavu, o nužnoj delegaciji, podnosi li se tužba uz prijedlog za ordinaciju ili tek nakon nje, itd. Trebalo bi svakako razmisliti o mogućoj integraciji ili preciznijem funkcionalnom razgraničenju između nužne i svrhovite delegacije. Odgovori na neka od tih pitanja pokušali su se ponuditi u ovom radu. Pritom bi, svakako, trebalo uzeti u obzir i okolnost da je sukcesivnim izmjenama u uređenju instituta o kojima je riječ, osobito o ordinaciji nadležnosti u značajnoj mjeri smanjeno njihovo praktično značenje.

*LITERATURA*

1. Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, NN, proć. 99/99, 29/02, 49/02.
2. Zakon o radu, NN, 93/14.
3. Zakona o parničnom postupku, SL SFRJ, 4/77 – 35/91; NN 26/91, 53/91, 91/92, 12/99, 88/01, 117/03, 88/05, 84/08, 123/08-isp., 57/11, 25/13, 28/13 – ZS i 89/14.
4. Zakonu o područjima i sjedištima sudova, NN 128/14.
5. Zakonu o područjima i sjedištima sudova, NN, 144/10, 84/11.
6. Zakonu o sudovima, NN, 28/13, 33/15, 82/15, 82/16.
7. DIKA, Građansko parnićno pravo, Narodne novine, VII., § 31., 32.
8. KLAIĆ, Rječnik stranih rijeći, 1990., 271., 272.; Rječnik hrvatskog jezika, Leksikografskog zavoda Miroslav Krleža i Školske Knjige, 2000., 166.
9. TRIVA-DIKA, Građansko parnićno procesno pravo, Narodne novine, 7. izd., 2004., 271.
10. VSRH: Gr1-207/04 – IO 1/04-262.
11. VSH: R-112/88 – PSP 40/90.
12. VSRH: Gr1-75/13-2 od 24. travnja 2013.
13. VSRH: R-63/87 – PSP 35/151.
14. VSRH: Gr1-121/2007 - INF-N 5655/07.
15. VSRH: Gr1: 745/2012-2 – INF-br. 6290-6291/2014.
16. VSRH: Gr-272/00 – IO 1/01-163.
17. VSRH: Gr-13501 – IO 1/02-184.
18. VSRH: Gr-1-573/02 - INF-N 5204-5205/04.
19. VSH: R-329/78 - NZp 11/79-76., VSRH: Gr-133/&01 – INF br. 5032-5033/2002.
20. VSRH: Gr-133/01 – INF br. 5032-5033/2002.
21. VPSH: Rp-87/80 - PPP 7/84-63.
22. VSH: Gr-218/89 – PSP 46/90.
23. VSH: R-117/81 - NZp 19/82-134.
24. VSRH: Gr1-241/08 2.7.08 – INF-N 5701/08.
25. VSH: R-147/79 - NZp 16/80-63.
26. VSH: R-274/78 - NZp 14/79-76.
27. VSH:R 356/83 - NZp 25/85-125.
28. VSH: R-100/83 - PSP 23/246.
29. VSH: R-172/83 - NZp 23/84-160.
30. VSH: R-174/84 - NZp 26/85-110.
31. VSH: R-380/84 - NZp 27/85-101.
32. VSH: R-329/85 - NZp 27/85-101.
33. VSH: R-51/87 - PSP 35/150.
34. VSH: Gr-218/89 - PSP 46/90.
35. VSRH: Gr-476/97 - INF 4680/99.
36. VSRH: Gr-24/99 - INF-N 4873/00.
37. VSRH: Gr-288/00 od 20.6.2000.
38. VSRH: Gr-584/00 - INF-N 4960-4961/01.
39. VSRH: Gr-565/00 - INF-N 5010/02.
40. VSRH: Gr-967/00 - INF-N 5016-5017/02.
41. VSRH: Gr- 353/01 - INF-N 5023/02.
42. VSRH: Gr-511/01 - INF-N 5028 /02.
43. VSRH: Gr-974/03 - INF-N 5307/05.
44. VSH: R-42/83 - SP 6/84-50.
45. VSH: R-275/83 - NZp 24/84-129.
46. VSH: R-155/83 - NZp 23/84-161.
47. VSH: R-288/84 - SP 12/85-53.

48. VSRH: Gr-216/93 - IO 1994/282.
49. VSRH: Gr-143/93 - IO 1994/281.
50. VSRH: Gr-408/93 - IO 2/1995-120.
51. VSRH: Gr-184/98 - INF-N 4868-4869/00.
52. VSRH: Gr-261/98 - INF-N 4825/00.
53. VSRH: Gr-103/99 - INF-N 4876-4877/00.
54. VSRH: Gr-256/00 od 27. 6. 2000.
55. VSRH: Gr-282/00 - INF 4925/01.
56. VSRH: Gr-2/00 - INF-N 4962-4963/01.
57. VSRH: Gr1-576/02 - INF-N 5190/03.
58. VSRH: Gr1-613/02 - INF-N 5182.
59. VSRH: Gr1-94/15-2 od 3. ožujka 2015.
60. VSH: R-174/72 - NZp 2/73-29.
61. VSRH: Gr-266/00 - INF N 4939/01.
62. VSRH: Gr-1034/01 - INF-N 5179/03.
63. VSRH: Gr-133/04 - INF-N-5287/04.
64. VSRH: Gr-497/97 -INF.N 4899/01.
65. VSH: Gr-1/89, R-362/88 – PSP 41/92.
66. VSRH: Gr-1-262/02 - INF-N 5106/03.
67. VSRH: Gr-316/97 - INF-N 5076-5077/02.
68. VSRH: Gr. Broj: Gr1 383/08-2 od 18. prosinca 2008.
69. VSRH: Gr1 382/08-2 od 27. studenoga 2008.
70. VSRH: Broj: Gr1-127/12-2 od 29. ožujka 2012.

**Mihajlo Dika\***

Summary

## **DETERMINATION OF JURISDICTION BY A HIGHER COURT IN CIVIL PROCEEDINGS**

The paper analyses three legal terms which regulate the determination of jurisdiction by a higher court in civil proceedings: necessary delegation of jurisdiction, purposeful delegation of jurisdiction and ordination of jurisdiction. An attempt is made to determine the meaning of these terms as well as their prerequisites and their legal effects. The paper also points to the potential functional interference between these concepts and thus suggests that there is a need to delimit the scope of their application. Special emphasis is also given to the influence of relatively new changes in the field of organisation and jurisdiction of courts upon the practical application of those concepts.

**Keywords:** *territorial jurisdiction, necessary delegation of territorial jurisdiction, purposeful delegation of territorial jurisdiction, ordination of territorial jurisdiction.*

Zusammenfassung

## **BESTIMMUNG ÖRTLICHER ZUSTÄNDIGKEIT IM ZIVILPROZESS DURCH DAS IM RECHTSZUG ZUNÄCHST HÖHERE GERICHT**

Die Arbeit bespricht drei Rechtsinstitute, welche die Bestimmung örtlicher Zuständigkeit im Zivilprozess durch das im Rechtszug zunächst höhere Gericht regulieren: das Institut der sog. notwendigen Delegation der Zuständigkeit, das Institut der sog. zweckmäßigen Delegation der Zuständigkeit und das Institut der sog. Ordination der Zuständigkeit. Bei der Besprechung genannter Institute versucht man, diese Begriffe, ihre Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu bestimmen. Man weist auch auf potentielle funktionale Interferenz zwischen diesen Begriffen und auf die Notwendigkeit der Einschränkung ihrer Anwendung hin. Besonderen Wert legt man in der Arbeit auf den Einfluss neuester Änderungen im Bereich der Gerichtsverfassung und Gerichtszuständigkeiten auf die Anwendung dieser Rechtsinstitute in der Praxis.

**Schlüsselwörter:** *örtliche Zuständigkeit, notwendige Delegation örtlicher Zuständigkeit, zweckmäßige Delegation örtlicher Zuständigkeit, Ordination örtlicher Zuständigkeit.*

---

\* Mihajlo Dika, Ph. D., Professor Emeritus, Faculty of Law, University of Zagreb.



Riassunto

## **LA DETERMINAZIONE DELLA COMPETENZA TERRITORIALE DA PARTE DELLE CORTI SUPERIORI NEL PROCEDIMENTO CIVILE IN SINGOLE MATERIE**

L'oggetto del presente lavoro è costituito da tre istituti mediante i quali si disciplina la determinazione della competenza territoriale da parte delle corti superiori nel procedimento civile in singole materie: l'istituto della c.d. delegazione necessaria di competenza; l'istituto della c.d. delegazione funzionale di competenza e l'istituto del c.d. ordine di competenza. In occasione dell'analisi di ciascuno di questi istituti si tenta di determinare la loro nozione, i loro presupposti e gli effetti giuridici della loro applicazione. Si cerca di segnalare la possibilità della loro interferenza funzionale, come anche la necessità della loro distinzione nell'applicazione. Viene particolarmente sottolineata l'influenza degli interventi relativamente recenti nella disciplina dell'organizzazione delle corti e della loro competenza rispetto alla loro portata.

***Parole chiave:*** *competenza territoriale, l'istituto della delegazione necessaria di competenza, istituto della delegazione funzionale di competenza, istituto dell'ordine della competenza territoriale.*



## PRAVNO UREĐENJE ODNOSA ČLANOVA U ZATVORENIM (*CLOSELY HELD*) DRUŠTVIMA NA PRIMJERU HRVATSKOG DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

Prof. dr. sc. Edita Čulinović-Herc\*  
Sonja Marinac Rumora, dipl. iur.\*\*  
Doc. dr. sc. Mihaela Braut Filipović\*\*\*

UDK 347.724  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.2>  
Ur.: 18. listopada 2017.  
Pr.: 10. veljače 2018.  
Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*U radu su obrađena specifična pravna pitanja odnosa između članova koja se pojavljuju u zatvorenom društvu. Autorice su "zatvorena društva" odredile funkcionalno na način da su obradile značajke ovih društava koje ih razlikuju od drugih društava, bez obzira na to u kojem su pravnom obliku osnovana. Iz dostupnih podataka proizlazi da je u RH prisutan znatni broj ovih društava, što odgovara i komparativnoj slici. U okviru dinamike odnosa između članova zatvorenog društva, ističu se dva specifična korporativnopravna problema: potencijalna zlouporaba položaja većinskog člana, posebice ako je taj član ujedno i član uprave, i tzv. blokada skupštine kada članovi imaju jednaka upravljačka prava/glasove na skupštini, a ne mogu se usuglasiti pri donošenju odluke. U oba slučaja u srcu problema nalaze se osobni odnosi između članova. S obzirom na to da je najčešći predstavnik zatvorenog društva društvo s ograničenom odgovornošću, u RH i komparativno, u radu je analizirana dostupna hrvatska sudska praksa po pitanju istupa i isključenja člana iz društva kao načina rješavanja sukoba interesa između članova d.o.o.-a radi opstanka društva. U radu se predlaže veće korištenje prava autonomnog uređenja odnosa između članova društva. Tako se autorice zalažu da se društvenim ugovorom preciznije urede upravljačka prava članova, da se odrede viši kvorumi za donošenje nekih odluka u skupštini čime se osigurava i važnost glasova manjinskih članova, kao*

\* Dr. sc. Edita Čulinović-Herc, redovita profesorica u trajnom zvanju Pravnog fakulteta u Rijeci; [edita@pravri.hr](mailto:edita@pravri.hr).

\*\* Sonja Marinac Rumora, dipl. iur., sutkinja Trgovačkog suda u Pazinu; [Sonja.MarinacRumora@tspa.pravosudje.hr](mailto:Sonja.MarinacRumora@tspa.pravosudje.hr).

\*\*\* Dr. sc. Mihaela Braut Filipović, docentica Pravnog fakulteta u Rijeci; [mihaela.braut@pravri.hr](mailto:mihaela.braut@pravri.hr). Ovaj rad sufinancirali Hrvatska zaklada za znanost projektom br. 9366 "Pravni aspekti korporativnih akvizicija i restrukturiranje društava utemeljenih na znanju" te Sveučilište u Rijeci projektom br. 13.08.1.2.01 "Zaštita korisnika na hrvatskom i europskom tržištu financijskih usluga".

*i da se u nadležnosti skupštine društva ostave pitanja kojima članovi mogu u najvećoj mjeri utjecati na vođenje poslova društva. Također, mišljenje autorica je da bi formiranje nadzornog organa moglo pozitivno utjecati na uravnoteženje odnosa snaga između članova društva, posebice većinskog i manjinskih članova. Pri izradi društvenog ugovora od velike koristi može biti i postojanje preporuka za unaprjeđenje korporativnog upravljanja tim društvima u formi kodeksa, kao što to već postoji na komparativnoj razini, te se autorice de lege ferenda zalažu za izradu takvog kodeksa na razini RH.*

**Ključne riječi:** *zatvoreno društvo, društvo s ograničenom odgovornošću, korporativno upravljanje, istup člana, isključenje člana, kodeks korporativnog upravljanja zatvorenim društvima.*

## 1. UVOD

U ovome se radu analiziraju neka od otvorenih pitanja koja se javljaju pri uređenju pravnih odnosa u zatvorenim društvima. Određenju pojma “zatvorena društva” autorice pristupaju funkcionalno te njime žele obuhvatiti društva koja, bez obzira na to u kojem su pravnom obliku osnovana, sadrže određene posebne značajke koje ih razlikuju od drugih društava. U pravnoj doktrini poredbenog prava govori se o *closely held companies*, *geschlossene Kapitalgesellschaft* i sl. S obzirom na tipologiju trgovačkih društava u RH, autori namjeravaju ispitati je li upravo društvo s ograničenom odgovornošću tipičan predstavnik zatvorenog društva u RH. U poredbenom pravu se kao glavne značajke zatvorenih društava ističu naglašeno osobni odnosi između članova društva, odnosno osnivača, na koje se nadovezuje postojanje ograničenja pri prijenosu udjela u društvu na treću osobu, mogućnost elastičnog pravnog uređenja međusobnih odnosa između članova društva, uz postojanje ograničenja odgovornosti članova za obveze društva. Također se na to nadovezuje nelikvidnost udjela i poteškoće u procjeni njegove vrijednosti, što je rezultat toga što udjeli/dionice tih društva nisu uvršteni na uređeno tržište. Naposljetku, tim je društvima svojstveno da njihovi članovi, osim što djeluju u ulozi osnivača, najčešće bivaju istodobno i osobe ovlaštene za zastupanje društva (članovi uprave), a također se pojavljuju i kao zaposlenici društva ili obnašaju neke druge funkcije u organima društva. U ovome radu autori će ispitati osnovne značajke uređenja pravnih odnosa u zatvorenim društvima, pri čemu će se naglasak staviti na mogućnost korištenja dispozitivnih rješenja za uređenje tih odnosa. Tim više što članovi pri osnivanju društva tih obilježja upravo biraju pravni oblik društva koji omogućava visoku razinu primjene fleksibilnosti uređenja međusobnih odnosa. Također će se obraditi specifični sukobi interesa koji se javljaju u zatvorenim društvima, s naglaskom na one koji mogu postojati između članova društva. Ti se sukobi interesa ističu kao najvažniji, upravo zbog važnosti koju članovi tih društava pridaju osobnim odnosima. Ispitat će se i u kojoj mjeri i primjenom kojih pravnih instituta se navedeni sukobi interesa rješavaju pred trgovačkim sudovima. U svjetlu stečenih saznanja, propitat će se u kojoj mjeri bi se navedeni specifični sukobi interesa između članova društva mogli riješiti ako bi se po uzoru na neke druge pravne sustave usvojio kodeks korporacijskog upravljanja za zatvorena društva. Cilj je rada

da se nakon temeljite obrade i rasprave navedenih pitanja ponude rješenja koja bi mogla unaprijediti rješavanje navedenih pitanja u hrvatskom zakonodavstvu i pravnoj praksi.

## **2. ODREĐENJE “ZATVORENIH DRUŠTAVA” ILI CLOSELY HELD COMPANIES**

Iako je uvodno rečeno da zatvoreno društvo ne robuje pravnoj formi te da se ono može pojaviti unutar cijele dopustive palete tipova trgovačkih društava, među kojima se nalaze i društva osoba i društva kapitala, u podtekstu te tvrdnje ipak stoji da je članovima društva osobito bitno da to je to tip društva u kojem članovi društva neće osobno odgovarati za obveze društva. Povijesnopravno gledano, dioničko društvo (*société anonyme*) se kao društvo kapitala pojavilo prije društva s ograničenom odgovornošću, u vrijeme kada je za izvođenje određenog (prekomorskog) poduzetničkog pothvata bio potreban krupan kapital. Raspršena dioničarska struktura tih društava u kombinaciji s držanjem dionica koje su glasile na donositelja, uz postojanje ograničene odgovornosti, bila je neprikladna za poduzimanje manjih poduzetničkih pothvata, obiteljskog tipa. S druge strane, koncept ortaštva i na ortaštvu zasnovanih društava (osoba), nije imao bitnu značajku ograničene odgovornosti.

Zatvorena društva razvila su se upravo zbog potrebe što su poduzetnici htjeli iskoristiti mogućnost da ograniče svoju odgovornost za obveze društva, ali i da stvore tip društva s koncentriranom “vlasničkom” strukturom. Dugo su zakonodavci jednostavno primjenjivali rješenja predviđena za društva s velikim brojem dioničara, čijim se udjelima slobodno trgovalo i na zatvorena društva, namećući i njima iste zahtjeve i uređenja pravnih odnosa koji nisu odgovarali danas prepoznatim potrebama zatvorenih društava.<sup>1</sup> Izum društva s ograničenom odgovornošću odgovorio je potrebama prakse te donio prijeko potrebnu fleksibilnost u uređenju odnosa između članova, jednostavniju (i jeftiniju) korporativnu strukturu te manji iznos temeljnog kapitala, što je omogućilo spuštanje poduzetničke inicijative na obiteljsko-prijateljsku razinu, uz postojanje ograničene odgovornosti. No, to ne znači da je to jedini tip društva koji odgovara konceptu zatvorenog društva.

Točne definicije zatvorenih društava nema ni u domaćem ni u usporednom pravu. Međutim, u pravnoj literaturi usporednog prava opisuju se određene karakteristike ovih društava.<sup>2</sup> Pritom se ne radi o zatvorenoj listi, niti se uvjetuje da sva zatvorena

1 Vidi pregledno u: McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., *The evolution of Closely Held Business Forms in Europe*, *The Journal of Corporation Law*, 2001., vol. 26, str. 854–878.; Wells, H., *The Rise of the Close Corporation and the Making of Corporation Law*, *Berkeley Business Law Journal*, 2008., vol 5, br. 2, str. 263-316. O specifičnostima korporativnog upravljanja zatvorenim društvima kao rezultat istraživanja OECD-a vidi u OECD, *Corporate Governance of Non-listed companies in Emerging Markets*, 2006., [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/582f0a804af4b8b8a5cfb5b94e6f4d75/oecd\\_nonlist.pdf?MOD=AJPERES](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/582f0a804af4b8b8a5cfb5b94e6f4d75/oecd_nonlist.pdf?MOD=AJPERES) (17. srpnja 2017.).

2 Primjerice, u ključnom slučaju iz SAD-a, *Donahue v. Rodd Electrotype Co.* (367 Mass. 578, 1975), Vrhovni sud Massachusettsa odredio je zatvorena društva (engl. *closely held companies*) kao društva s malim brojem članova društva, koja nemaju likvidno tržište za udjele društva, te

društva imaju te sve karakteristike. Zbog toga se često zatvorena društva opisuju kao društva suprotna otvorenim društvima (engl. *public companies*), odnosno kao suprotan pojam društvima čijim se udjelima slobodno trguje.<sup>3</sup>

Dakle, temeljna značajka zatvorenih društava jest da se dionicama/udjelima tih društava ne može slobodno trgovati, odnosno da udjeli/dionice tih društava ne kotiraju na uređenim tržištima.<sup>4</sup> Osim ograničenja koja postoje u pogledu nemogućnosti uvrštenja na uređeno tržište, udjeli tih društava često nisu niti slobodno prenosivi, odnosno prenosivi su uz postojanje ograničenja. Ta ograničenja mogu postojati u vidu nametanja određenih zahtjeva u pogledu *zakonom* određene forme prijenosa, primjerice uz obvezatno sudjelovanje javnog bilježnika, što poskupljuje transakcijske troškove i svakako ne pogoduje prometljivosti poslovnog udjela/dionica tih društava.<sup>5</sup> Postoje i ograničenja ugovorne naravi.<sup>6</sup> Ona se ugovaraju prije osnivanja društva i kao takva unose u statut, odnosno u društveni ugovor. Svrha ugovaranja ograničenja pri prijenosu udjela jest zadržavanje kontrole nad sastavom članova društva. To je povezano i s vođenjem poslova društva i vršenjem utjecaja u društvu, jer kao što je već rečeno u tim se društvima isprepliću upravljačke i članske funkcije. Ograničenja koja se najčešće ugovaraju, su pravo prvokupa udjela od strane ostalih članova društva, posebice ako se radi o društvu s dva člana, dužnost člana koji otuđuje udio da za prijenos udjela zahtijeva suglasnost od (glavne) skupštine, uprave ili drugog organa društva i drugo.<sup>7</sup>

---

su većinski članovi društva vrlo često ujedno i članovi uprave tog društva.

- 3 Wells, H., *op. cit.* u bilj. 1., str. 273.
- 4 Fleischer H., Internationale Trends und Reformen im Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaft, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2014, br. 17, str. 1081-1090., str. 1083.; Armour, J., Hansmann, H., Kraakman, R., What is Corporate Law?, u: Kraakman R., Armour J., Davies P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K., Kanda, H., Rock, E., *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, 2. izd., Oxford University Press, 2009., str. 1-34, str. 12.; Wells, H., *op. cit.* u bilj. 1., str. 274.
- 5 Ističe se da je primarna razlika u pravnom uređenju otvorenih (engl. *public companies*) i zatvorenih (engl. *closely held companies*) društava upravo u pitanju zakonskog uređenja prijenosa dionica/udjela ovih društava. Slijedom toga se argumentira da se kod zatvorenih društava često i zakonski nameće skuplji postupak prijenosa udjela tih društava, uz primjerice sudjelovanje javnih bilježnika. No, i pored uloge javnog bilježnika, činjenica da se udjeli ovih društava ne mogu prodavati preko burze, nameće dodatne transakcije troškove prenositeljima. Ti se troškovi mogu razlučiti na troškove traženja potencijalnih kupaca, na troškove davanja informacija o samom udjelu i vođenju pregovora o cijenu udjela te troškovi samog prijenosa udjela (sastavljanje ugovora i uloga javnih bilježnika). Vidi o tomu u: Kalls S., *The Transfer of Shares of Private Companies*, *European Company and Financial Law Review*, 2004, vol. 1, br. 3, str. 340–367, str. 348 i dalje.
- 6 Vidi Fleischer, *op. cit.* u bilj. 4., str. 1083.; Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *Regulating the Closed Corporation*, *European company and financial law review*, special volume 4, De Gruyter, Berlin, 2014., str. 6 i dalje.
- 7 Fleischer, *op. cit.* u bilj. 4., str. 1083. Pritom valja razlikovati situaciju kada član društva prodaje udio drugom članu društva, od situacije kada član društva udio prodaje trećoj osobi. U njemačkoj se sudskoj praksi smatra ako u dvočlanom d.o.o.-u (GmbH), jedan član društva prodaje udio drugome, da se tada ograničenje prijenosa, što uključuje i uvjet dobivanja suglasnosti za prijenos udjela ne primjenjuje. Vidi: OLG Hamm, Urteil vom 17. 11. 1998, NZG 1999, 600.

S obzirom na to da se udjeli/dionice u tim društvima ne mogu (ili ne žele) uvrstiti na uređeno tržište, oni gube značajke likvidnog financijskog instrumenta, pa sekundarno tržište za prodaju ovih udjela niti ne postoji.<sup>8</sup> Dakle, i u slučajevima kada članovi društva mogu prenijeti svoje udjele (nakon što su dobili suglasnost društva za prijenos ili ako nisu postojala ugovorna ograničenja prijenosa), suočit će se s daljnjim izazovima oko prijenosa udjela, kao što su pronalazak zainteresiranog kupca, utvrđivanje prodajne vrijednosti udjela primjenom različitih (i često neujednačenih) metoda procjene, izlaganjem dodatnim troškovima pregovaranja te drugim povećanim transakcijskim troškovima, koji nastaju zbog činjenice da ne postoji jedno mjesto na kojem se susreću ponuda i potražnja i sl.<sup>9</sup> U pogledu pitanja određenja cijene udjela zatvorenog društva, valja naglasiti da određene metode procjene pogoduju prodavatelju, a sasvim druge kupcu, pa često ona ugovorna strana koja uspije nametnuti metodu procjene nameće i samu cijenu. Također se postavlja pitanje u kojoj mjeri procijenjena cijena udjela, bez obzira na to koja metodologija je korištena, odražava njegovu stvarnu vrijednost, primjerice ako udjel prodaje osoba koja je manjinski član društva, jer to kupcu poslovnog udjela u startu daje podređeni položaj u društvu.<sup>10</sup> Ovo pitanje postaje tim važnije ako manjinski član “izlazi iz društva” zbog narušenih odnosa ili zbog toga jer smatra da većinski član društva zloupotrebljava svoj položaj. Ako je riječ o otvorenom društvu, čije dionice kotiraju na burzi, nezadovoljan dioničar će lakše prodati svoje dionice, te time izaći iz društva. Za razliku, članovi zatvorenog društva (osobito manjinski), ili nemaju tu mogućnost zbog postojanja ograničenja prijenosa udjela, ili im je ista znatno otežana.

Kao jedna od glavnih značajki zatvorenih društava ističe se i mali broj članova.<sup>11</sup> To ne treba nužno značiti da će se *a priori* raditi o društvu manje gospodarske snage, iako se zatvorena društva najčešće poistovjećuju s kategorijom malih i srednjih poduzeća,<sup>12</sup> jer zbog ranije opisanih svojstava privlače upravo male poduzetnike. Članovi tih društava osobno su povezani na obiteljskoj ili prijateljskoj osnovi. Među njima (barem na početku odnosa) vlada visoki stupanj povjerenja. Upravo je to povjerenje između članova ključno za odabir ovakvog tipa društva, iz kojeg je, kao što je navedeno, teže izaći. Iz istog razloga, kao i zbog “osnivačke euforije” članovi

8 Podredno treba uzeti u obzir da udjelu u d.o.o.-u niti nisu prema zakonu vrijednosni papiri (čl. 385. st. 1. ZTD) te da *eo ipso* nisu usmjereni da se njima trguje na tržištu. To, naravno, ne sprečava imatelje udjela da nesmetano otuđuju i stječu te iste udjele na privatnopravnoj razini. Vidi također Fleischer, *op. cit.* u bilj. 4., str. 1083.; Thompson R. B., Allocating the roles for contracts and judges in the closely held firm, *Western New England Law Review*, 2011., vol. 33., str. 368–403, str. 373; McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., *Corporate governance of non-listed companies*, Oxford University Press, 2008., str. 24.

9 Vidi o tomu u Kalls S., *op. cit.* u bilj. 5., str. 348. i dalje. O problematici utvrđenja vrijednosti udjela vidi i u Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 25-36.

10 Monnin-Browder, W. S., Are Discounts Appropriate?: Valuing Shares in Close Corporations for the Purpose of Remediating Breach of Fiduciary Duty Under Massachusetts Law, *Suffolk University Law Review*, 2007., vol. 40, br. 3, str. 723–744, str. 724 i dalje.

11 Fleischer, *op. cit.* u bilj. 4., str. 1082.

12 Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 7.

društva ne posvećuju dovoljno pozornosti sadržaju osnivačkog akta<sup>13</sup> te vrlo često radi smanjenja transakcijskih troškova ne koriste niti usluge stručnih osoba. Pravno uređenje položaja (posebno manjinskog) člana i kao uređenje načina rješavanja sukobljenih i/ili suprotstavljenih interesa između članova (bez obzira na to jesu li izjednačeni u držanju udjela ili ne) trebala bi biti važna komponenta pregovora pri osnivanju društva. U tim, osobito *two-men band* društvima, ako se odnosi između članova društva ozbiljno naruše, to dovodi u pitanje i samu opstojnost društva, posebno ako jedan član opstruira drugoga u pokušaju izlaska i sl.<sup>14</sup>

Nadalje, osnivači zatvorenog društva u pravilu sudjeluju u svim razinama u društvu – osim što su unijeli svoj osnivački ulog i postali njegovi članovi, oni najčešće i vode poslove društva kao članovi uprave, a nije zanemarivo i to što su pritom i zaposlenici društva koje su osnovali.<sup>15</sup> Ovom se značajkom zatvorena društva, iako se u pravilu osnivaju kao društva kapitala čiji članovi uživaju ograničenje odgovornosti za obveze društva, približavaju društvima osoba čija je, između ostaloga, jedna od osnovnih značajki da članovi društva ujedno i vode poslove društva.

Na kraju, zatvorena društva pružaju visok stupanj autonomije unutrašnjeg uređenja odnosa između članova.<sup>16</sup> Po ovoj se značajki također približavaju društvima osoba. Time zatvorena društva pružaju svojim članovima glavne prednosti društava osoba i društava kapitala: fleksibilnost uređenja unutrašnjih odnosa i ograničenje odgovornosti članova društva za obveze društva.<sup>17</sup>

Međutim, kao što je ranije rečeno, zatvorena društva nisu ograničena na jedan pravni oblik trgovačkog društva.<sup>18</sup> Iako se u pravilu radi o nekom tipu društva kapitala, nema zapreke da zatvoreno društvo bude i društvo osoba, ako takvo društvo za neke vrste članova poznaje ograničenu odgovornost. Primjerice, u hrvatskom pravu postoji komanditno društvo koje omogućuje da jedna grupa članova – komanditori, odgovaraju

13 Blair, M. M., Stout, L. A., Trust, Trustworthines, and the Behavioral Foundations of Corporate Law, *University of Pennsylvania Law Review*, 2001., vol. 149, str. 1735-1810., str. 1801 i dalje.

14 McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., *op. cit.* u bilj. 8., str. 45.

15 Thompson R. B., *op. cit.* u bilj. 8., str. 372; Fleischer, *op. cit.* u bilj. 4., str. 1083; Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 6.

16 Wells, H., *op. cit.* u bilj. 1., str. 308.; Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 33.

17 Stoga ih se često označava hibridom između komanditnog društva i dioničkog društva ili inkorporiranim partnerstvom (u jurisdikcijama gdje su društva osoba uglavnom bez pravne osobnosti). Vidi McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., *op. cit.* u bilj. 8., str. 27. Približavanjem ovog tipa društva društvima osoba, u literaturi se postavilo i pitanje treba li zatvorena društva, točnije društva s ograničenom odgovornošću koja se smatraju modelom ovih društava, drukčije regulirati ako se sastoje od samo dva člana od drugih d.o.o.-a koji imaju veći broj članova. Dakle, treba li zakonodavac prepoznati kada se u okviru postojećih tipova društava, *de facto* društvo osnuje kao zatvoreno društvo. Zaključak je da nema dovoljnih argumenata za izdvojeno uređenje ovog tipa društva unutar nekog drugog društva, kao što je primjer osnivanje dvočlanog d.o.o.-a u okviru d.o.o.-a. No, to ne znači da ne treba prepoznati specifičnosti takvih društava, barem u sudskim postupcima u kojima članovi takvih društava rješavaju nastale sukobe između njih. Vidi pregledno u Brnabić, R., Ivkošić, M., *Blokada skupštine dvočlanog d.o.o.*, 1. dio, *Pravo u gospodarstvu*, 2015., vol. 54, br. 1., str. 15-39., str. 23.

18 Tako i Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 7.



za obveze društva samo do iznosa određenog imovinskog uloga u društvo, a druga – komplementari, vode poslove društva i odgovaraju neograničeno za obveze društva. U okviru društava kapitala, članovi društva mogu ostvariti značajke zatvorenog društva i u obliku dioničkog društva (dalje u tekstu: d.d.) i u obliku društva s ograničenom odgovornošću (dalje u tekstu: d.o.o.). Međutim, ključna razlika između d.d.-a i d.o.o.-a sastoji se u tome što za d.o.o. postoji znatno veća fleksibilnost uređenja unutrašnjih odnosa između članova društva, manja organizacijska složenost i drugo, zbog čega se nužno nameće pitanje je li upravo d.o.o. najprikladniji tip zatvorenog društva u RH.

### **2.1. Društvo s ograničenom odgovornošću kao model zatvorenog društva ili closely held company u Republici Hrvatskoj**

Moderni tip društva s ograničenom odgovornošću u RH uveden je Zakonom o trgovačkim društvima (dalje u tekstu: ZTD), s početkom primjene 1. siječnja 1995.<sup>19</sup> Od 2012. godine moguće je osnovati i jednostavni d.o.o., s temeljnim kapitalom od 10,00 kuna, no tu se ne radi o novom tipu društva, već o podtipu d.o.o.-a.<sup>20</sup> Autori će usporediti osnovne značajke d.o.o.-a s prethodno iznesenim značajkama zatvorenog društva, kako bi odgovorili na pitanje može li se označiti d.o.o. kao model zatvorenog društva u RH.

Glavna značajka d.o.o.-a u RH jest da se njegovi poslovni udjeli ne mogu izraziti u vrijednosnim papirima, pa se sukladno tomu ne mogu uvrstiti na uređeno tržište. To odgovara glavnoj značajki zatvorenog društva, a to je da za razliku od otvorenog društva (primjer toga u RH bio bi d.d.), njegove dionice/udjeli ne mogu kotirati na burzi.<sup>21</sup> Kao što je već spomenuto, to za posljedicu ima da članovi d.o.o.-a nemaju

19 NN br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11, 111/12, 144/12, 68/13, 110/15. Prije toga, društvo s ograničenom odgovornošću primjenjivalo se kratko vrijeme u prvoj polovici 20. stoljeća, s pauzom za vrijeme Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, da bi ga (u nepotpunom obliku) ponovno uveo Zakon o poduzećima 1988. godine (Službeni list SFRJ br. 77/1988, 40/1989, 46/1990, 61/1990, Narodne novine br. 53/1991, 71/1991, 26/1993, 58/1993, 58/1993, 58/1993). O povijesnom razvoju društva s ograničenom odgovornošću vidi, Barbić, J., *Pravo društava, Društva kapitala, Društvo s ograničenom odgovornošću*, Organizator, Zagreb, 2013., str. 29–32.

20 Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 596. O jednostavnom d.o.o.-u vidi također: Brnabić, R., Ivančev, M., *Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2014., vol. 51, br. 2, str. 449-469.; Jakšić, T., Petrović, S., *Mogući pravci izmjena i dopuna hrvatskoga prava društava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2016., vol. 37, br. 3, str. 1101-1145., posebice od str. 1114. na dalje; Gongeta, S., *Promjene regulatornog okvira njemačkog društva s ograničenom odgovornošću kao posljedica regulatorne konkurencije u području prava društava među državama članicama Europske unije*. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2014., vol. 35, br. 2, str. 819-849.

21 Poslovne udjele d.o.o.-a se ne može uvrstiti na uređeno tržište, što jasno proizlazi iz rješenja čl. 308.-310. Zakona o tržištu kapitala (NN br. 88/08, 146/08, 74/09, 54/13, 159/13, 18/15, 110/15, 123/16, dalje u tekstu: ZTK), koji određuju kojim se financijskim instrumentima trguje na burzi. Isto je rješenje za društva s ograničenom odgovornošću usvojeno i na komparativnopravnoj razini. Vidi Kalls S., *op. cit.* u bilj. 5., str. 349. Samo uređenje poslovnog udjela d.o.o.-a razlikuje se prije i nakon 2009., kada se novelom ZTD-a obuhvatilo i neka pitanja vezana uz poslovne udjele, kao što je, primjerice, ukidanje razlikovanja poslovnog udjela od, tzv.

zakonski regulirano sekundarno tržište na kojem bi mogli prodati svoje poslovne udjele. Zbog čega je zakonodavac uskratilo d.o.o.-u, odnosno njegovim članovima mogućnost da udjele uvrste na uređeno tržište, sasvim je odvojeno pitanje. Moguće je da je bio rukovođen idejom da se radi o neznatnom iznosu minimalnog osnivačkog kapitala, s neizvjesnim perspektivama poslovnog uspjeha. No činjenica da je u članku 387. stavak 5. ZTD-a zabranio sukcesivan način osnivanja društva – govori u prilog tomu da je d.o.o. *ab initio* svrstan u ne-javni tip društva. Zabranom provedbe sukcesivnog osnivanja, zabranom izražavanja udjela u vrijednosnim papirima zakonodavac je htio naglasiti da je taj tip društva, ponajviše možda zbog vrlo nisko postavljenog osnivačkoga kapitala neprikladan za širu ulagateljsku javnost te ga je time ujedno tendenciozno oblikovao kao *closely held* društvo.

Prijenos poslovnih udjela zaslužuje posebnu pozornost. Načelno, prijenos poslovnih udjela d.o.o.-a nije ograničen.<sup>22</sup> Međutim, pored prava da članovi društva u društvenom ugovoru ograniče prijenos poslovnih udjela (vinkulacija),<sup>23</sup> ZTD za prijenos udjela u svakom slučaju postavlja dodatne uvjete glede zakonom uređene forme ugovora,<sup>24</sup> kojih, za usporedbu, nema kada se radi o prijenosu dionica d.d.-a.

Dakle, članovi d.o.o.-a mogu na razne načine ugovoriti ograničenje prijenosa udjela.<sup>25</sup> Pritom će navedeno ograničenje proizvoditi pravne učinke prema društvu pod uvjetom da je ono regulirano u društvenom ugovoru. U protivnom bi se ograničenje ugovoreno između člana društva i druge osobe (pri čemu nema zapreke da ta druga osoba također bude član društva) ravnalo prema propisima obveznog prava, no ne bi proizvodilo pravni učinak prema društvu. To posljedično znači da bi prijenos udjela na treću osobu, koji bi bio protivan bilateralnom ograničenju bio valjan prema društvu.

Iako ZTD ponajprije navodi ograničenje iskazano u postojanju suglasnosti društva (pa se kao posljedica poslovni udio ne može prenijeti bez suglasnosti društva), to nije jedini način ograničenja prijenosa poslovnog udjela. Tako se, primjerice, može ugovoriti da je prijenos udjela moguć samo između članova društva ili drugih točno određenih osoba. Pri izradi društvenih ugovora valja to precizno ugovoriti, jer iz sudske prakse proizlazi da sudovi nisu skloni odredbe o vinkulaciji tumačiti prošireno. Tako je u jednom slučaju sud zaključio da su se vlastiti poslovni udjeli društva mogli slobodno prenositi jer ograničenje prijenosa nije izrijekom obuhvaćalo i obvezatnu suglasnost za prijenos vlastitih poslovnih udjela.<sup>26</sup> U drugom slučaju, sud je zaključio da članovi društva mogu slobodno prenositi poslovne udjele jedan drugome, jer je društveni ugovor izrijekom predviđao ograničenje prijenosa udjela samo između članova društva i trećih osoba koje nisu članovi društva, ali ne i između

---

temelnog udjela. No, bez obzira na izmjene iz 2009, udjeli d.o.o.-a ni u kojem slučaju nisu mogli kotirati na burzi. O novelama ZTD-a iz 2009. glede poslovnog udjela vidi pregledno u: Barbić, J., *Novela Zakona o trgovačkim društvima iz 2009. i poslovni udio u društvu s ograničenom odgovornošću*, *Pravo u gospodarstvu*, 2011., vol. 50, br. 1, str. 185-225.

22 Čl. 412. st. 2. ZTD-a.

23 Čl. 412. st. 4. ZTD-a.

24 Čl. 412. st. 3. ZTD-a.

25 Vidi Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 117. i dalje.

26 Vidi presudu Trgovačkog suda u Rijeci, Stalna služba u Pazinu, P-470/11-37 od 12. travnja 2011., potvrđeno u presudi Visokog trgovačkog suda, Pž-4308/11-6 od 7. svibnja 2014.

samih članova društva.<sup>27</sup> Pored vinkulacije, u društvenom se ugovoru može predvidjeti pravo prvokupa<sup>28</sup> u korist člana/članova društva ili samog društva i drugo.

Uvidom u izabrane društvene ugovore d.o.o.-a osnovanih u RH (nasumičan izbor iz sudskog registra), uočava se da kada članovi žele ograničiti pravo prijenosa poslovnih udjela, vrlo često ugovaraju pravo prvokupa u korist svih ostalih članova društva. Pritom se određuje i rok u kojemu su se članovi d.o.o.-a dužni izjasniti hoće li se koristiti svojim pravom prvokupa, a koji varira od nekih tridesetak do čak 90 dana. Ako članovi društva ne iskoriste svoje pravo prvokupa, neka društva zadržavaju i nakon toga obvezu davanja suglasnosti na prijenos poslovnog udjela trećim osobama od strane tih istih članova društva ili nekog organa društva, dok druga dopuštaju slobodan prijenos ako nitko od članova u za to ostavljenom roku, ne iskaže interes za ostvarenje prava prvokupa. Neki čak i predviđaju rješenje za situaciju ako se javi više članova zainteresiranih za korištenje prava prvokupa, pri čemu se ističu dvije varijante: da se ponudeni poslovni udjeli dijele zainteresiranim članovima društva na jednake dijelove ili razmjerno njihovom udjelu u društvu.

Uočava se da u analiziranim društvenim ugovorima mahom nema ograničenja u prijenosu poslovnog udjela, ako se poslovni udjeli prenose između članova. U tom se slučaju ne primjenjuje ni obveza prvokupa niti se traži suglasnost od ostalih članova društva ili nekog od organa društva. Iako nije često u praksi, ugovara se i ograničenje da pojedini član ne može imati primjerice više od 49 % temeljnoga kapitala, čime se želi spriječiti da većinski član može donositi sve odluke u društvu koje se donose običnom većinom danih glasova. To jasno ukazuje da je cilj ograničenja prijenosa poslovnog udjela hrvatskih d.o.o.-a očuvati strukturu članstva u d.o.o.-u, ali ne na način da se održi ista kapitalna struktura (visina udjela u temeljnom kapitalu), već da u društvu ostanu samo odabrane osobe, u pravilu one koje su društvo i osnovale. Stavljanje naglasaka na osobe – članove koji tvore to društvo, a ne na kapital, jedna je od osnovnih značajki zatvorenih društava.

27 Vidi presudu Trgovačkog suda u Zagrebu, P-2822/10, od 1. srpnja 2010., potvrđeno u presudi Visokog trgovačkog suda, PŽ-6303/10-4 od 3. lipnja 2014.

28 Pravo prvokupa se ne bi moglo ugovoriti za dionice dioničkog društva, no ugovaranje prvokupa za prijenos poslovnog udjela u skladu je s čl. 412. st. 4. ZTD-a koji predviđa da se za prijenos poslovnog udjela mogu odrediti i "drugi uvjeti". Dakle, članovi društva d.o.o.-a nisu ograničeni na točno određene načine ograničenja prijenosa poslovnog udjela, već im je pritom dana široka sloboda ugovaranja. Ističe se i rasprava u hrvatskoj sudskoj praksi o tomu kakve bi bile posljedice ako bi član društva ipak prenio poslovni udio bez da je ponudio na prvokup preostalim članovima, ako je pravo prvokupa bilo predviđeno društvenim ugovorom. Vrhovni sud Republike Hrvatske zauzeo je stajalište da povreda prava prvokupa kod prijenosa dionice, što smatramo da se analogno primjenjuje i na prijenos poslovnih udjela, ne dovodi do ništetnosti ugovora o prijenosu poslovnog udjela, no osnova je za njegovu pobojnost (VSRH Revt 118/2006-2 od 6. rujna 2006.). Također za širu raspravu vidi: Slakoper, Z. u Slakoper, Z., Buljan, V., *Trgovačka društva prema Zakonu o trgovačkim društvima i domaćoj i inozemnoj sudskoj praksi*, TEB, Zagreb, 2010., str. 217. U drugome predmetu pred sudom se raspravljalo i je li odredba o pravu prvokupa poslovnih udjela osnovanog u korist članova društva protivna Ustavu RH i odredbama ZTD-a, a što je tvrdio tužitelj. Sud je jasno obrazložio da nije, s obzirom na to da nema nijedne odredbe kojom se to za prijenos poslovnih udjela d.o.o.-a zabranjuje. Vidi presudu Trgovačkog suda u Rijeci, P-3195-11 od 12. ožujka 2012., potvrđenu presudom Visokog trgovačkog suda PŽ-1339/2013-2 od 29. svibnja 2017.

Pri prijenosu valja razlikovati valjanost obveznopravnog posla prijenosa udjela (*titulus*) od načina prijenosa udjela (*modus*), pri čemu društvo ima kontrolu nad potonjim, pa ako se ne zadovolje uvjeti postavljeni ograničenjem za prijenos poslovnog udjela, prijenos udjela neće proizvoditi pravne učinke prema društvu, iako obveznopravni posao između člana društva i druge osobe može biti valjan.<sup>29</sup>

No, pored fakultativnih ugovornih ograničenja prijenosa poslovnog udjela, dodatni obligatorni formalnopravni uvjet za njegov prijenos, a koji se sastoji od zahtjeva da je za prijenos udjela potrebno sklopiti ugovor u obliku javnobilježničkog akta ili privatne isprave koju potvrđuje javni bilježnik,<sup>30</sup> dovodi u pitanje je li time u svakom slučaju postavljeno određeno ograničenje u prijenosu poslovnih udjela d.o.o.-a. Naime, ako ugovor o prijenosu poslovnog udjela nije sklopljen u traženom obliku, posljedica će biti ništetnost takvog ugovora.<sup>31</sup> Ovakav zahtjev povećava i trošak prijenosa poslovnih udjela (za troškove usluga javnog bilježnika). Također je važno uočiti da poslovni udjeli d.o.o.-a nisu vrijednosni papiri,<sup>32</sup> što *per se* govori u prilog načelno težeg prijenosa udjela u odnosu na prijenos dionica d.d.-a.<sup>33</sup> Uzme li se kao kriterij razlike između zatvorenog i otvorenog društva pravno uređenje prijenosa udjela odnosno dionica,<sup>34</sup> tada svakako dodatni formalni uvjet za prijenos zajedno s općenito višim troškovima prijenosa udjela d.o.o.-a (kao posljedica nelikvidnog tržišta za udjele d.o.o.-a), govori u prilog tomu da je hrvatski d.o.o. model zatvorenog tipa društva kapitala za razliku od d.d.-a.

Ne postoji zakonsko ograničenje u broju članova d.o.o. Prema članak 385 stavak 1. ZTD-a, član d.o.o.-a može biti jedna ili više fizičkih ili pravnih osoba, no ipak u RH prevladavaju društva s manjim brojem članova. Dakle, broj članova može biti mali što bi odgovaralo značajki zatvorenog društva, no nema zapreke da se radi i o društvu s velikim brojem članova. Ipak, gospodarska svrha d.o.o.-a jest upravo da je ovaj oblik trgovačkog društva namijenjen manjem brojem članova,<sup>35</sup> što i prevladava u praksi.

29 Vidi Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 121.

30 Čl. 412. st. 3. ZTD-a.

31 Vidi čl. 290. st. 1. Zakona o obveznim odnosima, br. NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15. (dalje u tekstu: ZOO). I u sudskoj praksi je potvrđeno da je prijenos poslovnog udjela strogo formalan ugovor, koji u slučaju njegova neispunjenja ima za posljedicu ništetnost prijenosa. Vidi, primjerice, presudu Visokog Trgovačkog suda RH, Pž 7338/04-3 od 7. svibnja 2007.

32 Čl. 385. st. 1. ZTD-a.

33 Tako se prijenos udjela mora bilježiti u poslovnoj knjizi udjela, te vrijedi pravilo da je u odnosu na društvo član samo onaj tko je upisan u knjizi poslovnih udjela i o čijem je članstvu obaviješten registarski sud (čl. 411. st. 1. ZTD). Za razliku od toga, s obzirom na to da je dionica vrijednosni papir, koja se do 1. travnja 2008. godine, mogla izdavati i na donositelja (a kasnije samo na ime), prijenos dionice kao takvog vrijednosnog papira je svakako bio lakši i manje formalan, negoli prijenos poslovnog udjela. Međutim, u sklopu ove rasprave valja istaknuti da je danas većina dionica u RH i komparativno izdana u nematerijaliziranom obliku, što znači da je za njen prijenos potreban upis u određeni registar (kojeg u RH vodi Središnje klirinško depozitarno društvo), te se tim zahtjevom općenito dovodi u pitanje tvrdnju da se određenim dionica kao vrijednosnih papira olakšava njihovu cirkulaciju u prometu. O tomu vidi više u: Lehmann, M., *Finanzinstrumente, Vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände*, Tübingen, 2009., str. 16.

34 Za što se zalaže i objašnjava Kalls S., *op. cit.* u bilj. 5., str. 347. i dalje.

35 Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 33.

Prema podacima iz središnjeg Sudskog registra u RH na dan 1. lipnja 2017., ukupno 80 644 registriranih d.o.o.-a ima samo jednog člana, 18393 d.o.o.-a ima dva člana, 3808 d.o.o.-a ima tri člana, dok 1387 d.o.o.-a ima četiri člana itd. Dakle, osnovanih d.o.o.-a s dva člana ima cca 17 %, s tri člana 3 %, s četiri člana 1 % itd. Bitno je da su od sveukupnog broja d.o.o., samo 350-ak d.o.o.-a osnovani s više od deset osnivača. Dakle, iz dostupnih podataka proizlazi da je najveći broj d.o.o.-a osnovan sa samo jednim članom (76 %), dok od preostalih d.o.o.-a većina ima manje od deset osnivača, iz čega proizlazi da 23 % d.o.o.-a u RH potpada pod kategoriju zatvorenog društva. Prikazane brojke jasno govore da je d.o.o. s jednim članom daleko najpopularniji način osnivanja d.o.o.-a, no ako se osniva s više članova, tada prevladavaju d.o.o.-i s dva do četiri člana.

Članovi d.o.o.-a mogu ujedno biti i članovi uprave tog društva, pri čemu nema zapreke da je član uprave i treća osoba koja nije član društva.<sup>36</sup> Imajući u vidu da ta društva nastaju najčešće uz minimalnu glavnicu, troškovi društva se svakako smanjuju ako članovi društva kao korporativni insidéri ujedno obnašaju funkciju članova uprave, jer profesionalno angažiranje menadžera koji se razlikuje od osnivača povlači za sobom i dodatne troškove. Pozicija “vlasnika i menadžera” svakako je tipična za društva s manjim brojem članova, dok je s porastom broja članova opravdano očekivati da će upravljačke funkcije morati biti razdvojene od onih osnivačkih zbog povećanja složenosti korporativne strukture.

U velikom broju hrvatskih d.o.o.-a, članovi društva ujedno su i članovi uprave. Tako prema statističkim podacima (iz Sudskog registra RH na dan 1. lipnja 2017.) postoji čak 68 027 d.o.o.-a u kojima je član društva ujedno i direktor ili član uprave. Zbog toga je zakonodavac s razlogom anticipirao rješenje kojim je nastojao riješiti situaciju u kojoj treba opozvati člana uprave, koji je ujedno i član društva. Naime, kao što je to slučaj u okviru zatvorenih društava, tako je i kod d.o.o.-a moguća situacija da članovi društva ne mogu opozvati člana uprave s čijim radom nisu zadovoljni jer nemaju dovoljnu glasačku moć.<sup>37</sup> To će posebice biti slučaj ako je član uprave onaj član društva koji ima većinu glasova u društvu, te time presudno utječe na vlastito imenovanje i opoziv u upravu društva. Takva je situacija moguća jer kod d.o.o.-a nema zapreke da član društva na skupštini glasa kada se odlučuje o njegovom imenovanju ili opozivu u upravu društva.<sup>38</sup> Uz to, trajanje mandata članova uprave d.o.o.-a je neograničeno. Prepoznavši da je puno veća vjerojatnost da će se članovi uprave d.o.o.-a pronaći u situaciji u kojoj ne mogu opozvati člana uprave koji je ujedno i član

36 Čl. 423. st. 1. ZTD-a, koji govori da član uprave može biti potpuno poslovno sposobna fizička osoba, uz ispunjenje uvjeta iz čl. 239. st. 2. ZTD-a, zajedno s čl. 423. st. 3. ZTD-a, koji jasno govori o mogućnosti da je član društva ujedno i član uprave. Pored imenovanja člana uprave od strane skupštine ili nekoga od člana društva, treba tumačiti da bi se čak i društvenim ugovorom u upravu moglo imenovati, pored članova društva, i treće osobe koje to nisu. Pa i u slučaju da su članovi uprave imenovani društvenim ugovorom, smatra se da treba tumačiti da zbog izmjene članova uprave ne bi trebalo mijenjati i društveni ugovor. Vidi Jakšić, T., Petrović, S., *op. cit.* u bilj. 20., str. 1132.

37 Tako i Akšamović, D., Vuković, B., Imenovanje, opoziv i ostavka člana (članova) uprave društva s ograničenom odgovornošću, *Pravo trgovačkih društava*, 2012., RRiF br. 5, str. 164-171., str. 167.

38 Čl. 445. st. 6. ZTD-a.

društva, u članku 424. stavak 2 i st. 3. predviđena je mogućnost da se tog člana uprave može opozvati i odlukom suda, pod uvjetom da za opoziv postoji važan razlog.<sup>39</sup>

Naposlijetku, članovima zatvorenog društva je važno da mogu slobodnije urediti međusobne odnose u društvu. D.o.o. im upravo to i omogućava, s obzirom na to da u tom društvu vlada znatno veća sloboda uređenja odnosa između članova društva, negoli kod d.d.-a.<sup>40</sup> Kako društveni ugovor, kao osnivački akt, uređuje pravne odnose između članova društva, članovi društva mogu odstupiti od dispozitivnih rješenja i time autonomno urediti međusobne odnose, pri čemu su ograničeni jedino prisilnopravnim odredbama ZTD-a, koje su kod d.o.o.-a ipak manje zastupljene, no kod d.d.-a.<sup>41</sup> Iako su članovi društva u vrijeme sklapanja društvenog ugovora u “osnivačkoj euforiji”, korisno je i potrebno u društvenom ugovoru anticipirati rješenja za buduće situacije u kojima bi se njihovi interesi mogli sukobiti i predvidjeti načine za rješavanje navedenih sukoba interesa, nesuglasica i/ili sporova. S obzirom na to da se u uložni osnivača mogu naći osobe koje su trgovci (pojedinci ili trgovačka društva), ali i osobe koje nisu trgovci, malo je vjerojatno da će potonji bez stručne pomoći odvjetnika ili drugoga pravnog stručnjaka moći urediti postupak rješavanja eventualnih sporova između članova (posebice alternativne oblike rješavanja sporova, poput mirenja i dr.). S obzirom na to da angažman pravnog stručnjaka poskupljuje sam postupak osnivanja, stranke će vjerojatno pribjeći već poznatim tipiziranim ugovornim sadržajima, koje će minimalno prilagoditi svojim potrebama, a što smatramo nezadovoljavajućom praksom.

Zaključno, zbog izloženih karakteristika, d.o.o. može se smatrati modelom zatvorenog društva u RH. Taj se tip društva i u komparativnim pravima smatra modelom zatvorenih društava,<sup>42</sup> iako kako je prethodno objašnjeno, zatvorena društva se praktički mogu pojavljivati u svim pravnim oblicima trgovačkih društava.

39 U sudskoj su se praksi iskristalizirali neki razlozi koje su sudovi prihvatili kao dovoljno važne da su temeljem njih odobrili opoziv člana uprave koji je ujedno i član društva. Primjerice, Trgovački je sud u predmetu iz 2016. godine ocijenio da postoji važan razlog za opoziv člana uprave jer je donosio odluke važne za društvo bez da je dobio suglasnost skupštine društva, a na što je bio obavezan prema društvenom ugovoru, a uz to je i dodatno zadužio društvo i to putem svojih povezanih društava koji su time stekli položaj vjerovnika (Trgovački sud u Zagrebu R1-205/14, od 1. VI. 2016., potvrđeno odlukom Visokoga trgovačkog suda Republike Hrvatske, Pž-4614/16, od 21. srpnja 2016.). Ističemo još i slučaj gdje je Visoki Trgovački sud RH važnim razlogom za opoziv člana uprave pronašao i kad je član uprave osnovao društvo koje se bavi konkurentnom djelatnošću bez suglasnosti ostalih članova društva (Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-3761/10, od 9. rujna 2010. (Trgovački sud Zagreb R1-493/09, od 23. travnja 2010.)).

40 Vidi Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 7.

41 Tako i Barbić, J., Društveni ugovor kao pravni posao na kome se temelji društvo, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2012., vol. 62, br. 1-2, str. 475-534., str. 501. na dalje.

42 Tako se, primjerice, modelom zatvorenih društava u SAD-u smatraju *limited liability companies* (LLC). Vidi Wells, H., *op. cit.* u bilj. 1., str. 315. U njemačkom se pravu smatra da je to *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH). Vidi Fleischer, *op. cit.* u bilj. 4., str. 1083. U njemačkom se pravu koristi još i termin “personalistische GmbH” za opis zatvorenog društva osnovanog u okviru njemačkog d.o.o.-a - *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH).

### 3. SUKOBİ INTERESA SPECIFIČNI ZA ZATVORENA DRUŠTVA ILI CLOSELY HELD COMPANIES

U izučavanju korporativnog upravljanja trgovačkim društvima, danas se uvažava okolnost da korporativno upravljanje u zatvorenim društvima ima određene specifičnosti po kojima se razlikuje od korporativnog upravljanja u otvorenim društvima (primjer su dionička društva).<sup>43</sup> Iako se većina istraživanja i radova odnosi na korporativno upravljanje u dioničkim društvima, u posljednjih se dvadesetak sve više posvećuje pozornosti korporativnom upravljanju u drugim, pa tako i zatvorenim društvima.

Pravna literatura identificirala je tri vrste sukoba interesa koji se ujedno smatraju i pokretačima korporativnog upravljanja javnim (dioničkim) društvima. Prvi sukob interesa postoji između dioničara i uprave, drugi je između većinskog i manjinskog dioničara, a treći između dioničara i ostalih dionika d.d.-a kao što su zaposlenici, vjerovnici d.d.-a i drugi.<sup>44</sup> Pravna literatura angloameričke provenijencije identificira ova pitanja u kontekstu, tzv. "agency problem" doktrine, o kojoj raspravljaju i europski autori.<sup>45</sup> Kada se radi o (dioničkim) društvima s raspršenom dioničarskom strukturom, upravo se odnos između dioničara (principala) i članova uprave (agenata) ističe kao primarni problem korporativnog upravljanja,<sup>46</sup> jer dioničari ne mogu provoditi kvalitetan nadzor nad članovima uprave, bilo zbog nedovoljnog stručnog znanja, nedovoljne informiranosti i drugo. Time se odvaja "vlasništvo" od upravljanja društvom (engl. *separation of ownership and management*). Zbog neefikasnog nadzora otvara se prostor članovima uprave da upravljaju društvom na način da svoj osobni interes pretpostave interesu društva, što se može ogledati, primjerice, u "izvlačenju dobit za svoj račun" (tzv. *tunneling*), preuzimanju poslovnih prilika na uštrb društva, sklapanju poslova s društvom u kojima imaju i svoj skriveni interes (*self-dealing* transakcije) i drugo.<sup>47</sup>

43 Vidi Hopt, K. J., *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation*, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper no. 170/2011, siječanj 2011., [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1713750](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1713750) (17. srpnja 2017.), str. 9.

44 *Ibid.*, str. 4.; Armour, J., Hansmann, H., Kraakman, R., *Agency Problems and Legal Strategies*, u: Kraakman R., Armour J., Davies P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K., Kanda, H., Rock, E., *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, 2. izd., Oxford University Press, 2009., str. 35-53.

45 Smatra se da do sukoba interesa između principala i agenta dolazi primarno zbog asimetrične informiranosti između principala i agenta, gdje u pravilu principal ne može nadzirati agenta. To znači da se u tom odnosu principal nalazi u nepovoljnijem položaju u odnosu prema agentu. O tzv. "agency problem" vidi više u: Hopt, K. J., *Trusteeship and Conflicts of Interest in Corporate, Banking and Agency Law: Toward Common Legal Principles for Intermediaries in the Modern Service-Oriented Society*, u: Ferrarini, G., Hopt, K. J., Winter, J., Wymeersch, E. (ur.), *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford, 2004; Pratt, J. W., Zeckhauser, R. J., *Principals and Agents: An Overview*, u: Pratt, J. W., Zeckhauser, R. J. (ur.), *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston, 1985.

46 Vidi Hopt, K. J., *op. cit.*, u bilj. 43., str. 4.; Jensen, M. C., Meckling, W. H., *Theory of the firm: Managerial behaviour, agency costs and ownership structure*, *Journal of Financial Economics*, 1976., vol. 3, br. 1., str. 305-360, str. 312. i dalje.

47 O tomu pregledno vidi u: Braut Filipović, M., *Položaj članova uprave dioničkog društva pri*

Međutim, ako se radi o zatvorenim društvima, sukob interesa između dioničara/članova društva i članova uprave nije više u prvom planu.<sup>48</sup> Naime, u tim slučajevima većinski član ima učinkovitiju kontrolu nad upravom, motiviran je i može posredno utjecati na njezin rad, a i smijeniti člana uprave ako nije zadovoljan njegovim radom. Zbog takvog nadmoćnog položaja člana društva u odnosu na člana uprave, uvelike se smanjuje sukob interesa između dioničara i uprave.

Nadalje, s obzirom na to da članovi društva u društvima s koncentriranom članskom strukturom imaju veći utjecaj nad upravom, postavlja se pitanje kakav je odnos između članova društva. Sukob interesa intenzivira se na razini odnosa između većinskog i manjinskog dioničara, posebice glede pitanja u kojoj mjeri manjinski članovi mogu utjecati na odlučivanje u društvu, odnosno jesu li po tom pitanju izjednačeni s većinskim članom. Također, u društvima zatvorene strukture, potrebno je utvrditi kako nesuglasice između članova društva oko načina vođenja društva ili, pak, nesuglasice na osobnoj razini utječu na opstojnost i mogućnost nastavka poslovanja samog društva. Upravo su ta pitanja u fokusu korporativnog upravljanja kod zatvorenih društava. Stoga se kao primarni sukob interesa u zatvorenim društvima i u d.d.-ovima smatra sukob između članova društva,<sup>49</sup> posebice između većinskog i manjinskih članova društva.<sup>50</sup>

Kada društvo ima većinskog člana, koji je ujedno i član uprave tog društva, problem "oportunističkog" ponašanja tih članova, kao što je nedopušteno izvlačenje imovine iz društva i *self-dealing* transakcije još se više intenzivira.<sup>51</sup> Tome svakako

---

sklapanju ugovora u ime društva, ali s osobnim interesom u pravnom poslu. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2012., vol. 62, br. 4, str. 1137-1173.

- 48 Dugo se u pravnoj literaturi promatralo d.d. kao društvo koje ima raspršenu dioničarsku strukturu. Međutim, uvažene studije pokazuju da na svjetskoj razini, a posebice u kontinentalnoj Europi, čak i dionička društva koja kotiraju na uređenim tržištima bilježe trend koncentriranog vlasništva, odnosno dioničarske strukture s većinskim dioničarem. Vidi La Porta, R., Lopez-De-Silanes, F., Shleifer, A., *Corporate Ownership Around the World*, *The Journal of Finance*, 1999., vol. 54, br. 2, str. 471- 517., str. 491. i dalje; Enriques, L., Volpin, P., *Corporate Governance Reforms in Continental Europe*, *Journal of Economic Perspectives*, 2007., vol. 21., br. 1, str. 117-140., str. 119. i dalje.
- 49 U okviru "agency problem" doktrine, manjinske članove društva mogli bi smatrati principalima, a većinske članove agentima. Srž ovog sukoba jest što većinski članovi mogu isključiti manjinske članove društva, primjerice kroz *squeeze out* institut, te imaju prevladavajući utjecaj na donošenje gotovo svih odluka u društvu, kao što je odluka o upotrebi dobiti, zaposlenju manjinskih dioničara u društvu i drugo, pri čemu postoji opasnost da to čine na štetu manjinskih članova i društva. Vidi Armour, J., Hansmann, H., Kraakman, R., *op. cit.*, u bilj. 44., str. 36.
- 50 Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 29.; Enriques, L., Volpin, P., *op. cit.*, u bilj. 48, str. 117. O položaju manjinskog člana u zatvorenom društvu vidi pregledno u Rock, E. B., Wachter, M. L., *Waiting for the Omelet to Set: Match-Specific Assets and Minority Oppression in Close Corporations*, u McCahery, J. A., Raaijmakers, T., Vermeulen, E. P. H. (ur.), *The governance of close corporations and partnerships, US and European Perspectives*, Oxford University Press, 2004., str. 93-132.
- 51 McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., *op. cit.* u bilj. 8., str. 46; Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 29-30. Glede hrvatskog prava, valja napomenuti da je zakon prepoznao opasnost tzv. *self-dealing* transakcija, te je u okviru d.o.o.-a izrijekom odredio da kada društvo odlučuje o pravnome poslu između člana i društva, taj član nema prava glasa kada se o tomu odlučuje na skupštini. Vidi čl. 445. st. 5. ZTD-a. Za pregled



doprinosi i činjenica da u zatvorenim društvima teže dolazi do promjene u strukturi članstva, pa se tako puno teže ili uopće ne mijenja identitet većinskog člana, kao što se ne mijenja ni uprava ako je takva volja većinskog člana društva.<sup>52</sup> Primjeri oportunističkog ponašanja u zatvorenim društvima su i isplata neopravdano visokih plaća većinskom članu, odobravanje zajmova po povoljnijim uvjetima, korištenje imovine društva za vlastitu uporabu, kupnja dionica/udjela od većinskog člana od strane društva po vrijednosti većoj od tržišne i drugo.<sup>53</sup> Takvo postupanje predstavlja povredu obveze lojalnog postupanja prema društvu i drugim članovima društva te je upravo to glavni temelj njihove odgovornosti prema društvu i članovima.<sup>54</sup> Iako su ti problemi prisutni i kod otvorenih društava, za zatvorena društva, posebice ona koja imaju većinskog člana, ističe se manji stupanj kontrole nad vođenjem društva i ponašanjem većinskog člana. Kada se tomu doda činjenica da nadzorni odbor, čija je primarna uloga zaštita interesa članova društva kroz nadziranje rada uprave, nije obvezatan organ u RH (osim u zakonom predviđenim slučajevima),<sup>55</sup> jasno je da se ukupna korporativna moć može koncentrirati u rukama jedne osobe – koja je većinski član društva i član uprave. Također, zatvorena društva nemaju dodatne mehanizme vanjske kontrole, kao što to imaju primjerice društva koja kotiraju na uređenim tržištima, osim ako ne obavljaju neku djelatnost koja predviđa vanjski nadzor.<sup>56</sup>

Nadalje, s obzirom na veliku slobodu u uređivanju odnosa u zatvorenim društvima, glede upravljačkih i imovinskih prava, moguće je da neki članovi društva ostanu bez prava na sudjelovanje u dobiti društva, a u komparativnom pravu, čak i bez prava glasa.<sup>57</sup> Dakle, u zatvorenim društvima moguće je da član društva pristane na ugovorno smanjenje njegovih prava u društvu. To će istodobno za posljedicu imati ugovorno povećanje upravljačkih ili imovinskih prava većinskog člana, a što već postojeći sukob interesa između većinskih i manjinskih članova društva čini još

---

sličnih rješenja na komparativnoj razini vidi pregledno u Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 62.

52 Tako i Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 34.

53 Vidi Ragazzo, R. A., *Toward a Delaware Common Law of Closely Held Corporations*, *Washington University Law Review*, vol. 77, br. 4., 1999, str. 1099-1151., str. 1116. Tako i Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 37-41.

54 Iako se obveza lojalnog postupanja prema društvu i članovima smatra jedno od temeljnih načela društva, ta obveza nije izrijekom propisana ZTD-om, već proizlazi iz naravi samog društva. Stoga je temelj odgovornosti člana društva za oportunističko ponašanje, naročito za izvlačenje imovine iz društva i self-dealing transakcije, upravo u povredi obveze na lojalno postupanje. Drugi temelj njihove odgovornosti nalazimo u obveznom pravu, kroz institut stjecanja bez osnove. Tako Širola, N., *Odgovornost članova društva s ograničenom odgovornošću za nedopušten zahvat u imovinu društva*. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2011., vol. 61, br. 5, str. 1687-1728., str. 1693.

55 Čl. 434. st. 2. ZTD-a.

56 Vidi Ragazzo, R. A., *op. cit.*, u bilj. 53., str. 1116.

57 Vidi Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 50. U hrvatskom pravu, članovi d.o.o.-a mogu drukčije urediti pravo glasa i pravo dobiti od dispozitivnih odredbi ZTD-a kojima se ta prava uređuju. No, ako se drukčije uređuje pravo glasa, ZTD postavlja ograničenje da svaki član mora imati najmanje jedan glas. Dakle, nije moguće isključiti člana d.o.o.-a od prava glasa. Vidi čl. 445. st. 3. ZTD-a. Za slobodu uređenja prava na dobiti vidi čl. 406. st. 2. ZTD-a.

intenzivnijim.

S obzirom na to da su članovi zatvorenog društva često ujedno i njegovi zaposlenici, većinski član društva može manjinske članove staviti u nepovoljan položaj budući da može utjecati na prestanak ugovora o radu, prijetiti otkazom i sl.<sup>58</sup> Ako pođemo od toga da će neki članovi uložiti u zatvoreno društvo upravo da bi se na taj način zaposlili, otvara se pitanje predstavlja li otkazivanje ugovora o radu zaobilazno isključenje člana društva od dobiti društva, posebice ako se dividenda ne isplaćuje te članovi društva sudjeluju u dobiti društva jedino kroz plaće ili primanja zbog, primjerice, obavljanja funkcije člana uprave.<sup>59</sup> U svakom slučaju otkazivanje ugovora o radu dovodi u pitanje smisao njihova ostanka u društvu, a svjedoči o narušenim odnosima između članova društva.

Ako je manjinski član društva nezadovoljan svojim položajem ili načinom vođenja društva, postavlja se pitanje na koji način može riješiti svoj problem. Za usporedbu, nezadovoljan dioničar u dioničkom društvu, može relativno lako izaći

58 Tako i Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 39.

59 Ragazzo analizira sudske presude SAD-a u kojima su sudovi raspravljali predstavlja li davanje otkaza nedopušteno isključenje manjinskog člana iz dobiti društva u zatvorenim društvima. U oba slučaja (Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc., 370 Mass. 842, 353 N.E.2d 657 (1976) i In re Judicial Dissolution of Kemp & Beatley, Inc., 473 N.E.2d 1173, 1881 (1984)) suci su zaključili da se radi o nedopuštenom isključenju (tzv. *freeze-out*), jer ta radnja nije bila poduzeta zbog opravdanog poslovnog cilja. To je posebice slučaj ako članovi ne primaju dividendu, već samo plaću kao zaposlenici tog društva. Vidi Ragazzo, R. A., Ragazzo, R. A., *op. cit.*, u bilj. 53., str. 1103. I pred hrvatskim sudom se pojavio slučaj u kojemu je bilo sporno davanje otkaza članu d.o.o.-a. Radilo se o d.o.o.-u s dva člana, od kojih je jedan član bio ujedno i član uprave, a preostali član je bio ujedno i zaposlenik društva. Dakle, radilo se o tipičnom zatvorenom društvu. Tužbu je pokrenuo član društva koji je dobio otkaz, tražeći od suda da se okolnost što je član uprave dao otkaz drugom članu u društvu, prizna kao važan razlog za opoziv člana uprave. Naime, kao što je već spomenuto, članovi društva d.o.o.-a mogu temeljem čl. 424. st. 2. ZTD-a tražiti od suda da opozove člana uprave, ali za to mora postojati važan razlog. Članovi društva će posegnuti za ovom opcijom jedino ako nemaju dovoljno glasačke moći da na skupštini izglasaju opoziv tog člana uprave, što je upravo i bio slučaj u opisanoj sporu. Iako sud nije odlučivao radi li se o nedopuštenom isključenju člana društva zbog davanja otkaza, ipak je dotaknuo pitanje radi li se o takvom ponašanju između članova društva, koje valja sankcionirati, u ovome slučaju na način da se tužitelju odobri opoziv člana uprave. Sud je ocijenio da činjenica da je jedan član društva drugome dao otkaz, ipak ne čini važan razlog za opoziv člana koji je ujedno u funkciji člana uprave. Pritom sud ne pruža obrazloženje svoga shvaćanja, već samo konstatira: Što se tiče otkaza o radu koje je član uprave dao predlagateljici, ta se činjenica ne može smatrati razlogom za opoziv, a predlagateljica zaštitu svojih prava iz radnog odnosa može zahtijevati u posebnom postupku. Vidi presudu Visokog trgovačkog suda RH, Pž-59/06-3 od 31. siječnja 2006. Iz presude nisu dostupni podatci je li društvo dijelilo dividende svojim članovima, te je li plaća *de facto* bila jedini način sudjelovanja u dobiti društva. S obzirom na to da nemamo te podatke, ne možemo u potpunosti uspoređivati shvaćanje sudova u navedenim američkim slučajevima s izloženim hrvatskim slučajem. Ipak, smatramo da bi u okviru zatvorenog društva, sudovi trebali u obzir uzimati specifičnosti tog društva te osjetljivi položaj članova društva, posebice manjinskih članova društva. Valja istaknuti i da smo uvidom u sudski registar utvrdili da je društvo iz opisane spora prestalo postojati, a što govori u prilog tezi da kada se u okviru zatvorenog društva naruše odnosi između članova društva, tada to društvo u pravilu ne može nastaviti s poslovanjem.

iz društva prodajom svojih dionica (ako društvo kotira) na uređenom tržištu. U zatvorenom društvu, nezadovoljni član društva nema tu mogućnost, odnosno to je znatno teže ostvarivo, bilo zbog postojanja ograničenja u prijenosu udjela bilo zbog nedostatka tržišta na kojem bi prodao poslovni udio. Također, da bi uopće pristupio prodaji poslovnog udjela, osim pronalaska zainteresiranog kupca, morat će se suočiti i s troškovima procjene njegove vrijednosti te troškovima javnog bilježnika. Iz tih razloga nezadovoljni manjinski član može biti doveden u situaciju da svoj udio može prodati samo većinskom članu. Nerijetko će u tom slučaju većinskom članu prodati svoj udio po cijeni manjoj od tržišne.<sup>60</sup> U tom slučaju mogu nastupiti prijepori i u pogledu primjene različitih (računovodstvenih) metoda procjene vrijednosti udjela, pri čemu će većinski član zagovarati onu metodu kojom će nastojati podcijeniti vrijednost (manjinskog) udjela, dok će manjinski član zagovarati metodu procjene, kojom će blago nastojati precijeniti vrijednost istog. Manjinski će član pristati na uvjete većinskog člana ako smatra da nema drugog izbora, te ako mu ostanak u društvu postane nepodnošljiv, a do čega ga, u primjerima nelojalnog postupanja, može dovesti upravo član koji mu naposljetku i nudi otkup njegovih udjela.<sup>61</sup>

Razmatrajući odnos između članova društva, pogotovo u situacijama kada im život u zajedničkom pothvatu postane nepodnošljiv, postavlja se pitanje smiju li članovi na takav način postupati jedan prema drugome, ili se u okviru društva, napose zatvorenog u kojemu su članovi to više usmjereni jedni na druge (primarno zbog otežanog izlaska iz društva), od članova traži određena obzirnost u postupanju. U pravnoj se doktrini smatra da su članovi društva, uključujući i d.o.o., obvezni lojalno postupati prema društvu i drugim članovima društva.<sup>62</sup> Ako se pritom, to društvo može kvalificirati i kao zatvoreno društvo, u američkoj i njemačkoj sudskoj praksi zauzet je stav da se, zbog specifičnog položaja članova tih društava, od njih traži i viši stupanj lojalnosti, koji bi odgovarao onome između članova društava osoba (koja

60 Tako i Ragazzo, R. A., *op. cit.*, u bilj. 53., str. 1104. Ako većinski član nudi manjinskom članu kupnju njegovih udjela po cijeni manjoj od tržišne, postavlja pitanje može li se sankcionirati takvo ponašanje većinskog člana kao nelojalno postupanje prema društvu i članovima društva. Ragazzo analizira američke slučajeve u kojima su sudovi smatrali da ponuda kupnje po manjoj cijeni, zajedno s drugim razlozima, čini povredu obveze lojalnosti prema članovima društva. Tako je u slučaju *McCallum v. Rosen's Diversified, Inc* (153 F.3d 701, 703 (1998)), sud naložio novi izračun za udjele manjinskog člana društva.

61 Tako je primjerice većinski član u američkom slučaju *Wilkes v. Springside Nursing Home, op. cit.*, u bilj. 59., prije no što je ponudio kupnju udjela manjinskom članu, dao otkaz manjinskom članu, opozvao ga s mjesta člana uprave te mu nije isplaćivao dividende. Drugim riječima, poduzimao je radnje kako bi da manjinskom članu ostanak u društvu postao nepodnošljiv. Vidi više o tomu u: Loewenstein, M. J., *Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc.: A Historical Perspective*, *Western New England Law Review*, 2011., vol. 33, str. 339–368. I u hrvatskoj se pravnoj doktrini tumači da se odluku o neisplati dividende u d.o.o.-u može donijeti samo ako je poslovno opravdana. U slučaju da to nije, otvara se prostor tumačenju da većinski član društva oštećuje manjinske članove, te bi se takva odluka mogla pobijati. Vidi Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 296.

62 Tako za njemački GmbHG vidi: Pentz, A. u Rowedder, H., Schmidt-Leithoff (ur.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Verlag Franz Vahlen, München, 5. Izd., 2013., str. 455 i dalje. Za hrvatski d.o.o. tako Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 234. i dalje; Širola, N., *op. cit.*, u bilj. 54., str. 1694.

su komparativno često bez pravne osobnosti).<sup>63</sup> U oba slučaja sudovi su prepoznali sličnost zatvorenih društava s društvima osoba i partnerstvima (što bi u hrvatskom pravu odgovaralo ortaštvu), te su iz tog razloga postavili viši standard obveze lojalnosti između članova zatvorenog društva, posebice većinskog u odnosu na interese manjinskih članova. Takvo stajalište nalazi se i u hrvatskoj pravnoj doktrini, gdje se prepoznaje da u d.o.o.-u vlada veća osobna povezanost članova u društvu,<sup>64</sup> pa možemo argumentirati da to obvezu lojalnog postupanja između članova d.o.o.-a približava standardu lojalnog postupanja u društvima osoba. Također, tumači se da je većinski član društva vezan obvezom lojalnog postupanja tako da ne zloupotrebljava položaj u društvu na način da nanosi štetu manjinskim članovima, ako nema opravdanog razloga za takvo postupanje.<sup>65</sup>

Naposljetku, može se postaviti pitanje zbog čega bi potencijalni ulagatelj uopće uložio u zatvoreno društvo gdje će steći položaj manjinskog člana društva, a pritom su mu poznati rizici koje takvo ulaganje sa sobom nosi. Ponajprije, u tipično zatvoreno društvo u pravilu ulažu osobe koje se međusobno poznaju, na prijateljskoj ili obiteljskoj osnovi.<sup>66</sup> Za pretpostaviti je da između njih vlada viši stupanj povjerenja, barem u trenutku osnivanja društva. Uz taj viši stupanj povjerenja, u literaturi se navodi i da u tim slučajevima manjinski član očekuje da se većinski član neće upuštati u zlouporabe jer bi time izgubio ugled među prijateljima ili u obitelji, što može biti i teža sankcija

63 Za američko pravo radi se o već spomenutom slučaju *Donahue v. Rodd Electrotype Co.*, *op. cit.*, u bilj. 1. Za njemačko pravo vidi slučaj BGH, Urteil vom 5.6.1975., NJW 1976, 191. Za kratki prikaz stavova drugih komparativnih jurisdikcija po ovome pitanje vidi Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 54. Autori zaključuju da, iako postoje razlike, obveza lojalnog postupanja većinskog prema manjinskim članovima zatvorenog društva postoji u svim promatranim jurisdikcijama kao dio nepisanog prava zatvorenih društava.

64 Tako Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 234.

65 Širola, N., *op. cit.*, u bilj. 54., str. 1695. U američkom slučaju *Wilkes v. Springside Nursing Home*, *op. cit.*, u bilj. 59., sud je uveo standard prema kojemu član društva nije mogao biti "frozen out" od sudjelovanja u društvu, osim ako je postojao opravdani i legitimni razlog za to, pri čemu sud traži da se taj opravdani razlog nije mogao postići na drugi način koji bi bio manje štetan za interes manjinskih članova društva. Vidi Loewenstein, M. J., *Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc.: A Historical Perspective*, *op. cit.*, u bilj. 61, str. 339. No, da ima i suprotnih stavova američkih sudova o tomu, vidi pregledno u Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 56 i dalje. Napomena da se u američkoj literaturi koja razmatra odnos nelojalnog postupanja između većinskog i manjinskog člana društva često koristi termin "freeze out". To nije istoznačnica s institutom istupanja ili isključenja člana d.o.o.-a koji prepoznaje naš ZTD. Također se u kontekstu zatvorenih društava ne koristi kao istoznačnica institutu *squeeze-out*, gdje bi, da se radi o tomu, došlo do prisilnog prijenosa udjela manjinskih članova na većinske. Dakle, manjinski članovi društva i dalje zadržavaju svoje udjele. No, radi se o situaciji gdje većinski članovi *de facto* onemogućuju manjinskom članu vršenje njegovih prava u društvu, a što se postiže legitimnim sredstvima, kao što je davanje otkaza manjinskom članu, izglasavanje u skupštini o neisplati dividende i drugo. Drugim riječima, većinski članovi zloupotrebljavaju svoj položaj u društvu. Takva zlouporaba položaja često dovodi do ponude kupnje udjela manjinskih članova, često po manjoj cijeni od tržišne, o čemu je prethodno bilo riječi.

66 Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 75.

od pravne.<sup>67</sup> Dakle, povezanost članova i moralna dimenzija odnosa između članova na neki način nadomješta izostanak veće kontrole od strane manjinskih članova društva. Također, s obzirom na to da zatvorena društva imaju mali broj članova koji se međusobno poznaju, to bi trebalo olakšati proces eventualnih pregovora i postizanja dogovora o uređenju upravljanja društvom i odnosima između članova, barem u trenutku osnivanja društva.<sup>68</sup>

S druge strane, osobna povezanost članova koja se ističe kao prednost zatvorenih društava, može biti i njegov nedostatak. Tako pri osnivanju društva, inzistiranje na pregovorima oko načina rješavanja budućih sporova može već u začetku nekoga poslovnog odnosa poslati i negativnu poruku - da nedostaje povjerenja između članova budućeg društva.<sup>69</sup> Kako bi “tvrdo” pregovaranje oko tih uvjeta moglo ugroziti i sam nastanak društva smatramo da bi mogućnost pozivanja na rješenja prihvaćena u kodeksu korporativnog upravljanja mogla uvelike rasteretiti pregovore pri osnivanju, jer bi se kodeks pojavljivao kao neutralni izvor prijedloga uređenja odnosa u društvu. Osobna povezanost članova može se negativno odraziti po društvo i ako se osobni odnosi između članova društva naruše, pogotovo ako u društvu sudjeluju članovi obitelji, odnosno bračni drugovi. Budući da je okosnica zatvorenog društva upravo odnos između članova zatvorenog društva, njihovo neslaganje na osobnoj razini vrlo često dovodi i do prestanka društva.<sup>70</sup>

Pored odnosa između većinskog i manjinskog člana zatvorenog društva, u literaturi se ističe i problem sukoba interesa između ravnopravnih članova zatvorenog društva (kada, primjerice, u društvu s dva člana imaju ista upravljačka prava). U tim slučajevima narušeni odnosi između članova društva mogu dovesti do, tzv. blokade skupštine (engl. *deadlock*), gdje članovi neće moći donijeti niti jednu odluku ako se ne usuglase, jer imaju jednaku glasačku moć.<sup>71</sup> U praksi se pokazalo da do, tzv. blokade najčešće dolazi u zatvorenim društvima koja se sastoje od samo dva člana, a što je vrlo česta struktura zatvorenih društava komparativno i u RH.<sup>72</sup> Postavlja se

67 Tako Mahoney, P. G., *Trust and opportunism in Close Corporations*, str. 177–200, u: Morck, R. K., *Concentrated Corporate Ownership*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 2007., str. 177.

68 Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 15.

69 Blair, M. M., Stout, L. A., *op. cit.*, u bilj. 13., str. 1806. Autori to uspoređuju s povjerenjem između bračnih drugova, te sklapanjem predbračnih ugovora, kojih upravo zbog toga što se ne želi dovesti do situacije gdje partneri postupaju kao da između njih nema povjerenja, u praksi ipak ima vrlo malo.

70 Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 31.

71 Vidi Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 75. i dalje; za hrvatsko pravo vidi pregledno u Brnabić, R., Ivkošić, M., *op. cit.* u bilj. 17. i Brnabić, R., Ivkošić, M., *Blokada skupštine dvočlanog d.o.o.*, 2. dio, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 54, br. 2, 2015., str. 197-214.

72 Za komparativno pravo vidi Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 76. O posebitostima dvočlanog GmbH u njemačkom pravu vidi pregledno Wolf, M., *Abberufung und Ausschluss in der Zweimann-GmbH*, ZGR, 1998., vol. 27, br. 1, str. 92-115. Kao što je već spomenuto, iz podataka središnjeg Sudskog registra proizlazi da je na datum 1. lipnja 2017., registrirano ukupno 18393 d.o.o.-a s dva člana, što čini 17 % od ukupnog broja osnivanih d.o.o.-a u RH. Iako se to ne čini kao veliki postotak, specifičnost je hrvatske prakse što je čak 76 % d.o.o.-a osnovano sa samo jednim osnivačem. Stoga podatak da je 17

pitanje što članovi mogu učiniti u tom slučaju. Ako ne predvide neki način rješavanja tog pitanja u društvenom ugovoru, tada im preostaju pravna sredstva predviđena zakonom. Ako je zatvoreno društvo osnovano kao d.o.o., tada im na raspolaganju stoje istupanje i isključenje člana iz društva te povlačenje poslovnog udjela. No, vrlo često kada se odnosi između članova zatvorenog društva naruše jedini način razrješenja njihovog sukoba je prestanak društva.<sup>73</sup> U tom smislu, članovi d.o.o.-a u RH imaju na raspolaganju tužbu za prestanak društva temeljem članka 468. ZTD-a,<sup>74</sup> gdje se kao važan razlog ističe nemogućnost ostvarenja svrhe društva, a koji se tumači na način da obuhvaća i slučaj kada se članovi s jednakim poslovnim udjelima ne mogu složiti o važnim pitanjima za poslovanje društva.<sup>75</sup> Time se postiže da članovi društva dobiju pravo na *exit*, vrate uloženo kroz postupak likvidacije društva (iako vrijednost postignuta likvidacijom ne mora odražavati tržišnu vrijednost koja bi se postigla prodajom svojeg udjela u društvu). No, takvo rješenje nije poželjno, posebice za društva koja uhodano posluju.

#### **4. RJEŠAVANJE SUKOB A INTERESA IZMEĐU ČLANOVA ZATVORENIH DRUŠTAVA PRED SUDOM - ANALIZA HRVATSKE SUDSKE PRAKSE NA PRIMJERU ISTUPANJA I ISKLJUČENJA ČLANOVA IZ D.O.O.-A**

Ako se odnosi između članova društva do te mjere naruše da suradnja više nije moguća, postavlja se pitanje koja će biti sudbina društva. Ako zakonodavac ne predvidi neka druga rješenja, posljedica bi bila prestanak društva. U okviru d.o.o.-a, gdje je zbog povezanosti članova društva i njihova specifičnog položaja, mogućnost nastanka

---

% d.o.o.-a osnovanih s dva osnivača, valja promatrati u svjetlu da to čini otprilike polovicu od svih osnovanih d.o.o.-a u RH koji imaju više od jednog člana.

73 Tako i Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 79.

74 Članovi d.d.-a i d.o.o.-a nemaju pravo tražiti od društva otkup onoga što su u društvo uložili (čl. 217. st. 1. i čl. 406. st. 1. ZTD-a). S druge strane, članovi društva osoba kao što je javno trgovačko društvo mogu otkazati društveni ugovor (čl. 98. st. 1. i čl. 99. ZTD-a), te istupanjem iz društva ovlašteni su na povrat predmeta koje su društvu dali na uporabu (čl. 105. st. 2. ZTD) i na novčanu isplatu onoga što bi primili na temelju obračuna koji bi se napravio kada bi u vrijeme njegova istupanja društvo prestalo postojati (čl. 105. st. 3. ZTD). U tom su smislu članovi javnog trgovačkog društva u boljem položaju, no članovi d.d.-a i d.o.o.-a, a posebice još ako su potonji osnovani kao zatvoreno društvo u okviru kojega je članovima društva znatno otežan izlazak iz društva prodajom svojeg udjela. Uzme li se u obzir da se zatvorena društva, čiji je model hrvatski d.o.o., po svojim značajkama približava društvima osoba, u literaturi se postavlja pitanje nije li opravdano da se i članovima zatvorenog društva da pravo izlaska iz društva na način da zatraže otkup svojih udjela. Vidi Mahoney, P. G., *op. cit.*, u bilj. 67, str. 180. Hrvatski je zakonodavac usvojio dva instituta koji se približavaju pravu otkupa udjela člana d.o.o.-a. To su pravo člana d.o.o.-a da tužbom pred sudom ishodi prestanak društva pod određenim uvjetima (čl. 468. ZTD), koji su teži od onih za prestanak javnog trgovačkog društva, no dovode do istih pravnih posljedica te institut istupa iz društva.

75 Vidi Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 587. Takav je stav zauzet i u njemačkoj sudskoj praksi. Vidi BGH, Urteil vom 15-04-1985, NYW, 1985., 1901.

nepomirljivog sukoba između članova društva veća, a time je i rizik prestanka društva veći, zakonodavac je predvidio posebne pravne institute kojima se nastoji omogućiti društvu nastanak poslovanja i u tim slučajevima. To su primarno instituti istupa i isključenja članova iz društva.<sup>76</sup> Dok u slučaju istupa, član društva pod određenim uvjetima dobiva pravo zatražiti izlaz i *de facto* otkup svog udjela od društva, u slučaju isključenja, članovi društva dobivaju pravo pod određenim uvjetima prisilno isključiti određenog člana iz društva. Korištenje ovih instituta posljednji je pokušaj da se očuva integritet društva, ako ostali oblici razrješenja sukoba nisu urodili plodom. S obzirom na veliki broj d.o.o.-a s malim brojem članova u RH, a koje smatramo da ulaze u kategoriju zatvorenih društava, cilj je ispitati jesu li ta društva često posezala za institutima istupa i isključenja, kao i analizirati pravna pitanja koja su se u kontekstu primjene tih instituta pojavila kao prijeporna.

#### **4.1. Uvodno o institutima istupanja i isključenja člana d.o.o.-a**

Instituti istupanja i isključenja člana d.o.o.-a uređeni su člankom 420. ZTD-a, koji je nakon izmjene ZTD-a iz 2003. godine,<sup>77</sup> prošao kroz znatne promjene, u okviru kojih se ističe uvedeno zakonsko pravo članova d.o.o.-a na istup i isključenje člana iz društva, čak i kada ta mogućnost nije predviđena društvenim ugovorom. Dakle, pravo na istup i isključenje člana iz društva može se temeljiti na društvenom ugovoru ili proizlazi iz zakonskih odredbi, ako se ta pitanja propuste urediti društvenim ugovorom. Kada član istupi ili kada ga se isključi iz društva prestaje njegovo članstvo u društvu kao i sva prava koja iz toga proizlaze.<sup>78</sup> Članovi d.o.o.-a ne mogu se odreći prava na istup i isključenje člana iz društva.<sup>79</sup>

Ako se društvenim ugovorom predvidi pravo članova na istup i na isključenje određenog člana, tada je ključno da se društvenim ugovorom urede uvjeti, postupak i posljedice istupanja ili isključenja.<sup>80</sup> Ako su društvenim ugovorom predviđeni svi ovi elementi, tada nije potrebno podizati tužbu radi istupa, odnosno isključenja člana iz društva, već odluku o istupu/isključenju donosi samo društvo. U okviru društva, tu će odluku u pravilu donositi skupština, ali se društvenim ugovorom

76 Uz institut istupa i isključenja člana iz društva, članovi društvenim ugovorom mogu ugovoriti i mogućnost povlačenja (amortizacije) poslovnog udjela (čl. 419. ZTD). Ako je ova mogućnost predviđena društvenim ugovorom, može se argumentirati da predstavlja još jedan način razrješenja sukoba između članova, jer ako se članu povuku svi poslovni udjeli koje je držao u društvu, on prestaje biti članom tog društva. Pritom povlačenje udjela može biti prisilno – bez suglasnosti imatelja udjela, ili dobrovoljno – uz suglasnost imatelja udjela. U radu se autori neće baviti ovim institutom, već su odabrani instituti istupa i isključenja člana iz društva, jer su te mjere usmjerene prema samome članu zbog njegovih osobnih svojstava, pri čemu poslovni udio i dalje nastavlja postojati. S druge strane, kod povlačenja poslovnog udjela, može se reći da je djelovanje usmjereno prema poslovnom udjelu jer njegovim povlačenjem, sam poslovni udio prestaje postojati, dok imatelj tih udjela može i dalje biti članom društva, ako je pored povučenih udjela u društvu imao i druge udjele.

77 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima, NN br. 118/2003.

78 Čl. 421. st. 1. ZTD-a.

79 Čl. 420. st. 4. ZTD-a.

80 Čl. 420. st. 1. ZTD-a.

može odrediti da to može biti i neki drugi organ društva, kao što je nadzorni odbor.<sup>81</sup> Član koji se isključuje nema pravo glasa po tom pitanju, jer se tu radi o rješavanju spora između njega i društva (čl. 445. st. 5. ZTD), što znači da ako društvo ima dva člana, da će o isključenju jednoga odluku donositi drugi. Najveća prednost uređenja istupa/isključenja člana iz društva jest što se tada ne moraju voditi sudski postupci za donošenje valjane odluke o istupu/isključenju. U tom će slučaju pitanje istupa/isključenja doći pred sud jedino kod osporavanja valjanosti takve odluke. Međutim, ukoliko svi elementi nisu predviđeni društvenim ugovorom, što je nažalost čest slučaj u praksi,<sup>82</sup> članovi će morati podignuti tužbu za istup/isključenje sukladno zakonskim odredbama.

Sudski postupak istupanja člana iz d.o.o.-a uređen je člankom 420. stavak 2. ZTD-a, a postupak isključenja člana iz d.o.o.-a uređen je člankom 420. stavak 3 ZTD-a. Aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe za istupanje iz društva ima član d.o.o.-a koji želi istupiti iz društva, dok aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe za isključenje člana iz društva ima društvo i svi ostali članovi društva.<sup>83</sup> Pored pitanja tko je ovlašten podnijeti tužbu, postupci istupanja i isključenja pred sudom međusobno se razlikuju i u pogledu razloga koje će sud uvažiti kao razloge za istup/isključenje. Tako zakon uređuje da član d.o.o.-a koji istupa mora dokazati postojanje opravdanih razloga za istup. Pritom se kao primjere opravdanih razloga navodi slučaj kada članovi društva ili neki od organa društva prouzroče štetu članu koji želi istupiti, zatim ako je taj član spriječen u ostvarenju svojih prava u društvu te ako mu neki organ društva nameće nerazmjerne obveze.<sup>84</sup> Uočava se da opravdani razlog mora postojati u odnosu na osobu člana koji želi istupiti iz društva, a ne općenito što bi možda predstavljalo osnovu za podnošenje tužbe za prestanak društva.<sup>85</sup> S druge strane, za isključenje člana iz društva, društvo ili svi ostali članovi društva moraju dokazati da za to postoji važan razlog, pri čemu zakon navodi da se važnim razlogom za isključenje smatra takvo ponašanje člana kojim se onemogućuje ili znatno otežava postizanje cilja društva zbog čega je ostanak tog člana u društvu nepodnošljivo za društvo.<sup>86</sup>

Bez obzira na to temelji li se istup ili isključuje na društvenom ugovoru ili zakonu, član koji istupa/kojega se isključuje ima pravo na naknadu tržišne vrijednosti

81 Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 164.

82 Tako i Akšamović, D., Isključenje člana društva s ograničenom odgovornošću – otvorena pitanja i dvojbe, *Hrvatska pravna revija*, br. 7-8, 2014., str. 48-57., str. 49.

83 Pregledno o položaju članova koji podižu tužbu za isključenje člana vidi u: Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 166. O stajalištu da bi se pravo na podizanje tužbe za isključenje člana trebalo dati i svakom pojedinom članu vidi Akšamović, D., *op. cit.* u bilj. 82., str. 56.

84 Vidi čl. 420. st. 2. ZTD-a. Barbić obrazlaže da je kriterij opravdanih razloga postavljen kako bi se omogućilo članu da odustane od zajedničkog cilja na kojeg je pristao ulaskom u društvo. To ne bi bilo moguće dopustiti ako ne bi bilo opravdanog razloga za takvo ponašanje člana, te Barbić tumači da istupanje ne bi trebalo dopustiti ako član svoj udio može prenijeti na treću osobu ili člana društva, već da je istupanje institut kojeg valja primjenjivati samo kada član društva ne bi mogao na drugi način izaći iz društva. Takvo stajalište smatramo opravdanim. Vidi Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 170.

85 Tako i Slakoper, Z., *op. cit.* u bilj. 28., str. 237.

86 Čl. 420. st. 3. ZTD-a.



svog poslovnog udjela.<sup>87</sup> Ako član istupa ili se isključuje u sudskom postupku, već u tužbi za istupanje/isključenje član koji istupa mora navesti iznos naknade i primjereni rok za plaćanje. Sud ako usvoji tužbeni zahtjev, mora odrediti tržišnu vrijednost udjela i naložiti društvu da je isplati članu koji istupa u roku određenom u presudi.<sup>88</sup> Pritom se može pojaviti pitanje u kojem se trenutku treba utvrditi tržišna vrijednost poslovnog udjela: u trenutku pokretanja postupka, primjerice podizanja tužbe za istupanje/isključenje iz društva ili u trenutku stvarnog istupanja/isključenja. Smatramo da u odgovoru na ovo pitanje valja tumačiti rješenja iz članka 421. stavak 2. i 3. ZTD-a. Tako članak 421. stavak 2 ZTD-a izrijeком predviđa da član koji istupa iz društva ima pravo na naknadu tržišne vrijednosti svojih poslovnih udjela kakva je bila u trenutku istupanja, a stavak 3. istog članka predviđa da će se smatrati da je član društva istupio ili da je isključen ne od trenutka donošenja odluke društva ili suda o istupanju/isključenju, već od trenutka kada mu je isplaćena tržišna vrijednost njegovih udjela. Drugim riječima, član koji istupa ili koji se isključuje iz društva može ostvarivati sva svoja prava u društvu do trenutka kada se njegov udio ne isplati.<sup>89</sup> Ako član i dalje vrši svoja prava, a zakon izrijeком utvrđuje da se vrijednost poslovnog udjela određuje “u vrijeme istupanja odnosno isključenja”, smatramo da valja tumačiti da se tržišna vrijednost poslovnog udjela treba odrediti prema trenutku istupanja/isključenja člana iz društva, što je posebice važno za članove društva uzme li se u obzir da postupci istupanja/isključenja pred sudom mogu trajati više godina.

Ističemo da kada se istup/isključenje člana iz društva uređuje društvenim ugovorom, tada zakon ne zahtijeva da se za to mora tražiti postojanje opravdanog/važnog razloga, odnosno u društvenom se ugovoru ne mora predvidjeti postojanje opravdanog/važnog razloga kao uvjet da bi članovi mogli istupiti/isključiti ih se iz društva. No, bez obzira na to što to izrijeком nije predviđeno, smatramo da se društvenim ugovorom pod uvjetima za istup treba predvidjeti i razlog zbog kojeg će se članu društva dopustiti istup iz društva, jer to *de facto* ima učinak da društvo od člana otkupljuje udio, što je izrijeком zabranjeno za članove d.o.o.-a, kao i da bi se član opravdao što više neće djelovati u zajedničkom cilju društva.<sup>90</sup> Isto vrijedi i za postupak isključenja člana, gdje iako zakon ne predviđa postojanje važnog razloga, smatramo da se člana može isključiti samo ako postoji razlog u osobi člana koji je dovoljno važan da se opravda prisilno isključenje člana iz društva. Prednost je što se društvenim ugovorom mogu preciznije odrediti razlozi čijim nastupanjem član stječe pravo na istup, odnosno razlozi zbog kojih ga se može isključiti iz društva, što odluku skupštine ili drugog organa društva o istupu člana čini utemeljenijom i manje

87 Dakle, nikako se ne može raditi, o tzv. knjigovodstvenoj vrijednosti poslovnog udjela, već isključivo o njegovoj tržišnoj vrijednosti. Vidi presudu Visokog trgovačkog suda RH, Pž-1912/99 od 8. lipnja 1999. Iako se ta presuda odnosi na slučaj istupa člana iz društva, smatra se da to isto shvaćanje treba primijeniti i na određivanje vrijednosti poslovnog udjela u slučaju isključenja člana iz društva. Vidi Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 167. Nadalje, ako je član koji istupa u društvo uložio stvari i prava, ima pravo da mu se uloženo vrati. Vidi čl. 421. st. 2. ZTD-a.

88 Vidi čl. 420. st. 2. i 3. ZTD-a.

89 Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 168. i str. 173.

90 *Ibid.*, str. 170.

izloženom riziku pobijanja od nezadovoljnog člana.<sup>91</sup>

U nastavku će se analizirati jesu li sudski postupci za istupanje i isključenje česti u praksi, te o kojim su pravnim pitanjima sudovi raspravljali u tim slučajevima.

#### **4.2. Istupanje i isključenje člana d.o.o.-a – pregled pravnih pitanja koja su se raspravljala pred sudom**

Uvidom u sudsku praksu u povodu istupanja i isključenja člana iz d.o.o.-a, uočava se mali broj slučajeva. S obzirom na veliki broj d.o.o.-a osnovanih u RH, takvo stanje *prima facie* iznenađuje. Jedan od razloga jest svakako što u hrvatskoj praksi ipak prevladavaju d.o.o.-i osnovani s jednim članom. Nadalje, prema dostupnim podatcima proizlazi da je velik broj tužbi za isključenje i istupanje člana iz društva povučeno (čest je razlog jer je nad jednom od stranaka otvoren stečajni postupak), a veliki je čimbenik i taj što se pred sudovima prvog i sudom drugog stupnja vode dugotrajni postupci, posebice kada je potrebno provesti vještačenja. Zanimljivo je i da je manji broj slučajeva završio nagodbom<sup>92</sup> ili priznanjem tužbenog zahtjeva.<sup>93</sup>

Prije no što se krene u razradu pravnih pitanja koja su se raspravljala pred sudom vezano uz isključenje/istup iz društva, analizirali smo jesu li sudovi u tim slučajevima svoje presude obrazlagali postojanjem specifičnih korporativnopravnih odnosa između članova u d.o.o.-u. Iz dostupnih presuda, samo se u jednoj presudi vezano uz istup člana navodi da je sud [...] u postupku utvrdio da je osnov njihovog povezivanja predstavljalo višegodišnje prijateljstvo i odnos povjerenja koji je i uvjetovao poslovnu aktivnost u sklopu društva tuženika. Kod takve naravi odnosa i okruženja odvijanja poslovne aktivnosti sud je utvrdio da narav međuljudskih odnosa u bitnoj mjeri utječe na pitanje kvalitete odnosa između članova društva ubuduće. Stoga je, imajući u vidu navedeno utvrđenje, u postupku utvrđeno da je između stranaka došlo do odnosa narušenog povjerenja koje je rezultiralo donošenje odluke na skupštini [...], prema kojoj se [tužitelju] uskratilo davanje informacija [...], a što predstavlja povredu članskih prava.<sup>94</sup> U ostalim slučajevima sudovi samo ispituju jesu li se ispunili uvjeti za istup/isključenje predviđeni društvenim ugovorom ili temeljem zakona. Smatramo da bi sudovi u ovim slučajevima ipak trebali jasno ukazivati da je do određenih poremećaja u funkcioniranju društva došlo zbog narušenih odnosa između članova, što će gotovo uvijek biti slučaj. To sucima daje *ratio* nastanka spora, kojeg pri donošenju odluke treba uzimati u obzir, uz, naravno, ispitivanje jesu li ispunjeni uvjeti za istup/isključenje člana temeljem društvenog ugovora ili zakona.

Iz dostupnih sudskih presuda, pravna pitanja koja su se raspravljala pred sudovima mogu se razvrstati u dvije skupine. U prvoj, u velikome broju presuda ispitalo se jesu li društvenim ugovorom predviđeni svi elementi (uvjet, postupak i posljedice istupanja i isključenja) za istupanje ili isključenje člana iz društva. Primjer

91 Tako i Akšamović, D., *op. cit.* u bilj. 82., str. 54-55.

92 Vidi primjerice, Trgovački sud u Pazinu, Služba za mirenje, 9 P-667/15 (1 MIR-8/17-4) od 6. travnja 2017.

93 Kao primjer vidi isključenje člana po presudi temeljem priznanja, Trgovački sud u Rijeci, P-3172/2011-27, od 17. travnja 2013.

94 Vidi presudu Trgovačkog suda u Rijeci, P-748-09, od 1. lipnja 2011.

u kojemu su predviđeni svi elementi za isključenje člana iz društva u društvenom ugovoru jest koji je sadržavao odredbu da član društva može biti isključen iz društva ako društvu prouzroči štetu, a glede postupka isključenja, da odluku o isključenju donosi skupština. Kao posljedica isključenja, predviđalo se da prestaje članstvo isključenom članu te da ima pravo na naknadu tržišne vrijednosti svojih poslovnih udjela. Kada je, dakle, postupak istupa/isključenja predviđen u društvenom ugovoru, rješenja iz društvenog ugovora imaju prednost pred zakonskim rješenjima iz članka 420. stavak 2. i 3. ZTD-a. Točnije, sud će podržati odluku skupštine o istupu/isključenju ako je ta odluka donesena sukladno odredbama društvenog ugovora.<sup>95</sup>

No, to je u praksi rijetko. Primjećuje se da je u velikom broju slučajeva, kada je istup/isključenje člana predviđeno u društvenom ugovoru, to ipak napravljeno tako da neki od elemenata potrebnih za primjenu postupka istupa/isključenja temeljem društvenog ugovora nedostaje. Čim jedan element (uvjet, postupak ili posljedice istupanja i isključenja) nedostaje, postupak istupa ili isključenja može se provesti samo na temelju konstitutivne tužbe po članku 420. st. 2. i 3. ZTD-a. Tako je u jednoj presudi sud jasno zauzeo stav da ako se ne predvide razlozi koji moraju biti ostvareni da bi član društva mogao istupiti iz društva ili razlozi zbog kojih se člana može isključiti, iako je u društvenom ugovoru bila predviđena mogućnost isključenja i istupa člana, na istup/isključenje člana neće se primjenjivati odredbe društvenog ugovora već zakonska rješenja za istup/isključenje člana iz društva.<sup>96</sup> Drugim riječima, to društvo neće moći isključiti svog člana odlukom skupštine, već jedino sudskim postupkom podizanjem tužbe temeljem članka 420. stavka 3. ZTD-a.

Također se primjećuje da i kada su prisutni svi elementi, da se propušta preciznije odrediti uvjete za istup/isključenje. Pritom se ističe da se vrlo rijetko u društvenom ugovoru opisuje što bi se napose smatralo opravdanim razlogom za istup,<sup>97</sup> odnosno važnim za isključenje, već se samo ponavlja zakonska određenja opravdanih/važnih razloga. Preciznije određenje razloga za istup/isključenje u društvenim ugovorima znatno bi utjecalo na uspješnost ovih instituta u praksi.

Ako su svi potrebni elementi za istup/isključenje iz društva predviđeni u društvenom ugovoru, raspravljalo se jesu li stranke u konkretnom slučaju poštivale odredbe društvenog ugovora za istup i isključenje člana. Primjerice, u jednome je slučaju društvenim ugovorom bilo predviđeno da član ima pravo istupiti iz društva

95 Vidi presudu Visokog trgovačkog suda, Pž-4098/09-3 od 8. prosinca 2009.

96 Vidi presudu Trgovačkog suda u Bjelovaru, P-1027/01 od 13. listopada 2005., potvrđenu presudom Visokog trgovačkog suda, Pž-7151/05 od 1. srpnja 2008., objavljene u Izboru odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, 2009., br. 15, str. 144-150.

97 Tako primjerice u jednome slučaju sud promišlja što bi se moglo smatrati opravdanim razlogom za istup, budući da to nije precizirano u društvenom ugovoru. Tako sud razmatra da se načelno može raditi o razlozima u osobi samog člana, njegovim odnosima s drugim članovima ili odnosima u društvu. Sud navodi da se opravdanim razlozima za istup može smatrati i "[...] istupanje zbog nelojalnosti drugog člana ili članova, izvlačenja sredstava iz društva i slično". Vidi presude Visokog trgovačkog suda, Pž 4503/04-4 od 28. kolovoza 2007. i Pž 6944/11-3, od 30. lipnja 2011. To u biti znači da ako se društvenim ugovorom propusti preciznije odrediti što će se smatrati opravdanim razlogom za istup člana te ako nakon toga nastane spor oko toga, sud će procjenjivati postoji li opravdani razlog po istim kriterijima kako bi to utvrđivao da postupak istupa nije predviđen društvenim ugovorom, već da član istupa temeljem čl. 420. st. 2. ZTD-a.

ako postoje opravdani razlozi i ako član koji istupa pošalje izjavu o istupanju “preporučeni pismom direktoru društva”.<sup>98</sup> U konkretnom slučaju, sud je, pored utvrđenja da tužitelj nije dokazao postojanje opravdanog razloga, smatrao da prepiska između tužitelja i ostalih članova društva kojom tužitelj traži i pregovara o otkupu svojih udjela, ne zadovoljava izričiti formalni uvjet da se izjavu o istupu mora poslati preporučenom poštom, te je sud navedenu prepisku tumačio kao ponudom i protuponudom za kupnju poslovnih uvjeta, a ne valjanim zahtjevom za istup tužitelja iz društva.

U drugu skupinu slučajeva mogu se svrstati sporovi u kojima je sud raspravljao jesu li tužitelji uspjeli dokazati postojanje opravdanog razloga za istupanje, odnosno važnog razloga za isključenje člana.<sup>99</sup> Uvidom u dostupne presude, ističe se zaključak da su tužitelji tek u malom broju uspjeli dokazati postojanje opravdanog/važnog razloga, te da je upravo neuspjeh dokazivanja postojanja ovih razloga neupitno najčešći razlog odbijanja tužbenih zahtjeva za istup/isključenje člana iz društva.<sup>100</sup> U slučajevima gdje su tužitelji uspjeli dokazati postojanje određenih povreda od strane društva i/ili ostalih članova društva, sudovi su kao opravdani razlog za istupanje iz društva smatrali slučajeve kada je uprava društva članu onemogućila uvid u poslovnu dokumentaciju društva,<sup>101</sup> kada je društvo svojim postupanjem prouzročilo štetu članu koji želi istupiti (primjer u praksi bio je kada je društvo odbilo dati suglasnost za prijenos poslovnih udjela dok je istovremeno otkupljivalo poslovne udjele drugih članova tog društva),<sup>102</sup> kada je društvo onemogućilo članu ostvarenje njegovih članskih prava nakon što je podignuta tužba za istup s obzirom na to da se smatra da je član istupio (prestao biti članom društva) tek od trenutka kada je tom članu isplaćena

98 Vidi presudu Visokog trgovačkog suda, Pž 7403/04-3, od 13. rujna 2005.

99 Neupitno je da je upravo na tužiteljima, odnosno na članu koji želi istupiti iz društva teret dokaza da za to postoji opravdani razlog. Vidi primjerice presudu Visokog trgovačkog suda, Pž 7587/04-3, od 5. rujna 2009. Dakle, nije dovoljno samo navesti činjeničnu tvrdnju o počinjenoj povredi tuženika-društva, te temeljem nje tražiti istup, već je potrebno i dokazati da je društvo zaista tu povredu i počinilo. Vidi također presudu Visokog trgovačkog suda, Pž-7274/09-3, od 20. veljače 2013. Isto vrijedi i za slučaj isključenja člana društva, kada postojanje važnog razloga moraju dokazati društvo ili svi ostali članovi društva, ovisno o tomu tko od njih podiže tužbu.

100 Tako primjerice, u jednom slučaju tužitelj nije uspio dokazati postojanje opravdanog razloga za istup člana, a što je tvrdio da postoji jer je bio spriječen u ostvarivanju svojih članskih prava u društvu (tvrdio je da nije bio uredno pozivan na skupštinu društva). Vidi presudu Trgovačkog suda u Rijeci, P-477/14-68 od 28. studenog 2014., potvrđena presudom Visokog trgovačkog suda, Pž-1507/2015-6 od 7. lipnja 2016. Za neuspješni zahtjev isključenja (koji proizlazi iz pogrešne primjene statusnog prava društava tužitelja), vidi također presudu Visokog trgovačkog suda, Pž-4702/08-4 od 25. srpnja 2012.

101 Vidi primjerice, presudu Visokog trgovačkog suda, Pž 3261/04-4, od 12. lipnja 2007. Na to se nadovezuje i nemogućnost pristupa u poslovne prostorije društva, što se također u jednom slučaju smatralo opravdanim razlogom za istup člana iz društva, jer je on time bio spriječen ostvarivati svoja prava u društvu. Vidi Presudu Trgovačkog suda u Osijeku, III P-31/98 od 24. rujna 1998., potvrđenu presudom Visokog trgovačkog suda Pž-4019/98-2 od 23. ožujka 1999.

102 Vidi presudu Trgovačkog suda u Bjelovaru, P-1027/01 od 13. listopada 2005., potvrđenu presudom Visokog trgovačkog suda, Pž-7151/05 od 1. srpnja 2008., objavljene u Izboru odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, 2009., br. 15, str. 144-150.

tržišna vrijednost njegovih udjela<sup>103</sup> i drugo.

Zanimljivo je vidjeti i što sudovi nisu smatrali opravdanim razlogom za istup člana iz društva. To je bio slučaj kada je tužitelj tvrdio da više ne može utjecati na poslovnu politiku društva, što je po njega štetno, i to samo jer što je opozvan s mjesta člana uprave (član društva koji je ujedno i član uprave), u okviru koje je imao položaj predsjednika uprave.<sup>104</sup> Jasno je da sama činjenica opoziva s mjesta člana uprave ne oduzima članu pravo da sudjelujući u skupštini ostvaruje svoja članska prava te utječe na donošenje odluka na skupštini. S druge strane, smatramo da u kontekstu zatvorenih društava, valja uzeti u obzir da bi se pod određenim okolnostima (kada bi opoziv bio spojen i s eventualnim otkazom ugovora o radu, odlukom o neisplati dividende i drugo), i opoziv člana uprave mogao smatrati oblikom šikane tog člana društva. No, to, naravno, ovisi o konkretnim okolnostima svakog pojedinog slučaja.

Analizirajući dostupne presude glede isključenja člana iz društva, primjećuje se znatno manji broj ovih predmeta u usporedbi sa sporovima o istupu člana iz društva. Raspravljajući o ispunjenju postojanja važnog razloga za isključenje člana iz društva, sudovi su takvim razlozima ocijenili kada je član društva (nastupajući ujedno i kao član uprave tog društva) izvlačio imovinu iz društva na način da je, primjerice, prodavao imovinu društva sebi i time umanjivao vrijednost društva,<sup>105</sup> kada je član društva (nastupajući ujedno i kao član uprave tog društva) upravljao poslovima društva na način da društvo nije ostvarivalo dobit (prodaja zaliha društva po nabavnim cijenama, dakle bez zarade), zbog isplate zastarjelog duga i imovinskog oštećivanja društva<sup>106</sup> i drugo.

### **4.3. Neka razmatranja u svezi s analiziranom sudskom praksom**

Zaključuje se da je u praksi mali broj sporova temeljem istupa/isključenja članova iz d.o.o.-a, posebice u odnosu na veliki broj d.o.o.-a koji su u RH zasnovani s dva ili više članova. Od dostupnih predmeta, više je zastupljenih sporova u povodu istupa člana iz društva. Pitanja o kojima su u tim predmetima sudovi raspravljali ponajprije se odnose na analizu odredbi društvenih ugovora, ako su njima predviđeni postupci za istup/isključenje člana iz društva te ispitivanje jesu li tužitelji uspjeli dokazati postojanje opravdanog razloga za istup, odnosno važnog razloga za isključenje člana iz društva. Upravo je neuspjeh u dokazivanju postojanja ovih razloga glavni uzrok velikog postotka neuspješnosti tužbenih zahtjeva za istup/isključenje člana iz društva.

Stoga smatramo da bi članovi d.o.o.-a, kao modela zatvorenog društva, trebali preciznije urediti ove institute u svojim društvenim ugovorima. Time bi osigurali da ova pitanja ostanu u sferi autonomije samog društva, a preciznijim uređenjem, posebice koji će se razlozi smatrati opravdanim/važnim, olakšali bi provođenje ovih instituta u praksi. Time bi unaprijedili položaj članova u zatvorenom društvu te

<sup>103</sup> *Loc. cit.*

<sup>104</sup> Vidi presudu Trgovačkog suda u Osijeku, P-553/06-7 od 14. rujna 2006., potvrđenu presudom Visokog trgovačkog suda Pž 6471/06-4, od 15. listopada 2008. i presudom Vrhovnog suda RH, Revt 81/09-2 od 2. prosinca 2009.

<sup>105</sup> Vidi presudu Vrhovnog suda RH, Revt 169/09-2, od 2. siječnja 2009.

<sup>106</sup> Vidi presudu Trgovačkog suda u Osijeku, P-2071/05 od 2. siječnja 2009.

autonomnim rješenjima utkanim u društveni ugovor odgovorili dijelom na neka od korporativnopravnih pitanja koja se javljaju u zatvorenim društvima, a koja položaj člana, posebice manjinskog, čine nepovoljnijim. Primjeri razloga za isključenje koji bi se mogli predvidjeti društvenim ugovoru mogli bi biti kada član naruši ugled društva, nelojalna konkurencija društvu i drugo. Za istupanje bi se kao opravdani razlozi mogli navesti narušeni odnosi između članova društva, otkaz ugovora o radu članu koji istupa u slučajevima kada je motiv za članstvo u društvu upravo bilo ostvarenje zaposlenosti te izmjena društvenog ugovora kojom član uživa manja upravljačka ili imovinska prava (primjerice nekom se članu daje pravo izbora člana uprave, pri čemu ostali članovi više ne sudjeluju u biranju članova uprave) i drugo.

## **5. MOGUĆI SMJEROVI UNAPRJEĐENJA RJEŠAVANJA SUKOBA INTERESA IZMEĐU ČLANOVA ZATVORENOG DRUŠTVA U POSLOVNOJ PRAKSI**

Zakonska rješenja koja se primjenjuju na zatvorena društva primarni su izvor zaštite interesa članova društva. No, ta su rješenja mahom usmjerena na rješavanje posljedica sukoba interesa između članova. Stoga se postavlja pitanje mogu li članovi zatvorenog društva pozitivno utjecati na uređenje međusobnih odnosa i pored predviđenih zakonskih rješenja. Drugim riječima, mogu li članovi svojom voljom urediti međusobne odnose radi sprječavanja opisanih sukoba interesa specifičnih za zatvorena društva. Odgovor je pozitivan, pod uvjetom da su ugovorena rješenja u skladu sa zakonom. S obzirom na to da u okviru zatvorenih društava vlada visoki stupanj autonomije uređenja odnosa između članova, što je i slučaj i za hrvatski d.o.o. kao model zatvorenog društva u RH, u literaturi se smatra da je upravo mogućnost ugovaranja i pregovaranja oko uređenja međusobnih odnosa najmoćnije sredstvo u rukama članova društva.<sup>107</sup> U nastavku će se analizirati moguća uređenja upravljačkih odnosa između članova društva, primjenjivih na hrvatski d.o.o., moguće unaprjeđenje korporativnog upravljanja zatvorenim društvima predviđanjem nadzornog organa koji bi se sastojao od nezavisnih članova, tj. članova koji nisu ujedno i članovi društva, kao i mogući pozitivan utjecaj kodeksa korporativnog upravljanja za zatvorena društva na sastavljanje društvenih ugovora.

### **5.1. Prijedlog autonomnog uređenja upravljačkih prava između članova zatvorenog društva, posebice između manjinskog i većinskog člana u društvenom ugovoru**

Radi zaštite interesa manjinskih članova zatvorenog društva, bi se u društvenom ugovoru moglo predvidjeti drukčije većine, kvorum ili dodatne pretpostavke za donošenje određenih odluka u društvu, kako bi se propisali takvi uvjeti kojima bi se pridala veća važnost glasovima manjinskih članova društva.<sup>108</sup> Primjerice, tako bi

107 Tako i Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 41.

108 Tako i McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., *op. cit.* u bilj. 8., str. 46.; Bachmann G., Eidenmüller

se za izmjenu društvenog ugovora ili pak za imenovanje i opoziv članova uprave, upotrebu dobiti i druga pitanja iz nadležnosti skupštine, moglo odrediti da je potreban veći kvorum od onog kojeg predviđa ZTD.<sup>109</sup> O kojem bi se kvorumu radilo, ovisi o konkretnom slučaju, gdje bi članovi trebali izračunati koji postotak prisutnosti bi osigurao da je na skupštini na kojoj se donose određene odluke prisutan i određeni postotak manjinskih članova društva.<sup>110</sup> Također bi se mogle propisati i veće većine potrebne za izglasavanje određenih odluka. Primjerice, moglo bi se odrediti da skupština donosi određene odluke većinom od tri četvrtine danih glasova, što bi zajedno s povećanim kvoromom, moglo imati učinak da se određene odluke skupštine ne mogu donijeti bez suglasnosti manjinskih članova.

Pritom valja imati na umu i praktične aspekte ovakvih rješenja. Naime, kada se radi o zatvorenom društvu koje ima primjerice dva ili tri člana, bit će vrlo teško odrediti omjer njihovih upravljačkih prava. Primjerice, ako dva člana imaju svaki po 40%, a manjinski član 20% upravljačkih prava, niti većina od tri četvrtine danih glasova neće biti dostatna za osiguranje položaja manjinskog člana pri donošenju važnih poslovnih odluka u društvu. U tim će slučajevima možda samo jednoglasnost pri donošenju odluke dati na važnosti i glasove manjinskog člana.<sup>111</sup> Jednoglasnost u donošenju odluka može, s druge strane, otežati donošenje odluka, te se članovi izlažu zlouporabi prava manjinskog člana kao i u slučaju davanja prava veta manjinskom članu. Stoga će učinkovitost ovakvih rješenja zaista ovisiti o članskoj strukturi svakoga pojedinog zatvorenog društva.

No, u svakom slučaju, smatramo da treba izbjeći raspodjelu glasova na 50:50 ako društvo ima dva člana, jer se u protivnom društvo izlaže potencijalnoj blokadi rada skupštine društva, što je čest problem u praksi korporativnog upravljanja zatvorenim društvima.<sup>112</sup>

Pri uređenju položaja manjinskog člana zatvorenog društva ne smije se ispustiti iz vida pitanja koje ulaze u nadležnost skupštine, na što članovi d.o.o.-a mogu bitno utjecati. Naime, velika je autonomija uređenja pitanja koja ulaze u nadležnost skupštine d.o.o.-a. Tek za nekoliko pitanja ZTD izrijeком uređuje da uvijek moraju ostati u nadležnosti skupštine, dok se donošenje odluka za većinu pitanja može isključiti

---

H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 44.

109 Čl. 444. st. 1. ZTD-a predviđa kvorum za donošenje odluka na skupštini na način da traži da na skupštini budu prisutni članovi društva ili njihovi zastupnici koji predstavljaju najmanje desetinu temeljnoga kapitala društva. Radi se o dispozitivnoj odredbi ZTD-a, koji jasno propisuje da je društvenim ugovorom moguće urediti i drukčije.

110 Pritom postoji opasnost da ako društvo ima većinskog člana čiji bi izostanak značio da nema kvoruma za donošenje odluka, da većinski član opstruira donošenje tih odluka. No, i za taj slučaj ZTD predviđa rješenje, osim ako članovi društva od toga ne odstupe. Tako ako skupština nije podobna za odlučivanje jer nije zadovoljen uvjet kvoruma, čl. 444. st. 3. ZTD-a predviđa da se mora sazvati nova skupština s dnevnim redom skupštine koja nije imala kvorum za odlučivanje, te se na tako sazvanoj novoj skupštini može odlučivati bez obzira na to je li ispunjen uvjet kvoruma.

111 Za raspravu o problematici primjene ovakvih rješenja na zatvorena društva vidi Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 44-45.

112 O tome je više rečeno u poglavlju 3. ovog članka.

iz nadležnosti skupštine.<sup>113</sup> Jednako, krug pitanja o kojima je skupština ovlaštena odlučivati može se i povećati. Smatramo da upravo pri određivanju nadležnosti skupštine, članovi mogu bitno utjecati o kojim će odlukama raspravljati i odlučivati svi članovi, a o kojima samo neki. Stoga je to pitanje važno za uređenje odnosa snaga između članova društva. Primjerice, društvenim ugovorom bi se pravo izbora člana uprave moglo dati određenom članu, dakle isključiti to pitanje iz nadležnosti skupštine. Međutim, ako bi se to pitanje zadržalo u nadležnosti skupštine, zajedno s određivanjem veće većine za izbor člana uprave, te ako bi se tomu pridružilo propisivanje većeg kvoruma da bi skupština bila podobna o tomu odlučivati, interese između članova društva pri donošenju tih odluka moglo bi se bolje uravnotežiti, posebice ako društvo ima većinskog i manjinske članove.

Nadalje, u društvenom se ugovoru može odrediti i da manjinski član ima pravo veta na određene odluke koje su važne za društvo.<sup>114</sup> Time bi se manjinskom članu dao veći utjecaj na vođenje poslova društva, te bi se ograničilo većinskog člana, posebice ako je on ujedno i član uprave, da vodi poslove društva ne vodeći računa i o interesima manjinskog člana.<sup>115</sup> Pritom valja imati na umu da se pravo veta odnosi na odluke koje su dane u nadležnost skupštini, a na koji je način nadležnost skupštine oblikovana, ovisi ponajviše o samim osnivačima. Također, moćan alat za manjinskog člana društva moglo bi biti pravo izravno birati jednog člana uprave.

U svim predloženim varijantama, postoji opasnost da manjinski ili većinski član zloupotrebjavaju svoje pravo. Član društva to ne bi smio, što jasno proizlazi iz obveze lojalnog postupanja prema društvu<sup>116</sup> i iz zabrane zlouporabe prava.<sup>117</sup> Ako bi, primjerice, manjinski član ipak zloupotrebio dano pravo veta ili većinski član koristio svoju glasačku prevlast tako da to ide na štetu društva, a u svoju ili tuđu korist, šikanira društvo ili na drugi način zloupotrebjava dano pravo, postavlja se pitanje može li se društvo suprotstaviti takvom ponašanju te može li član društva odgovarati za štetu koja bi time nastala društvu. Odgovor je u oba slučaja pozitivan. Naime, prema članku 360. stavku 2. ZTD-a,<sup>118</sup> odluku skupštine se može pobijati iz razloga što je član društva glasao za određenu odluku na način da je njome pokušao postići korist za sebe ili nekoga drugoga, a na štetu društva. S obzirom na to da većinski član ili član koji ima pravo veta uvijek ima odlučujući učinak na (ne)donošenje određene odluke, svaki član društva (i drugi ovlaštenici)<sup>119</sup> može podnijeti tužbu za pobijanje

113 Vidi čl. 441. st. 2. ZTD-a. Vidi pregledno u Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 450 i dalje.

114 U okviru d.o.o.-a, pravo članova da pravo glasa iz poslovnog udjela odrede drukčije proizlazi iz čl. 445. st. 3. ZTD-a. Neupitno je da se pritom u društvenom ugovoru nekome od članova može dati i pravo veta na određene ili na sve odluke. Vidi također Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 267.

115 Tako i s komparativne perspektive vidi Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 42.

116 Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 19., str. 278.

117 Zabrana zlouporabe prava jedno je od temeljnih obveznopравnih postulata, što jasno proizlazi iz čl. 6 ZOO-a.

118 Čl. 449. ZTD-a koji uređuje pobijanje odluka skupštine d.o.o.-a poziva na supsidijarnu primjenu odredbi o pobijanju glavne skupštine d.d.-a, točnije na primjenu članaka 360. do 360.a. ZTD-a.

119 Procesno legitimirane osobe za podnošenje tužbe za pobijanje odluke skupštine regulira čl. 362. ZTD-a. Prema čl. 262. t. 3. ZTD-a, izdvojeno se proširuje krug procesno legitimiranih osoba



takve odluke skupštine u roku od 30 dana od njenog donošenja.<sup>120</sup> Odgovornost za naknadu štete člana koji je zlouporabio pravo glasa išla bi na osnovi povrede zabrane zlouporabe prava i postupanja suprotno obvezi lojalnosti društvu. U svakom slučaju, člana koji svojim ponašanjem onemogućuje normalno funkcioniranje društva, prestali članovi mogu isključiti iz društva temeljem članka 420. st. 1. i 3. ZTD-a, o čemu je prethodno bilo više rečeno.

## **5.2. Uvođenje nadzornog odbora u zatvorena društva – neka promišljanja**

Nadzorni odbor je fakultativno tijelo d.o.o.-a, osim u točno određenim slučajevima predviđenim ZTD-om<sup>121</sup> ili nekim *lex specialis* zakonom kojim se uređuje određena djelatnost. I komparativno je prisutnost nadzornog odbora u zatvorenim društvima rijetka.<sup>122</sup> Prema dostupnim podacima, na dan 1. lipnja 2017., u sudskom je registru RH zabilježeno ukupno 1331 d.o.o.-a osnovanih s nadzornim odborom, što je, u usporedbi s apsolutnim brojem tih društava, neznatno. K tomu, velikom broju d.o.o.-a s nadzornim odborom su osnivači jedinice lokalne samouprave (primjerice razna komunalna društva).

Da bismo uopće mogli ocijeniti može li uvođenje nadzornog odbora pozitivno utjecati na unaprjeđenje korporativnog upravljanja, potrebno je dotaknuti se uloge nadzornog odbora u društvu. Primarna uloga nadzornog odbora jest zaštita interesa članova društva, i to u odnosu na upravu društva.<sup>123</sup> Njegova uloga posebice dolazi do izražaja kada se radi o društvu s raspršenom dioničarskom strukturom, kada članovi društva delegiraju poslove upravljanja društvom trećim osobama koje ne mogu u zadovoljavajućoj mjeri kontrolirati (engl. *agency theory problem*).<sup>124</sup> U tim slučajevima, članovi nadzornog odbora d.d.-a imaju primarnu funkciju kontrole rada uprave, što sami članovi društva zbog svoje brojnosti nisu u stanju provesti. Ako nadzorni odbor d.d.-a smatra da članovi uprave ne rade dobro svoj posao, može opozvati članove uprave uz dokaz postojanja važnog razloga,<sup>125</sup> dok ako društvo ima upravni odbor, upravni odbor može opozvati izvršne direktore, čak i bez postojanja važnog razloga za opoziv.<sup>126</sup> Dakle, nadzorni odbor d.d.-a/neizvršni direktori vrše

---

kada se radi o povredi zlouporabe prava iz čl. 360. st. 2. ZTD-a, i to na način da u tom slučaju svaki dioničar može podignuti tužbu za pobijanje odluke skupštine, pod jedinim uvjetom da je stekao poslovne udjele prije nego što je bio objavljen dnevni red skupštine. Vidi pregledno u Ledić, D., Čulinović-Herc, E., Ništavost i pobojnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1999., vol. 20, br. 2, str. 737-771., str. 758-760.*

120 Za rokove i druge elemente tužbe za pobijanje vidi čl. 363. ZTD-a.

121 Čl. 434. st. 2. ZTD-a.

122 Tako i Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 9.

123 Tako i Hopt, K. J., *op. cit.*, u bilj. 43., str. 4.

124 Dakle, tu će se raditi o primarnom sukobu interesa u okviru korporativnog upravljanja, između članova društva i uprave, do kojeg dolazi upravo zato što se razdvaja "vlasništvo" od upravljanja društvom. Vidi više u poglavlju br. 3. ovog članka.

125 Čl. 244. st. 2. ZTD-a.

126 Čl. 272.1 st. 6. ZTD-a.

kontrolu nad upravom radi zaštite interesa dioničara te im je dano najučinkovitije sredstvo za sankcioniranje nedovoljno kvalitetnog upravljanja društvom – opoziv tih članova uprave/izvršnih direktora.

U zatvorenim društvima, s obzirom na povezanost između (malog) broja članova kao i činjenice da su članovi društva vrlo često ujedno i članovi uprave, problem kontrole nad članovima uprave nije u primarnom fokusu. Na dan 1. lipnja 2017. prema podacima iz Sudskog registra RH bilo je čak 68027 d.o.o.-a u kojima je član društva ujedno bio i direktor ili član uprave. U tim slučajevima članovi društva ostvaruju maksimalnu kontrolu nad upravljanjem poslovima društva, te se ne može govoriti o razdvajanju “vlasništva” i upravljanja. Međutim, to će tako i biti, samo ako su svi članovi društva ujedno i članovi uprave. U protivnom, ako i samo jedan član društva nije ujedno i član uprave, postavlja se pitanje ostvarenja učinkovite kontrole nad radom uprave društva. Ako je član uprave ujedno i većinski član društva, tada još i više dolazi do izražaja sržni korporativni aspekt zatvorenih društava, a to je sukob između članova društva, posebice ako društvo ima većinskog i manjinske članove. Član uprave koji je ujedno i većinski član društva, nalazi se u takvom položaju da ako zloupotrebljava položaj člana uprave, odnosno oštećuje društvo za svoj račun, to može činiti s većim posljedicama za društvo<sup>127</sup> jer je mogućnost kontrole od strane manjinskog člana nedovoljna i u upravi i u radu skupštine.

Glavni argument protiv uvođenja nadzornog odbora jest trošak koji bi time teretio društvo, posebice ako se isti učinak može postići većim angažmanom članova društva. Naime, zatvoreno društvo u pravilu ima malo članova, te troškovi i organizacija međusobne koordinacije kojoj bi bio cilj kontrola nad vođenjem poslova društva, kao što je praćenje poslovnih knjiga i intenzivnija interakcija s upravom, puno su manji, no što bi to bio slučaj kada bi društvo imalo veliki broj članova.<sup>128</sup> U tom smislu, postavlja se pitanje je li uvođenje nadzornog organa kao dodatnog tijela u društvu radi kontrole nad radom uprave nepotreban dodatni trošak koji opterećuje društvo.

S druge strane, iz analizirane sudske prakse temeljem instituta istupanja člana iz društva, u većem se broju slučajeva upravo isticao argument o nemogućnosti ostvarenja članskih prava u društvu, u okviru kojega su tužitelji isticali nemogućnost uvida u poslovne knjige društva, što ključno. Dakle, u praksi, uskrata temeljnih poslovnih informacija o društvu, odnosno neomogućavanje uvida u poslovne knjige članu često ukazuje na poremećenost odnosa i netrpeljivost. Zbog manjka informacija član niti ne može vršiti kontrolu nad radom uprave. To govori u prilog tezi da bi društvo koje ima nadzorni odbor ipak moglo biti još jedan dodatan jamac učinkovite kontrole rada uprave, i to u korist svih članova društva, neovisno o tomu nalaze li se članovi društva u sukobu ili ne.

Nadalje, ako zatvoreno društvo i ima nadzorni organ, izdvojeno je pitanje hoće li članovi društva preferirati da sami budu članovi tog organa ili će u taj organ imenovati

127 Tako se nalazi u boljem položaju za upuštanje u razne *self-dealing* transakcije, *tunneling* (izvlačenje imovine iz društva), preuzimanje prilika društva (*corporate opportunities*) i drugo. Vidi Enriques, L., Volpin, P., *op. cit.*, u bilj. 48., str. 122.

128 Tako i Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 109.

treće osobe, vanjske članove koji nisu ujedno i članovi društva. Prema dostupnim podacima iz Sudskog registra RH, od sveukupno 1331 d.o.o.-a koji su osnovani s nadzornim organom, u 248 d.o.o.-a član društva ujedno je bio i član nadzornog odbora. To znači da u RH otprilike 18 % d.o.o.-a koji imaju nadzorni organ preferiraju da su članovi društva u tom organu, dok čak preko 80 % njih ima nezavisne članove u nadzornom odboru. Smatramo da su ovakvi podatci pozitivni,<sup>129</sup> s obzirom na to da bi vanjski članovi nadzornog odbora trebali biti skloniji nepristranom djelovanju u društvu, što samo po sebi pozitivno djeluje na rješavanje sukoba interesa između članova društva, posebice većinskog i manjinskih članova. No, to opet ima veze i s time jesu li vanjski članovi proaktivni i stručni.

Zaključno, postoje argumenti za i protiv formiranja nadzornog odbora u zatvorenim društvima. Smatramo da nikako nema osnove za uvođenje obvezatnog nadzornog odbora za sva zatvorena društva u obliku d.o.o.-a. No, formiranje nadzornog odbora ipak može pozitivno utjecati na osnovnu dinamiku u zatvorenom društvu – sukob interesa između većinskog i manjinskih članova društva, pogotovo ako manjinski član ima pravo nominirati člana nadzornog odbora ili u njemu sam ima mjesto. Također, prisustvo vanjskih članova u nadzornom odboru šalje signal o tomu da postoji “vanjska” kontrola nad članovima društva, što bi trebalo spriječiti članove uprave da zloupotrebljavaju svoj položaj, posebice ako je član uprave ujedno i većinski član društva. Odluka o formiranju nadzornog odbora ostaje na članovima pri osnivanju društva. Tu će igrati ulogu volja većinskog člana da o tomu pregovara, kao i mjera u kojoj je spreman manjinskim članovima dati taj dodatni instrument kontrole. U cilju postizanja uravnoteženog korporativnog upravljanja u društvu u duljem vremenskom horizontu tu inicijativu valja svakako pozdraviti.

### ***5.3. De lege ferenda – potencijalna uloga kodeksa korporativnih upravljanja za sastavljanje društvenog ugovora zatvorenih društava ili closely held companies***

Već je bilo govora o tomu da u zatvorenim društvima vlada visoki stupanj autonomije uređenja međusobnih odnosa članova društva, što otvara mogućnost ugradnje dodatnih zaštitnih mehanizama. No, da bi članovi društva iskoristili tu mogućnost, potrebno je o tomu pregovarati. Sam proces pregovora je, međutim, osjetljiva tema za osnivače zatvorenog društva. Glavni je razlog što se osnivači pribojavaju da će inzistiranje na pregovorima oko uređenja međusobnih odnosa ostaviti dojam nepostojanja povjerenja između članova.<sup>130</sup> Također, osnivači bi

<sup>129</sup> Mora se priznati da su komparativno provedene brojne studije o utjecaju sastava nadzornog organa/upravnog organa na uspješnost društva, gdje se između ostaloga, kao varijablu ispitalo i utječe li prisutnost vanjskih članova tih organa na uspješnost društva. No, dobiveni rezultati nisu jasni, s obzirom na to da su dobiveni kontradiktorni rezultati. Za pregled studija i njihovih zaključaka vidi pregledno Arosa, B., Iturralde, T., Maseda, A., Bord of directors and generational effect in Spanish non-listed family firms u Smyrnios, K. X., Poutziouris, P. Z., Goel, S. (eds), *Handbook of Research on Family Business*, 2. Ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2013., str. 103–124, str. 103.

<sup>130</sup> Vidi o tomu u poglavlju br. 3. ovog rada.

trebali imati i specifična znanja o statusnom pravu društava kako bi mogli predvidjeti potencijalne rizike za svoje interese, kao i načine na koje ih mogu ugovorno umanjiti. Traženje pravne pomoći pri pregovorima između osnivača svakako će značiti i dodatne troškove, za koje je upitno mogu li ih i žele li ih osnivači snositi.<sup>131</sup> Stoga smatramo da će osnivači zatvorenog društva rijetko voditi pregovore o uređenju međusobnih odnosa pogotovo ako se društvo osniva s minimalnim iznosom temeljnoga kapitala što je često slučaj.

Zbog toga bi potrebu kvalitetnoga pravnog uređenja odnosa između članova trebalo osvijestiti na neki drugi način. Jedan od načina mogao bi biti usvajanjem inače neobvezujućega kodeksa za korporativno upravljanje zatvorenim društvima.<sup>132</sup> Kada bi postojao kodeks korporacijskog upravljanja za zatvorena društva, osnivači društva mogli bi koristiti njegova rješenja, primjerice, na način da preuzmu u društveni ugovor neka od njegovih rješenja i preporuka ili bi mogli odlučiti da će se kodeks primjenjivati na njihovo društvo (načelo "comply or explain"). Drugim riječima, kodeks korporativnog upravljanja za zatvorena društva mogao bi odigrati isti pozitivan utjecaj na korporativno upravljanje u tim društvima, kao što je to bio slučaj za dionička društva čije dionice kotiraju na uređenom tržištu.<sup>133</sup> Uloga ovih kodeksa u svakom slučaju ne može biti negativna za zatvorena društva, s obzirom na to da nisu obvezujući (spadaju u *soft law*), sadrže niz preporuka kojima je cilj podignuti kvalitetu korporativnog upravljanja tim društvima i pružaju veliku fleksibilnost društvima pri njihovom korištenju. Ponekad je potrebno da članovi društva samo osvijeste potrebu da se neko pitanje pravno uredi te ne moraju nužno slijediti ponuđena rješenja.

Iako su zatvorena društva okrenuta sebi, pa se ne može govoriti o tomu da postoji javni interes da se model korporacijskog upravljanja u tom društvu stavi na uvid javnosti (kao što je to slučaj za društva koja kotiraju na burzi), posezanje za kodeksom korporativnog upravljanja u zatvorenim društvima imao bi veliko značenje za razvoj kulture korporativnog upravljanja u RH.<sup>134</sup> Sudeći po broju zatvorenih

131 Tako i Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *op. cit.* u bilj. 6., str. 47.

132 Tako i McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., *op. cit.* u bilj. 8., str. 207. i dalje.

133 Kodeksi korporativnog upravljanja prvotno su ponikli upravo za dionička društva čije dionice kotiraju na uređenom tržištu (engl. *public companies*), o čemu govori i propis sadržan u čl. 272.p. ZTD-a. To je i razumljivo jer u tim društvima, javnost ima dodatan interes saznati na koji način se društvom upravlja te u kojim elementima društvo odstupa od općeprihvaćenih standarda korporativnog upravljanja (engl. *comply or explain*). Vidi pregledno o korporativnom upravljanju u dioničkim društvima i mjestu i ulozi kodeksa korporativnog upravljanja u: Jurić, D., Pojam i karakter korporacijskog upravljanja u dioničkim društvima, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 2, 2004, str. 337-349. Vidi i o značenju korporativnih kodeksa za društveno odgovorno gospodarenje (*Corporate social responsibility* – CSR), u smislu stvaranja ugleda društva, zastupanja interesa različitih dionika društva i drugo u: Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H., Kodeksi korporativnog upravljanja – instrument socijalno odgovornog gospodarenja, u Bodiroga-Vukobrat, N., Barić, S. (ur.), Socijalno odgovorno gospodarenje, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Zagreb, 2008., str. 187-212. Preglednu listu kodeksa po zemljama vidi na internetskim stranicama ECGI-a: [http://www.ecgi.org/codes/all\\_codes.php](http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php) (17. srpnja 2017.).

134 Do sada je provedeno nekoliko studija kojima se analizirala kvaliteta korporativnog upravljanja u RH. Iako su se te studije orijentirale na dionička društva, čije dionice kotiraju na burzi,

društava (primjerice d.o.o.-i s dva ili tri člana) u odnosu na ukupan broj društava takav bi kodeks mogao djelovati edukativno na čitav niz poduzetnika, koji nemaju vremena (niti novaca) da u etapi osnivanja društva promišljaju o problemima koje donosi upravljanje društvom.

U određenoj mjeri tu ulogu već imaju etablirani kodeksi za korporativno upravljanje dioničkim društvima čije dionice kotiraju na burzi. No, ti kodeksi adresiraju specifičnosti upravljanja dioničkim društvima koja su složenija. Iz tog razloga primjena kodeksa korporativnog upravljanja za javna dionička društva na zatvorena društva ne daje zadovoljavajuće rezultate, niti je receptivna na specifičnosti korporativnog upravljanja zatvorenog društva.<sup>135</sup>

Potreba za izradom kodeksa korporativnog upravljanja za zatvorena društva prepoznata je i u praksi, te se od 2005. godine javljaju, iako do danas ne u velikom broju, kodeksi korporativnog upravljanja za zatvorena društva na razini pojedinih država (u krugu država članica EU-a i na globalnoj razini)<sup>136</sup> i od međunarodnih

---

njihovi zaključci nedvojbeno ukazuju da ima dosta mjesta za napredak kulture korporativnog upravljanja u RH. Za ocjenu korporativnog upravljanja do 2006. godine, vidi pregledno u Račić, D., Cvijanović, V., Stanje i perspektive korporativnog upravljanja u Republici Hrvatskoj: primjer javnih dioničkih društava, Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu, 2006., str. 205-216. U toj se studiji ističu zaključci da se hrvatski d.d.-i koji kotiraju na burzi većinom nalaze u koncentriranom “vlasništvu”, pa se i kod njih, kao i kod zatvorenih društava, kao glavno pitanje korporativnog upravljanja postavlja odnos između većinskog i manjinskih dioničara. U tom smislu, jedan je od zaključaka da treba unaprijediti položaj manjinskih dioničara, posebice po pitanju informiranja/transparentnosti dioničara o stanju društva, o transakcijama između dioničara i društva sa značajnijim udjelima u društvu i drugo. Također se autori u studiji zalažu za jačanje uloge nadzornog odbora, kroz veće sudjelovanje neovisnih direktora (koji nisu ujedno i članovi d.d.-a) koji posjeduju određena stručna znanja, što bi trebalo pozitivno utjecati i na dobro praksu korporativnog upravljanja (primjerice kvalitetnijim nadzorom uprave) i na ugled društva. U novijoj studiji o korporativnom upravljanju u RH iz 2015. godine, također je prepoznato da se veliki broj hrvatskih d.d.-a koji kotiraju na burzi nalazi u koncentriranom “vlasništvu”. Zanimljivo jest da je zaključak u studiji izveden da razina “vlasničke” koncentracije ne utječe na kvalitetu korporativnog upravljanja. Vidi Tipurić, D. i suradnici, Korporativno upravljanje u Hrvatskoj, Ocjena kvalitete korporativnog upravljanja hrvatskih dioničkih društava SEECGAN metodologijom, CIRU, Zagreb, 2015., str. 140. Zanimljiv je i podatak iz studije da prosječna ocjena korporativnog upravljanja uvrštenim dioničkim društvima u RH nije zadovoljavajuća, gdje je najnižom ocjenom ocijenjena struktura i upravljanje odborom tih društava. Vidi str. 115.

135 Tako i McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., *op. cit.* u bilj. 8., str. 204.

136 Primjerice Belgijski Code Buysse, Corporate Governance Recommendations for non-listed enterprises, iz 2005. koji je 2017. godine nadopunjen i izmijenjen. Dostupan na internetskoj stranici: <http://www.codebuysse.com/nl/buysse.nl.aspx> (17. srpnja 2017.). Od bližeg kruga zemalja tu je i Slovenski The Corporate Governance Code for Unlisted Companies iz 2016., [http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/SGPIL/Kodeksi/Kodeks\\_upravljanja\\_en\\_26012017.pdf](http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/SGPIL/Kodeksi/Kodeks_upravljanja_en_26012017.pdf) (17. srpnja 2017.). Veliki je utjecaj izvršio i kodeks za tzv. obiteljska društva kojeg su izradile različite udruge u Njemačkoj 2004. godine. Trenutačno je na snazi verzija iz 2015. Vidi Governance Code for Family Business, Guidelines for the responsible management of family business and business-owner families, an Initiative of INTES, FBN and die FAMILIENUNTERNEHMER-ASU, 2015., [http://www.kodex-fuer-familienunternehmen.de/images/Downloads/Kodex\\_englisch\\_2015.pdf](http://www.kodex-fuer-familienunternehmen.de/images/Downloads/Kodex_englisch_2015.pdf) (17. srpnja 2017.). Izvan kruga EU-a, vidi, primjerice, pakistanski Principles of Corporate Governance for

organizacija.<sup>137</sup>

Dostupni kodeksi za korporativno upravljanje zatvorenim društvima mahom daju iste preporuke društvima. Tako se naglašava važnost izrade društvenog ugovora koja nikako ne bi smjela biti tek “formalnost” pri osnivanju društva. U društvenom bi ugovoru društvo trebalo iznijeti ciljeve poslovanja, urediti odnose između osnivača društva, njihova prava i obveza u cilju izbjegavanja budućih nesporazuma i sukoba interesa, precizirati raspodjelu nadležnosti između skupštine i drugih organa društva i drugo. Kodeksi mahom naglašavaju važnost kontrole nad radom uprave za sva zatvorena društva, čak i ona s malim brojem članova. Pritom se preporuča osnivanje makar neformalnog savjetodavnog tijela koje bi vršilo tu funkciju u “malim” društvima, a koje bi povećanjem poslovanja bilo zamijenjeno uvođenjem formalnog nadzornog tijela, kao odvojenog organa društva s točno određenom nadležnošću. Veliki broj preporuka odnosi se na sastav nadzornog organa, pri čemu se ističe uloga nezavisnih članova – članova koji nisu ujedno i članovi društva uz njihovu stručnost u poslovima kojima se društvo bavi. Naposljetku, izdajamo i preporuku da društvo uspostavi neki oblik alternativnog načina rješavanja sporova, gdje primarnu ulogu igra mirenje, a valjalo bi razmisliti i o drugim oblicima alternativnog rješavanja spora.

Zaključno, smatramo da za članove zatvorenog društva kada osnivaju društvo može uvelike koristiti postojanje neobvezujućih kodeksa koji sadrže niz preporuka za unaprjeđenje korporativnog upravljanja tim društvima. Iz njih budući članovi društva mogu dobiti sliku o potencijalnim problemima koji se mogu javiti pri funkcioniranju društva, što ih tada ipak može navesti da razmisle o uvođenju nekih od preporuka za prevenciju određenih konfliktnih situacija. Također, imaju li osnivači pred sobom dokument s nizom preporuka za bolju organizaciju društva, smatramo da će pregovori oko osnivanja ipak lakše teći, jer osnivač koji predlaže unošenje neke mjere neće odudarati s nekim “svojim idejama”, već će se pregovori voditi oko uspostavljanja takve organizacije društva i korporativnog upravljanja koju je ocijenila poželjnom i kvalitetnom treća stručna i nepristrana organizacija. Stoga smatramo da de *lege ferenda* valja razmisliti o izradi kodeksa za korporativno upravljanje zatvorenim društvima, odnosno društvima čije dionice ne kotiraju na burzi i na razini RH.

---

Non-Listed Companies iz 2016., <https://www.secp.gov.pk/document/principles-of-corporate-governance/?wpdmdl=17576> (17. srpnja 2017.).

137 Na području Europe, važne su smjernice i načela koje je izradila The European Confederation of Directors Associations (ecoDa), pod naslovom Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe, 2010., dostupno na: [http://ecoda.org/uploads/media/GUIDANCE\\_-\\_2010\\_CG\\_for\\_Unlisted\\_-\\_EU.pdf](http://ecoda.org/uploads/media/GUIDANCE_-_2010_CG_for_Unlisted_-_EU.pdf) (17. srpnja 2017.). U određenom opsegu, valja uzeti u obzir i analizu i prijedloge smjernica za poslovanje u obiteljskim društvima, koje je izradila International Finance Corporation (IFC), IFC Family Business Governance Handbook, 2008., dostupno na: [http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/159c9c0048582f6883f9ebfc046daa89/FB\\_English\\_final\\_2008.pdf?MOD=AJPERES](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/159c9c0048582f6883f9ebfc046daa89/FB_English_final_2008.pdf?MOD=AJPERES) (17. srpnja 2017.).

## **6. ZAKLJUČAK**

U radu su obrađena specifična pravna pitanja odnosa između članova koja se pojavljuju u zatvorenom društvu. Iz dostupnih podataka proizlazi da je u RH prisutan znatni broj ovih društava. Pritom je naglašeno da značajke zatvorenog društva nisu ograničene samo na jednu vrstu trgovačkog društva. Sva društva mogu biti osnovana i funkcionirati kao zatvorena društva, iako će u praksi to najčešće biti d.o.o., koji se smatra modelom zatvorenog društva i u komparativnim pravima. U okviru dinamike odnosa između članova zatvorenog društva, ističu se dva specifična korporativnopravna problema: potencijalna zlouporaba položaja većinskog člana, posebice ako je taj član ujedno i član uprave, i tzv. blokada skupštine kada članovi imaju jednaka upravljačka prava/glasove na skupštini, a ne mogu se usuglasiti pri donošenju odluke. U oba slučaja, različiti stavovi u pitanjima ključnih poslovnih odluka mogu rezultirati, ali i izvirati iz osobnih neslaganja. Dok su, s jedne strane, osobna povezanost članova i zajednički sustav poslovnih vrijednosti i projekcija razvoja poticaj osnivanju zatvorenog društva koje, osim na međusobnom povjerenju, počiva i na tijesnoj povezanosti članova, s druge, ako se osobni odnosi naruše, ili se pojave razmimoilaženja oko ključnih pitanja u društvu to će negativno utjecati na daljnji rad društva, a moguće dovesti i do njegova prestanka. Stoga su autorice u radu analizirale koje mogućnosti imaju članovi u zatvorenim društvima ako se pojave međusobne razmirice, s time da su u središtu pozornosti mehanizmi rješavanja sukoba između članova u d.o.o.-u, stavivši opet naglasak na institute istupa i isključenja.

Zakon je pravno uredio postupak istupa i isključenja člana iz d.o.o.-a pred sudom. On ostavlja slobodu društvu da to uredi i društvenim ugovorom u kojem se slučaju ti postupci vode kao postupci unutar društva. Ako se postupak istupa/isključenja člana iz društva uspješno provede, ima za posljedicu da jedan od sukobljenih članova prestaje biti članom društva, dok društvo nastavlja s poslovanjem. Iz dostupne sudske prakse proizlazi da se radi o pravnim institutima koji se koriste razmjerno rijetko. U znatnom broju slučajeva tužitelj ne uspijeva dokazati da postoji opravdan/važan razlog, što je pretpostavka osnovanosti tužbenog zahtjeva za istup/isključenje člana iz društva. Iako se radi o pravnom standardu kojeg će u primjeni tumačiti sud, smatramo da bi članovi društva trebali u većoj mjeri pri osnivanju ili pri izmjeni društvenog ugovora iskoristiti mogućnost autonomnog uređenja ovih instituta i precizno urediti uvjete, postupak i posljedice istupa/isključenja člana iz društva. Posebno bi bilo korisno izraziti volju društva po pitanju toga što članovi smatraju opravdanim razlogom za isključenje/istup i to primjeričnom listom. Time bi članovi omogućili jednostavnije rješavanje kriznih situacija u društvu, jednostavniji izlazak člana koji je u pitanju i nastavak poslovanja društva. S obzirom na to da se u zatvorenim društvima pojavljuje opasnost od majorizacije većinskog člana, pogotovo ako je položaj većinskog člana udružen i s upravljačkim funkcijama, autorice se zalažu da se društvenim ugovorom preciznije uredi upravljačka prava članova, kako bi se spriječilo da većinski član zloupotrebljava svoja članska prava. Budući da se članovi društva u pogledu ovih pitanja kreću u zoni autonomije uređenja, nema zapreke da se pri donošenju nekih, najvažnijih odluka u društvu odrede veće većine glasova, kako bi se osigurala važnost

glasova manjinskih članova. Također je moguće da se u nadležnosti skupštine društva ostave pitanja o kojima članovi mogu u najvećoj mjeri utjecati na vođenje poslova društva, kao što je primjerice izbor članova uprave. Također, u uvjetima gdje postoji jaka prevalencija većinskog člana udružena s upravljačkim funkcijama, osnivanje nadzornog organa u kojem će se osigurati zastupljenost predstavnika manjinskih članova, bio bi prema mišljenju autorica, prinos uspostavi ravnoteži odnosa snaga između većinskog i manjinskih članova.

S obzirom na to da uređenje ovih pitanja u fazi osnivanja društva zahtijeva od članova dodatni angažman, odnosno uključuje angažman pravnih stručnjaka, što opet poskupljuje postupak osnivanja, osnivačima bi bilo korisno imati pred sobom predložak koji bi im mogao poslužiti kao vodič pri uređenju tih pitanja. Preporuke za unaprijeđenje korporativnog upravljanja tim društvima u formi kodeksa, kakvi već postoje na komparativnoj razini, mogu ispuniti tu svrhu. Stoga se autorice *de lege ferenda* zalažu za izradu takvog kodeksa na razini RH, tim više što su zatvorena društva brojačano najzastupljenija u RH. Pritom se svrha i dometi takvog kodeksa mogu odrediti dvojako. S jedne strane, prijedlozi, rješenja i mehanizmi zaštite ugrađeni u taj kodeks mogu se koristiti kao predložak pri uređenju ugovornih odnosa između članova u društvu, dok bi ambiciozniji pristup pretpostavljao primjenu tog kodeksa prema *comply or explain* načelu. I jedno i drugo usmjereno je na podizanje kulture korporativnog upravljanja u zatvorenim društvima i poduzetničke pravne kulture u cjelini. Naravno, zatvoreno društvo može najviše unaprijediti kvalitetu korporativnog upravljanja vodeći računa o svojim vlastitim potrebama koje postoje na razini društva, iskoristivši mogućnost slobodnog uređenja odnosa. No, među osnivačima, odnosno članovima zatvorenih društava, posebice onih društava u obliku d.o.o.-a, koja su najbrojnija, treba kontinuirano širiti svijest o nužnosti kvalitetnog uređenja svih aspekata odnosa, ne samo onih vezanih uz bitni sadržaj članskih prava nego i postupanja članova u situacijama kada postoji sukob, te osobito postojanje procesnopravnih hodograma njihova rješavanja.

Pritom se kvalitetno pravno uređenje instituta istupa i isključenja člana iz društva u društvenom ugovoru (osobito postupovnih aspekata tih postupaka) i općenito promišljanje o mehanizmima rješavanja sporova u društvu ukazuje kao viši regulatorni prioritet u odnosu na uspostavu općeg sustava korporacijskog upravljanja u zatvorenom društvu, s obzirom na to da prvi od njih predstavlja izlaznu strategiju kada su odnosi članova u krizi, odnosno daje odgovor na pitanje kako se u društvu postupa kada su odnosi maksimalno zaoštreni. Izrada kodeksa korporacijskog upravljanja za zatvorena društva kao sustavniji i složeniji zadatak uvjetovana je temeljitim preispitivanjem mnogih elemenata odnosa, kao i činjenice da nisu sva zatvorena društva registrirana u RH na istom stupnju razvoja, no svakako kao regulatorni uzori mogu poslužiti predlozi koji dolaze iz komparativnog prava.



LITERATURA

Monografije i znanstveni članci

1. Akšamović, D., Vuković, B., Imenovanje, opoziv i ostavka člana (članova) uprave društva s ograničenom odgovornošću, *Pravo trgovačkih društava, RRiF*, br. 5, 2012., str. 164-171.
2. Akšamović, D., Isključenje člana društva s ograničenom odgovornošću – otvorena pitanja i dvojbe, *Hrvatska pravna revija*, br. 7-8, 2014., str. 48-57.
3. Armour, J., Hansmann, H., Kraakman, R., What is Corporate Law?, u Kraakman R., Armour J., Davies P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K., Kanda, H., Rock, E., *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, 2. ed., Oxford University Press, 2009., str. 1-34.
4. Armour, J., Hansmann, H., Kraakman, R., Agency Problems and Legal Strategies, u Kraakman R., Armour J., Davies P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K., Kanda, H., Rock, E., *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, 2. ed., Oxford University Press, 2009., str. 35-53.
5. Arosa, B., Iturralde, T., Maseda, A., Bord of directors and generational effect in Spanish non-listed family firms u Smyrnios, K. X., Poutziouris, P. Z., Goel, S. (eds), *Handbook of Research on Family Business*, 2. ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2013., str. 103 – 124.
6. Bachmann G., Eidenmüller H., Engert A., Fleischer H., Schön W., *Regulating the Closed Corporation, European company and financial law review*, special vol. 4, De Gruyter, Berlin, 2014.
7. Barbić, J., Društveni ugovor kao pravni posao na kome se temelji društvo, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2012., vol. 62, br. 1-2, str. 475-534.
8. Barbić, J., Novela Zakona o trgovačkim društvima iz 2009. i poslovni udio u društvu s ograničenom odgovornošću, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 50, br. 1, 2011., str. 185-225.
9. Barbić, J., *Pravo društava, Društva kapitala, Društvo s ograničenom odgovornošću*, Organizator, Zagreb, 2013.
10. Blair, M. M., Stout, L. A., Trust, Trustworthines, and the Behavioral Foundations of Corporate Law, *University of Pennsylvania Law Review*, 2001., vol. 149, str. 1735-1810.
11. Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H., Kodeksi korporativnog upravljanja – instrument socijalno odgovornog gospodarenja, u: Bodiroga-Vukobrat, N., Barić, S. (ur.), *Socijalno odgovorno gospodarenje*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Zagreb, 2008., str. 187-212.
12. Brnabić, R., Ivkošić, M., Blokada skupštine dvočlanog d.o.o., 1. dio, *Pravo u gospodarstvu*, 2015., vol. 54, br. 1, str. 15-39.
13. Brnabić, R., Ivkošić, M., Blokada skupštine dvočlanog d.o.o., 2. dio, *Pravo u gospodarstvu*, 2015., vol. 54, br. 2, str. 197-214.
14. Brnabić, R., Ivančev, M., Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2014., vol. 51, br. 2, str. 449-469.
15. Braut Filipović, M., Položaj članova uprave dioničkog društva pri sklapanju ugovora u ime društva, ali s osobnim interesom u pravnom poslu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2012., vol. 62, br. 4, str. 1137-1173.
16. Enriques, L., Volpin, P., Corporate Governance Reforms in Continental Europe, *Journal of Economic Perspectives*, 2007., vol. 21, br. 1, str. 117-140.
17. Fleischer H., Internationale Trends und Reformen im Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaft, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2014., br. 17, str. 1081-1090.

18. Gongeta, S., Promjene regulatornog okvira njemačkog društva s ograničenom odgovornošću kao posljedica regulatorne konkurencije u području prava društava među državama članicama Europske unije. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2014., vol 35, br. 2, str. 819-849.
19. Hopt, K. J., *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation*, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper no. 170/2011, siječanj 2011., [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1713750](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1713750) (17. srpnja 2017.)
20. Hopt, K. J., *Trusteeship and Conflicts of Interest in Corporate, Banking and Agency Law: Toward Common Legal Principles for Intermediaries in the Modern Service-Oriented Society*, u: Ferrarini, G., Hopt, K. J., Winter, J., Wymeersch, E. (ur.), *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford, 2004.
21. Jakšić, T., Petrović, S., *Mogući pravci izmjena i dopuna hrvatskoga prava društava*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2016., vol. 37, br. 3, str. 1101-1145.
22. Jensen, M. C., Meckling, W. H., *Theory of the firm: Managerial behaviour, agency costs and ownership structure*, *Journal of Financial Economics*, 1976., vol. 3, br. 1., str. 305-360.
23. Jurić, D., *Pojam i karakter korporacijskog upravljanja u dioničkim društvima*, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 2004., br. 2, str. 337-349.
24. Kalls S., *The Transfer of Shares of Private Companies*, *European Company and Financial Law Review*, 2004., vol. 1, br. 3, str. 340 – 367.
25. La Porta, R., Lopez-De-Silanes, F., Shleifer, A., *Corporate Ownership Around the World*, *The Journal of Finance*, 1999., vol. 54, br. 2, str. 471- 517.
26. Ledić, D., Čulinović-Herc, E., *Ništavost i pobjnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1999., vol. 20, br. 2, str. 737-771.
27. Lehmann, M., *Finanzinstrumente, Vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände*, Tübingen, 2009.
28. Loewenstein, M. J., *Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc.: A Historical Perspective*, *Western New England Law Review*, 2011., vol. 33, str. 339–368.
29. Mahoney, P. G., *Trust and opportunism in Close Corporations*, str. 177 – 200, u Morck, R. K., *Concentrated Corporate Ownership*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 2007.
30. McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., *Corporate governance of non-listed companies*, Oxford University Press, 2008.
31. McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., *The evolution of Closely Held Business Forms in Europe*, *The Journal of Corporation Law*, 2001., vol. 26, str. 854–878.
32. Monnin-Browder, W. S., *Are Discounts Appropriate?: Valuing Shares in Close Corporations for the Purpose of Remediating Breach of Fiduciary Duty Under Massachussets Law*, *Suffolk University Law Review*, 2007., vol. 40, br. 3, str. 723–744.
33. Pentz, A. u Rowedder, H., Schmidt-Leithoff (ur), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)*, Verlag Franz Vahlen, München, 5. Aufl., 2013.
34. Pratt, J. W., Zeckhauser, R. J., *Principals and Agents: An Overview*, u: Pratt, J. W., Zeckhauser, R. J. (ur.), *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston, 1985.
35. Račić, D., Cvijanović, V., *Stanje i perspektive korporativnog upravljanja u Republici Hrvatskoj: primjer javnih dioničkih društava*, *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*, 2006., str. 205-216.
36. Ragazzo, R. A., *Toward a Delaware Common Law of Closely Held Corporations*, *Washington University Law Review*, 1999., vol. 77, br. 4, str. 1099-1151.
37. Rock, E. B., Wachter, M. L., *Waiting for the Omelet to Set: Match-Specific Assets and Minority Oppression in Close Corporations*, u: McCahery, J. A., Raaijmakers, T., Vermeulen, E. P. H. (ur.), *The governance of close corporations and partnerships, US and European Perspectives*, Oxford University Press, 2004., str. 93-132.

38. Slakoper, Z. u: Slakoper, Z., Buljan, V., Trgovačka društva prema Zakonu o trgovačkim društvima i domaćoj i inozemnoj sudskoj praksi, TEB, Zagreb, 2010.
39. Širola, N., Odgovornost članova društva s ograničenom odgovornošću za nedopušten zahvat u imovinu društva, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2011., vol. 61, br. 5, str. 1687-1728.
40. Thompson R. B., Allocating the roles for contracts and judges in the closely held firm, *Western New England Law Review*, 2011., vol. 33, str. 368–403.
41. Tipurić, D. i suradnici, Korporativno upravljanje u Hrvatskoj, Ocjena kvalitete korporativnog upravljanja hrvatskih dioničkih društava SEECCGAN metodologijom, CIRU, Zagreb, 2015.
42. Wells, H., The Rise of the Close Corporation and the Making of Corporation Law, *Berkeley Business Law Journal*, 2008., vol 5, br. 2, str. 263-316.
43. Wolf, M., Abberufung und Ausschluss in der Zweimann-GmbH, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1998., vol. 27, br. 1, str. 92-115.

#### Pravni propisi

1. Zakon o trgovačkim društvima, NN, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11, 111/12, 144/12, 68/13, 110/15.
2. Zakon o tržištu kapitala, NN, br. 88/08, 146/08, 74/09, 54/13, 159/13, 18/15, 110/15, 123/16.
3. Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.

#### Sudska praksa

1. Presuda Trgovačkog suda u Rijeci, Stalna služba u Pazinu, P-470/11-37 od 12. travnja 2011, potvrđeno u presudi Visokog trgovačkog suda, Pž-4308/11-6 od 7. svibnja 2014.
2. Presuda Trgovačkog suda u Zagrebu, P-2822/10, od 1. srpnja 2010., potvrđeno u presudi Visokog trgovačkog suda, Pž-6303/10-4 od 3. lipnja 2014.
3. Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, VSRH Revt 118/2006-2 od 6. rujna 2006.
4. Presuda Trgovačkog suda u Rijeci, P-3195-11 od 12. ožujka 2012., potvrđeno presudom Visokog trgovačkog suda PŽ-1339/2013-2 od 29. svibnja 2017.
5. Presuda Visokog Trgovačkog suda RH, Pž 7338/04-3 od 7. svibnja 2007.
6. Presuda Trgovačkog suda u Zagrebu R1-205/14, od 1. VI. 2016., potvrđeno odlukom Visokoga trgovačkog suda Republike Hrvatske, Pž-4614/16, od 21. srpnja 2016.
7. Presuda Visokog Trgovačkog suda RH, Pž-3761/10, od 9. rujna 2010. (Trgovački sud Zagreb R1-493/09, od 23. IV. 2010.)).
8. Presuda Visokog trgovačkog suda RH, Pž-59/06-3 od 31. siječnja 2006.
9. Presuda Visokog trgovačkog suda RH, Pž-1912/99 od 8. lipnja 1999.
10. Služba za mirenje, Trgovački sud u Pazinu, 9 P-667/15 (1 MIR-8/17-4) od 6. travnja 2017.
11. Presuda Trgovačkog suda u Rijeci, P-3172/2011-27, od 17. travnja 2013.
12. Presuda Trgovačkog suda u Rijeci, P-748-09, od 1. lipnja 2011.
13. Presuda Visokog trgovačkog suda, Pž-4098/09-3 od 8. prosinca 2009.
14. Presuda Trgovačkog suda u Bjelovaru, P-1027/01 od 13. listopada 2005., potvrđenu presudom Visokog trgovačkog suda, Pž-7151/05 od 1. srpnja 2008., objavljene u Izboru odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, 2009, br. 15, str. 144-150.
15. Presuda Trgovačkog suda u Osijeku, P-2071/05 od 2. siječnja 2009.
16. Presuda Visokog trgovačkog suda, Pž 4503/04-4 od 28. kolovoza 2007.
17. Presuda Visokog trgovačkog suda, Pž 6944/11-3, od 30. lipnja 2011.
18. Presuda Visokog trgovačkog suda, Pž 7403/04-3, od 13. rujna 2005.
19. Presuda Visokog trgovačkog suda, Pž 7587/04-3, od 5. rujna 2009.

20. Presuda Visokog trgovačkog suda, PŽ-7274/09-3, od 20. veljače 2013.
21. Presuda Trgovačkog suda u Rijeci, P-477/14-68 od 28. studenog 2014, potvrđena presudom Visokog trgovačkog suda, PŽ-1507/2015-6 od 7. lipnja 2016.
22. Presuda Trgovačkog suda u Osijeku, III P-31/98 od 24. rujna 1998., potvrđena presudom Visokog trgovačkog suda PŽ-4019/98-2 od 23. ožujka 1999.
23. Presuda Visokog trgovačkog suda, PŽ-4702/08-4 od 25. srpnja 2012.
24. Presuda Visokog trgovačkog suda, PŽ 3261/04-4, od 12. lipnja 2007.
25. Presuda Trgovačkog suda u Bjelovaru, P-1027/01 od 13. listopada 2005., potvrđena presudom Visokog trgovačkog suda, PŽ-7151/05 od 1. srpnja 2008., objavljene u Izboru odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, 2009, br. 15, str. 144-150.
26. Presuda Trgovačkog suda u Osijeku, P-553/06-7 od 14. rujna 2006, potvrđena presudom Visokog trgovačkog suda PŽ 6471/06-4, od 15. listopada 2008. i presudom Vrhovnog suda RH, Revt 81/09-2 od 2. prosinca 2009.
27. Presuda Vrhovnog suda RH, Revt 169/09-2, od 2. siječnja 2009.
28. Donahue v. Rodd Electrotype Co. (367 Mass. 578, 1975).
29. OLG Hamm, Urteil vom 17. 11. 1998, NZG 1999, 600.
30. Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc., 370 Mass. 842, 353 N.E.2d 657 (1976)
31. In re Judicial Dissolution of Kemp & Beatley, Inc., 473 N.E.2d 1173, 1881 (1984))
32. McCallum v. Rosen's Diversified, Inc. 153 F.3d 701, 703 (1998).
33. BGH, Urteil vom 5.6.1975., NJW 1976, 191.
34. BGH, Urteil vom 15-04-1985, NYW 1985, 1901.

#### Ostalo

1. Belgijski Code Buysse, Corporate Governance Recommendations for non-listed enterprises, 2017., dostupan na internetskoj stranici <http://www.codebuysse.com/nl/buysse.nl.aspx> (17. srpnja 2017.).
2. Njemački Governance Code for Family Business, Guidelines for the responsible management of family business and business-owner families, an Initiative of INTES, FBN and die FAMILIENUNTERNEHMER-ASU, 2015., dostupan na internetskoj stranici: [http://www.kodex-fuer-familienunternehmen.de/images/Downloads/Kodex\\_englisch\\_2015.pdf](http://www.kodex-fuer-familienunternehmen.de/images/Downloads/Kodex_englisch_2015.pdf) (17. srpnja 2017.).
3. Pakistanski Principles of Corporate Governance for Non-Listed Companies iz 2016., dostupan na internetskoj stranici <https://www.secp.gov.pk/document/principles-of-corporate-governance/?wpdmdl=17576> (17. srpnja 2017.).
4. Slovenski The Corporate Governance Code for Unlisted Companies iz 2016., dostupan na internetskoj stranici [http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/SGPIL/Kodeksi/Kodeks\\_upravljanja\\_en\\_26012017.pdf](http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/SGPIL/Kodeksi/Kodeks_upravljanja_en_26012017.pdf) (17. srpnja 2017.).
5. Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe, The European Confederation of Directors Associations (ecoDa), 2010, dostupan na internetskoj stranici: [http://ecoda.org/uploads/media/GUIDANCE\\_-\\_2010\\_CG\\_for\\_Unlisted\\_-\\_EU.pdf](http://ecoda.org/uploads/media/GUIDANCE_-_2010_CG_for_Unlisted_-_EU.pdf) (17. srpnja 2017.).
6. IFC Family Business Governance Handbook, International Finance Corporation (IFC), 2008, dostupan na internetskoj stranici: [http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/159c9c0048582f6883f9ebfc046daa89/FB\\_English\\_final\\_2008.pdf?MOD=AJPERES](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/159c9c0048582f6883f9ebfc046daa89/FB_English_final_2008.pdf?MOD=AJPERES) (17. srpnja 2017.).
7. OECD, Corporate Governance of Non-listed companies in Emerging Markets, 2006., dostupan na: [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/582f0a804af4b8b8a5cfb5b94e6f4d75/oecd\\_nonlist.pdf?MOD=AJPERES](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/582f0a804af4b8b8a5cfb5b94e6f4d75/oecd_nonlist.pdf?MOD=AJPERES) (17. srpnja 2017.).

**Edita Čulinović-Herc\***  
**Sonja Marinac Rumora\*\***  
**Mihaela Braut Filipović\*\*\***

Summary

## **REGULATION OF LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN SHAREHOLDERS IN CLOSELY HELD COMPANIES ON THE EXAMPLE OF THE CROATIAN LIMITED LIABILITY COMPANY**

This article analysis regulation of legal relationship between shareholders in closely held company. Authors define “closely held companies” by functional approach, analyzing specific features which distinguish this type of companies from all other companies, regardless of their legal form. Available data suggests there are a significant number of these companies in Croatia and abroad. There are two basic corporate governance challenges in closely held company concerning the shareholders relations: potential abuse of its position by the majority shareholder, especially when majority shareholder acts as manager and the so-called “deadlock” when shareholders cannot reach agreement on any decision necessary for normal functioning of the company. Personal relations between the shareholders are in the core of these corporate governance issues. The Croatian private limited liability company is a model of closely held company in Croatia. Thus, this article analysis the withdrawal and exclusion of shareholders in Croatian court practice and its significance for solving the conflicts between shareholders in order to preserve the company. Authors advocate for more extensive use of the right to autonomously regulate the relationships between the shareholders in closely held companies. In that regard, authors suggest to use articles of association for more precise regulation of shareholders relationship, to set higher quorum when deciding important decisions in shareholders’ meeting which would empower the minority shareholders, to leave the important decisions on governing the company in the scope of the shareholders’ meeting and other. Also, authors consider that formation of supervisory body could contribute to achieve balance between the shareholders, especially between the majority and minority shareholders. Set of recommendations set in corporate governance codes could be of great use when drafting the articles of association. In that regard, authors call for *de lege ferenda* implementation of such a code, following the established practice on the comparative level.

---

\* Edita Čulinović-Herc, Full Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; edita@pravri.hr.

\*\* Sonja Marinac Rumora, Judge of the Commercial Court in Pazin; Sonja.MarinacRumora@tspa.pravosudje.hr.

\*\*\* Mihaela Braut Filipović, Assistant Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; mihaela.braut@pravri.hr.

**Keywords:** *closely held company, limited liability company, corporate governance, withdrawal of a shareholder, exclusion of a shareholder, corporate governance code for closely held companies.*

### Zusammenfassung

## **GESETZLICHE REGELUNG DES VERHÄLTNISES ZWISCHEN GESELLSCHAFTERN IN UNTERNEHMEN MIT EINGESCHRÄNKTEM GESELLSCHAFTERKREIS (*CLOSELY HELD*) UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG KROATISCHER GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG**

Die Arbeit bespricht spezifische Rechtsfragen bezüglich des Verhältnisses zwischen Gesellschaftern in Unternehmen mit eingeschränktem Gesellschafterkreis. Der Begriff „Unternehmen mit eingeschränktem Gesellschafterkreis“ wird in der Arbeit durch seine Funktion bestimmt, indem man die Eigenschaften dieser Gesellschaft mit den Eigenschaften anderer Gesellschaften ungeachtet ihrer gegründeten Rechtsform vergleicht und bespricht. Die verfügbaren Daten deuten darauf hin, dass es sowohl in der Republik Kroatien als auch im Ausland eine wesentliche Anzahl dieser Gesellschaften gibt. Bezüglich der Dynamik des Verhältnisses zwischen Gesellschaftern in Unternehmen mit eingeschränktem Gesellschafterkreis werden zwei spezifische korporativrechtliche Probleme erörtert: potentieller Missbrauch der Stellung des Mehrheitsgesellschafters, insbesondere falls dieser auch Vorstandsmitglied ist, und der sog. Deadlock der Versammlung, der bei zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften auftritt, wenn sich die Gesellschafter nicht über eine Entscheidung einigen können. In beiden Fällen kommen persönliche Verhältnisse zwischen Gesellschaftern in den Vordergrund. Da die Gesellschaft mit beschränkter Haftung die häufigste Form des Unternehmens mit eingeschränktem Gesellschafterkreis darstellt sowohl in der Republik Kroatien als auch im Ausland, wird in der Arbeit die verfügbare kroatische Rechtsprechung hinsichtlich des Austritts und Ausschlusses des Gesellschafters, welche zur Klärung des Gesellschafterstreits dienen und die Rettung der Gesellschaft als Ziel haben, analysiert. Die Arbeit schlägt vor, dass man das Recht auf autonome Regelung des Verhältnisses zwischen Gesellschaftern nach wie vor nutzen sollte. Man setzt sich in der Arbeit auch dafür ein, dass man im Gesellschaftsvertrag die Verhältnisse zwischen Gesellschaftern präziser bestimmen sollte, dass man ein höheres Quorum bei der Fällung mancher Versammlungsentscheidungen festsetzen sollte (wobei man die Wichtigkeit der Stimmen von Minderheitsgesellschaftern sichern würde), und dass die Gesellschafterversammlung für die Entscheidung über die Frage des Ausmaßes des Einflusses von Gesellschaftern auf die Unternehmensführung zuständig sein sollte. In der Arbeit wird auch die Ansicht vertreten, dass ein Aufsichtsorgan

das Gleichgewicht im Verhältnis zwischen Gesellschaftern, insbesondere zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern, schaffen könnte. Die in Kodizes festgestellten Empfehlungen zur Unternehmensführung können bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags helfen. Da es diese Empfehlungen im Auslandsrecht schon gibt, setzt man sich in der Arbeit *de lege ferenda* für die Gestaltung eines solchen Kodex in der Republik Kroatien ein.

**Schlüsselwörter:** *Unternehmen mit eingeschränktem Gesellschafterkreis, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Unternehmensführung, Austritt des Gesellschafters, Ausschluss des Gesellschafters, Kodex der Führung von Unternehmen mit eingeschränktem Gesellschafterkreis.*

Riassunto

## **LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI RAPPORTI TRA I SOCI DELLE SOCIETÀ CHIUSE (*CLOSELY HELD*) SULL'ESEMPIO DELLA SOCIETÀ CROATA A RESPONSABILITÀ LIMITATA**

Nel lavoro vengono trattate specifiche questioni di diritto privato concernenti il rapporto tra i soci che compaiono nelle società chiuse. Le autrici hanno determinato funzionalmente le “società chiuse” in modo tale che hanno trattato le caratteristiche di tali società che le contraddistinguono rispetto alle altre società, a prescindere dalla forma nella quale sono costituite. Dalle fonti disponibili emerge che in Croazia sia presente un numero significativo di tali società, il che del resto corrisponde al quadro comparatistico. Nel contesto della dinamica dei rapporti tra i soci della società chiusa, si evidenziano due specifici problemi di diritto societario: il potenziale abuso di posizione del socio di maggioranza, in particolare se tale socio sia al contempo membro dell'amministrazione, ed il c.d. blocco dell'assemblea quando i soci hanno i medesimi diritti di amministrazione/voti in assemblea, qualora non si riesca a trovare un accordo circa le decisioni da prendere. In entrambi i casi nel cuore del problema si rinvengono i rapporti personali tra i soci. Posto che il più frequente rappresentante della società chiusa è la società a responsabilità limitata, come in Croazia, così anche nell'esperienza comparata, nel lavoro si analizza la giurisprudenza rilevante in materia di uscita ed esclusione del socio dalla società, quale metodo di risoluzione del conflitto di interessi tra i soci della srl al fine della sopravvivenza della società. Nel lavoro si suggerisce un maggiore utilizzo del diritto ad una disciplina autonoma del rapporto tra i soci della società. Così le autrici sostengono la necessità che mediante lo statuto societario si disciplini con maggiore puntualità quali siano i diritti di *governance* dei soci; che si definiscano delle maggioranze superiori per determinate decisioni dell'assemblea al fine di garantire la rilevanza anche dei voti dei soci di minoranza;

che si lascino alla competenze dell'assemblea della società le questioni mediante le quali i soci potrebbero maggiormente influenzare le attività della società. Altresi, le autrici sono dell'idea che la creazione di un organo di vigilanza potrebbe influire positivamente sull'equilibrio delle forze tra i soci della società, in particolare dei soci di maggioranza e di minoranza. In occasione della redazione dello statuto societario potrebbe giovare l'esistenza di una raccomandazione per il miglioramento della *corporate governance* di tali società sotto forma di codice. Le autrici suggeriscono *de lege ferenda* la redazione di un codice di tale genere in Croazia.

**Parole chiave:** *società chiusa, società a responsabilità limitata, corporate governance, uscita del socio, esclusione del socio, codice di corporate governance nelle società chiuse.*



## NEKA RJEŠENJA UPRAVNOG SPORA U USPOREDNOM PRAVU: KAKO UNAPRIJEDITI HRVATSKI UPRAVNI SPOR?

Prof. dr. sc. Dario Đerđa\*  
Dr. sc. David Kryska\*\*

UDK 35.077.2  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.3>  
Ur.: 15. siječnja 2018.  
Pr.: 6. veljače 2018.  
Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*Cilj je ovoga rada usporediti regulaciju nekih postupovnih rješenja upravnoga spora u Hrvatskoj, Sloveniji, Češkoj i Poljskoj. Usporedbom istovrsnih instituta upravnoga spora u ovim državama nastoji se utvrditi koliko je hrvatski spor udovoljio zahtjevima suvremene pravne zaštite prava i pravnih interesa pojedinaca koja može biti povrijeđena odlukama i postupanjem tijela javne uprave. Posebno se razmatra institucionalni ustroj upravnog spora, sastav suda pri rješavanju sporova, osiguranje kontradiktornosti u vođenju upravnoga spora, sudske ovlasti pri donošenju odluke o tužbenom zahtjevu te redoviti pravni lijekovi u upravnom sporu. Zaključci izvedeni u ovome radu smjeraju unaprijediti pravnu regulaciju upravnoga spora u potencijalnom noveliranju ovoga važnog pravnog sredstva.*

**Ključne riječi:** *upravni spor, ustroj, sudac pojedinac, sudsko vijeće, usmena rasprava, sudske ovlasti, žalba, Hrvatska, Slovenija, Češka, Poljska.*

### 1. UVOD

Upravni spor smatra se najsnažnijim mehanizmom zaštite prava pojedinaca koja mogu biti povrijeđena nezakonitim odlukama i radnjama javnopravnih tijela.<sup>1</sup> U Republici Hrvatskoj, nakon više desetljeća relativno stabilnoga pravnog uređenja, upravni spor značajno je reformiran 2012. godine. Reformom upravnoga spora ustrojen je dvostupanjski sustav upravnoga sudovanja, bitno je proširen predmet spora, izmijenjen je sastav u kojem sud rješava sporove, sudu je povjerena obveza

\* Dr. sc. Dario Đerđa, redoviti profesor Pravnog fakulteta u Rijeci; [dariod@pravri.hr](mailto:dariod@pravri.hr).

\*\* Dr. sc. David Kryska, asistent Pravnog fakulteta Karlovog sveučilišta u Pragu; [kryska@prf.cuni.cz](mailto:kryska@prf.cuni.cz).

1 Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 128. i 483., Dupelj, Željko, Upravni spor – oblik sudske kontrole nad upravom, *Pravo i porezi*, god. 7., br. 10., 1997., str. 31.

utvrđivanja činjenica i vođenja usmene rasprave, ovlasti suda uvelike su proširene na način da sud upravne sporove u pravilu rješava kao sporove pune jurisdikcije, otvorena je mogućnost osporavanja žalbom prvostupanjske presude i nekih prvostupanjskih rješenja, institucionalizirano je ocjenjivanje zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnih osoba koje imaju javnu ovlast i koje obavljaju javnu službu itd.<sup>2</sup>

Iako je novo uređenje upravnoga spora u Hrvatskoj na snazi tek nešto više od šest godina, u sadržaj *Zakona o upravnim sporovima* s manje ili više značajnim izmjenama intervenirano je već tri puta.<sup>3</sup> K tomu, jednu odredbu toga *Zakona* Ustavni sud Republike Hrvatske utvrdio je neustavnom te ju je ukinuo.<sup>4</sup> Iako su neke izmjene ovoga *Zakona* rezultirale značajnim unaprjeđenjem upravnoga spora, neke od njih i dalje izazivaju brojne kritike u znanstvenoj i stručnoj javnosti. No, u posljednje vrijeme sve su češće najave kako će se u skoroj budućnosti pristupiti još jednoj noveli *Zakona o upravnim sporovima* ili čak donošenju potpuno novoga zakonskog teksta. Nesporno je kako se uočene zakonske manjkavosti i nepravilnosti trebaju ukloniti iz pravnoga sustava, no, ujedno se postavlja pitanje kako upravni spor učiniti stabilnim pravnim institutom, koji neće biti podložan čestim izmjenama? Postupovni zakoni trebali bi biti izvor pravne sigurnosti i omogućiti građanima i poduzetnicima osloniti se na stabilne postupovne mehanizme zaštite vlastitih prava. Slijedom toga, oni trebaju biti donošeni i mijenjani razborito i na osnovi kvalitetnih znanstvenih i stručnih analiza.

Upravo u kontekstu potencijalne izmjene *Zakona o upravnim sporovima*, a u cilju unaprjeđenja potencijalnoga novog zakonskog teksta, u ovome se radu analiziraju neki važni segmenti upravnoga spora.<sup>5</sup> Razmatraju se analizom usporednih zakonskih rješenja u tri države: Sloveniji, Češkoj i Poljskoj. Odabir ovih država je ciljani. One s Hrvatskom dijele brojne povijesne momente, pravnu tradiciju i pravnu kulturu. Ove države ili njihovi dijelovi, u drugoj polovini 19. stoljeća bile su sastavnim dijelom Austro-Ugarske Monarhije. Neke od njih, po okončanju Prvoga svjetskoga rata, postale su federativnim jedinicama budućih saveznih država. Nakon završetka Drugoga svjetskoga rata sve su prihvatile socijalističko društveno uređenje. One, koje su bile dijelovima federacija, osamostalile su se početkom devedesetih godina 20. stoljeća, a u to su se vrijeme sve četiri smatrale i, tzv. *tranzicijskim zemljama*. Međutim, unatoč njihovom izdvajanju iz Austro-Ugarske Monarhije prije točno stotinu godina, u pravnom sustavu ovih država, ogledaju se izraženi elementi recepcije austrijskoga upravnog prava. Stoga, autori ovoga rada uspoređuju današnje zakonsko

2 Vidi *Zakon o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 20/10.

3 *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 143/12., *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 152/14. i *Zakon o izmjeni i dopuni Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 29/17.

4 *Odluka i Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-2753/2012 i dr. od 27. rujna 2016.*, Narodne novine, br. 94/16.

5 U Hrvatskoj novi zakonski tekst, nažalost ne jamči kvalitetniji pravni okvir od onoga uređenog ranijim zakonom, kao niti ispravljanje nedostataka sadržanih u ranijem zakonu na koje se javno ukazivalo. Za primjer toga vidi Đerđa, Dario, Učinak novoga Zakona o koncesijama na hrvatsko koncesijsko pravo, *Zbornik radova Novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi*, Organizator, Zagreb, 2017., str. 1-26.

uređenje upravnoga spora u njima, fokusirajući se na regulaciju nekih važnih pitanja toga pravnog instituta. U tu svrhu detaljno razmatraju institucionalni ustroj upravnoga spora u svakoj od ovih država, sastav u kojem sud rješava upravne sporove, osiguravanje kontradiktornosti upravnoga spora, ovlasti suda pri donošenju odluke o predmetu spora te pravo korištenja redovitoga pravnog lijeka protiv prvostupanjske sudske odluke. Time nastoje zaključiti koliko je hrvatsko pravo usklađeno s načinom reguliranja upravnoga spora u promatranim sustavima te za kakvim su zakonskim rješenjima ove države posegnule u svrhu unaprjeđenja zaštite prava građana. Na taj način može se ocijeniti koliko je hrvatsko pravo suvremenije ili manje suvremeno od prikazanih pravnih sustava, kao i stvoriti kvalitetnu znanstvenu podloga za eventualno ponovno reguliranje upravnoga spora u Hrvatskoj.

## **2. RAZVOJ UPRAVNOGA SPORA U HRVATSKOJ, SLOVENIJI, ČEŠKOJ I POLJSKOJ**

Upravnosudski nadzor uprave, a time i zaštita prava i pravnih interesa pojedinaca od nezakonitog rada uprave povijesno se preklapa s utemeljenjem Austro-Ugarske Monarhije. U austrijskom dijelu ove države već je 1867. godine donesen *Temeljni zakon o sudačkoj vlasti* (njem. *Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt*), koji je propisao pravo pojedinca koji smatra da mu je uprava povrijedila neko pravo, iznijeti *zahtjev protiv upravne vlasti pred upravni sud u jednom usmenom postupku*.<sup>6</sup> Sud utvrđen ovim *Zakonom* osnovan je *Zakonom o ustrojstvu Upravnog sudišta* (njem. *Gesetz betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes*), a s radom je započeo 1876. godine. Bio je nadležan za austrijski dio Monarhije pa se njegova nadležnost u to vrijeme protezala na Istru i Dalmaciju u Hrvatskoj, današnju Sloveniju, Češku i dijelove Poljske. Upravni sud u pravilu je odlučivao u vijećima sastavljenim od pet sudaca, a iznimno u vijećima sastavljenim od tri odnosno sedam sudaca. Pred njime se spor mogao voditi samo protiv *nezakonite rješidbe ili odluke upravne vlasti*. Prema potrebi, Sud je spor mogao riješiti održavajući usmenu raspravu, a kada je utvrdio nezakonitost rješidbe ili odluke, sukladno svojoj kasacijskoj ovlasti ove je akte *ukidao kao nezakonite*, istovremeno posebno ističući razloge uočene nezakonitosti. Takvo uređenje upravnoga spora potrajalo je sve do završetka Prvog svjetskog rata, tj. propasti Austro-Ugarske Monarhije.<sup>7</sup>

Godine 1918., osnivanjem Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, kasnije nazvane Kraljevina Jugoslavija, a dio koje su u to vrijeme činile Hrvatska i Slovenija, provedba upravnosudskoga nadzora povjerena je Državnom savjetu u Beogradu, koji je s istom zadaćom djelovao i u predratnoj Kraljevini Srbiji. Godine 1922. u tadašnjoj Jugoslaviji osnivani su prvostupanjski upravni sudovi, a Državni savjet nastavio je

6 Istim *Zakonom* propisano je i kako će se posebnim zakonom utvrditi u kojim će slučajevima upravni sud biti nadležan da odlučuje i izriče odluke, kao i ustroj suda i postupak pred njim.

7 O ovome Medvedović, Dragan, *Upravno sudstvo u Hrvatskoj: prilog za povijesni pregled, Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977-2002.*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 1-4. te članak 7. stavak 1. *Zakona od 22. listopada 1875. o ustrojstvu Upravnog sudišta*, Državno-zakonski list, br. 85/1876.

djelovati kao vrhovni upravni sud. Od ukupno šest osnovanih upravnih sudova, tri su imala sjedište na prostoru današnje Hrvatske i Slovenije. To su bili Upravni sud u Zagrebu, Upravni sud u Dubrovniku i Upravni sud u Celju. Ovi sudovi započeli su s radom 1923. godine, a Upravni sud u Dubrovniku ukinut je 1939. godine. Svo to vrijeme upravni spor vodio se prema, tzv. *austrijskom modelu*. Sudovi su odlučivali u vijećima, predmet spora svodio se na utvrđivanje zakonitosti upravnoga akta, a kada su utvrdili njegovu nezakonitost sudovi su takav akt trebali poništiti. Zanimljivo je istaknuti kako je, tzv. redoviti postupak sudske odlučivanja uključivao obveznu provedbu usmene rasprave. Dvostupanjski ustroj upravnoga sudstva u Kraljevini Jugoslaviji omogućio je osporavanje presude upravnih sudova žalbom, kao redovitim pravnim lijekom, iako s priličnim ograničenjima. O žalbi je odlučivao Državni savjet u Beogradu. Osnivanjem Banovine Hrvatske 1939. godine, Upravni sud u Zagrebu izuzet je iz drugostupanjske nadležnosti Državnoga savjeta te je djelovao kao najviši upravni sud na prostoru Hrvatske.<sup>8</sup>

Nakon završetka Prvog svjetskog rata austrijski model recipirale su i novoosnovane Čehoslovačka i Poljska.<sup>9</sup> U razdoblju između dva svjetska rata imale su slično uređen upravni spor.<sup>10</sup> Čehoslovačka je s jednim od prvih zakona donesenih u novoj državi ustrojila jednostupanjski upravnosudski sustav, sa samo nekoliko posebnosti u odnosu na raniji austrijski uzor. Osnovan je Vrhovni upravni sud (češ. *Nejvyšší správní soud*) sa sjedištem u Pragu, kao jedinstveni upravni sud nadležan za cijelu državu. Institucionalni ustroj, sastav suda, predmet spora, postupak i sudske ovlasti nalikovale su uređenju predratnog austrijskoga upravnoga spora. Ovaj je sud djelovao do 1952. godine, kada je u Čehoslovačkoj ukinuto specijalizirano upravno sudovanje, a sudske nadzore nad upravom u vrlo ograničenom obliku odvijao se pred sudovima opće nadležnosti.

Poljska je zakon kojim su uređeni upravni sporovi donijela tek četiri godine nakon Prvog svjetskoga rata, tj. 1922. godine. Njime je upravni spor bio uređen na način gotovo identičan austrijskom prijeratnom modelu. Osnovan je Vrhovni upravni sud (polj. *Najwyższy Trybunał Administracyjny*) kao sud prvog i posljednjega stupnja, nadležan rješavati upravne sporove. Institucionalni ustroj, sastav suda, predmet spora, postupak i sudske ovlasti također su odgovarali ranijem austrijskom uzoru.<sup>11</sup> Iznimka su bile jedino države nekadašnjega pruskog teritorija i autonomno Šlesko vojvodstvo, u kojima su uz ovaj Sud upravne sporove rješavali, tzv. upravni sudovi vojvodstava (polj. *województwie sądy administracyjne*) u Poznanju, Torunju i Katovicama. Time je

8 Medvedović, op. cit., str. 11-23.

9 Vidi Binder, Wilhelm, *Ustawa o Najwyższym Trybunale Administracyjnym*, Wilhelm Hoesick, Warszawa 1926., str. 6. te Jaworski, Władysław Leopold, *Nauka prawa administracyjnego: zagadnienia ogólne*, Biblioteka Polska, Warszawa 1924., str. 34-35.

10 Mikule, Vladimír, *Ceskie i polskie sądownictwo administracyjne – czy tradycyjna zgodność, czy też wystąpią różnice?*, *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 2001., str. 481.

11 Langrod, Jerzy Stefan, *Zarys sądownictwa administracyjnego ze szczególnem uwzględnieniem sądownictwa administracyjnego w Polsce*, Biblioteka Polska, Warszawa, 1925., str. 217.

u tim područjima funkcionirao dvostupanjski ustrojeni upravnosudski sustav.<sup>12</sup> Ovaj sustav ukinut je 1939. godine okupacijom Poljske.

Osnivanjem poslijeratne jugoslavenske države, 1945. godine, na njezinom su teritoriju prestali s radom svi upravni sudovi. Iako se legislativno inzistiralo na *osnovanosti akata uprave na zakonu*, upravni spor kao instrument osiguravanja takve zakonitosti nije postojao sve do 1952. godine, kada je u svrhu kvalitetnijega rada svih upravnih tijela ponovno uveden. *Zakonom o upravnim sporovima* otvorena je mogućnost u upravnom sporu pred sudovima opće nadležnosti osporavati upravne akte. Ova zadaća povjerena je vrhovnim sudovima narodnih republika te Vrhovnom vojnom sudu i Vrhovnom sudu Federativne Narodne Republike Jugoslavije. Vrhovni sud Jugoslavije imao je neke prvostupanjske nadležnosti te je odlučivao po žalbama na presude vrhovnih sudova. Upravni spor bio je dopušten jedino protiv upravnih akata, a usmena rasprava propisana je kao iznimka. Iako se upravni spor u pravilu vodio kao spor o zakonitosti, sud je raspolagao i ovlašću riješiti spor kao spor pune jurisdikcije. Sustav je bio ustrojen kao dvostupanjski, no izjavljivanje žalbe bilo je ograničeno jedino na slučajeve u kojima se odlučivalo o primjeni saveznih propisa.<sup>13</sup>

Specijalizirani upravnosudski nadzor uprave u Hrvatskoj ishod je donošenja novog *Ustava Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije* 1974. godine i nove razdiobe zakonodavne nadležnosti između federacije i tadašnjih republika. Kako savezna vlast više nije bila nadležna uređivati sustav sudova u republikama i pokrajinama, Hrvatska je 1977. godine osnovala Upravni sud Hrvatske kao specijalizirani sud za rješavanje upravnih sporova, koji je započeo s radom 1. srpnja iste godine.<sup>14</sup> Osnivanjem Upravnog suda u njegovu su nadležnost pridijeljeni svi upravni sporovi dotadašnjeg Odjela za upravne sporove Vrhovnog suda Socijalističke Republike Hrvatske i upravno-računski sporovi koji su do tada bili u nadležnosti Višeg privrednog suda Socijalističke Republike Hrvatske. Unatoč spomenutoj zakonskoj mogućnosti, Slovenija je i dalje zadržala prijašnju organizaciju upravnoga spora. Iste godine stupio je na snagu novi savezni *Zakon o upravnim sporovima*, koji je uvelike mjeri bio na tragu ranijega, osim što je sudovima dao relativno široke ovlasti vođenja spora pune jurisdikcije.<sup>15</sup> Takvo uređenje upravnoga spora u Hrvatskoj i Sloveniji potrajalo je do proglašenja neovisnosti ovih država 1991. godine, a i kasnije.

U to vrijeme Čehoslovačka i Poljska nisu imale upravno sudovanje kao posebno reguliran pravni institut. Ono je u Poljskoj ponovno uvedeno tek 1980. godine, kada je i osnovan Vrhovni upravni sud (polj. *Naczelny Sąd Administracyjny*), nadležan za područje cijele države. U svezi s predmetom spora, načinom vođenja sudskoga postupka i sudskim ovlastima novi poljski koncept predstavljao je recepciju ranijeg, međuratnog upravnog sudovanja u Poljskoj, čime je ovo uređenje ostalo na tragu

12 Maisel, Witold, *Wojewódzkie sądy administracyjne w Drugiej Rzeczypospolitej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa-Poznań, 1976.

13 Medvedović, op. cit., str. 28-33. Vidi i *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list FNRJ, br. 23/52. i 16/65.

14 Ovaj sud osnovan je člankom 39. *Zakona o redovnim sudovima*, Narodne novine, br. 5/77.

15 Medvedović, op. cit., str. 31. Vidi i *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, br. 4/77. i 36/77.

povijesnog austrijskoga uzora.<sup>16</sup> Godine 1981. u Poljskoj su osnovani dislocirani odjeli Vrhovnog upravnog suda, čiji je broj idućih godina rastao te ih je 2003. godine ukupno bilo jedanaest. *Zakonom* iz 2002. godine, ustrojen je dvostupanjski sustav upravnih sudova, no po drugim pitanjima temeljni koncept sudovanja u bitnome nije izmijenjen. Isto važi i za Čehoslovačku, koja je upravni spor ponovno uvela 1991. godine po principima vođenja upravnoga spora koji se u osnovi također temeljio na austrijskom uzoru.<sup>17</sup> Ustrojstvenu reformu na kojoj se temelji i današnji model upravnoga sudstva, Češka je provela 2002. godine.<sup>18</sup> Upravne sporove u ovoj državi danas rješavaju regionalni sudovi (češ. *krajský soud*) i Vrhovni upravni sud (češ. *Nejvyšší správní soud*), međutim, koncept sudskoga postupka u ovoj državi nije znatnije izmijenjen.

### **3. INSTITUCIONALNI USTROJ SUDOVA NADLEŽNIH RJEŠAVATI UPRAVNE SPOROVE**

Zanimljivo je primijetiti kako su unatoč zajedničkim povijesnim osnovama razvoja upravnosudskoga sustava i pravila vođenja upravnoga spora u nekim pitanjima pravni sustavi promatranih država ustanovili različita rješenja. Jedno od takvih svakako se ogleda u institucionalnom ustroju upravnoga spora. Austrijski utjecaj rezultirao je sklonošću ovih država specijalizaciji sudskoga sustava, unatoč određenim razdobljima u kojima su se u nekima od njih upravni sporovi rješavali pred sudovima opće nadležnosti.

Upravni sporovi u Hrvatskoj danas se rješavaju pred specijaliziranim sudovima ustrojenim u dva stupnja. Specijalizirano sudovanje u upravnim sporovima u Hrvatskoj prisutno je još od 1977. godine, kada je napušten, tzv. angloamerički sustav nadzora uprave putem redovitih sudova te je prihvaćen sustav nadzora uprave od specijaliziranoga suda. Specijalizirano rješavanje upravnih sporova zadržano je i u samostalnoj hrvatskoj državi, donošenjem *Zakona o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima*.<sup>19</sup> Iako je upravno sudovanje u Jugoslaviji bilo ustrojeno u dva stupnja, pri preuzimanju spomenutoga *Zakona* hrvatski zakonodavac odlučio je da se upravni spor vodi kao jednostupanjski. Takvo stanje važno je do 1. siječnja 2012. godine, kada je na snagu stupio novi *Zakon o upravnim sporovima* te je u Hrvatskoj uveden sustav dvostupanjskoga specijaliziranog upravnoga sudovanja, s četiri prvostupanjska upravna suda – Upravnim sudom u Zagrebu, Upravnim sudom u Rijeci, Upravnim sudom u Splitu i Upravnim sudom u Osijeku te drugostupanjskim Visokim upravnim

16 Hauser, Roman, Świątkiewicz, Jerzy, 15 lat działalności Naczelnego Sądu Administracyjnego, 15 lat działalności Naczelnego Sądu Administracyjnego, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa, 1995., str. 17.

17 Mazanec, Michal, *Správní soudnictví*, Linde Praha, Praha, 1996., str. 230.

18 Češki *Zakon o upravnosudskom postupku, Soudní řád správní*, Sbirka zákonů České republiky, br. 150/02., 192/03., 22/04., 237/04., 436/04., 555/04., 127/05., 357/05., 350/05., 413/05., 79/06., 165/06., 112/06., 159/06., 216/08., 314/08., 189/06., 301/08., 7/09., 320/09., 294/10., 118/10., 130/11., 303/11., 275/12., 396/12., 250/14., 87/15., 375/15., 298/16., 322/16., 183/17., 222/17., 225/17. i 365/17.

19 *Zakon o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 53/91.

sudom Republike Hrvatske.<sup>20</sup> Ovi su sudovi, uz trgovačke i prekršajne sudove, specijalizirani sudovi, tj. sudovi posebne nadležnosti te su ustrojstveno izdvojeni iz sustava sudova opće nadležnosti.

Nadležnost između upravnih sudova i Visokog upravnog suda u osnovi je podijeljena na način da upravni sudovi rješavaju sve upravne sporove u prvom stupnju, osim onih koji su zakonima koji uređuju posebna upravna područja stavljani u prvostupanjsku nadležnost Visokom upravnom sudu. Visoki upravni sud rješava o žalbama protiv presuda upravnih sudova i rješenja upravnih sudova protiv kojih je dopuštena žalba, o zakonitosti općih akata i o sukobu nadležnosti između upravnih sudova.<sup>21</sup> Iznimno, u pojedinim upravnim područjima utvrđena je prvostupanjska nadležnost Visokog upravnog suda u području javnih nabava, prava na pristup informacijama, u slučaju osporavanja odluka i drugih upravnih akata Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije te osporavanja odluka Agencije za tržišno natjecanje.<sup>22</sup>

Slično rješenje kao u Hrvatskoj, susreće se i u Poljskoj. U ovoj državi rješavanje upravnih sporova također je povjereno specijaliziranom sudskom sustavu ustrojenom u dva stupnja. U prvom stupnju u upravnim sporovima odlučuje 16 upravnih sudova vojvodstva (polj. *województwie sądy administracyjne*), a u drugom Vrhovni upravni sud (polj. *Naczelny Sąd Administracyjny*) sa sjedištem u Varšavi.<sup>23</sup> U nadležnosti Vrhovnog upravnog suda je odlučivanje o redovitim pravnim lijekovima izjavljenim protiv odluka upravnih sudova vojvodstva, rješavanje apstraktnih ili konkretnih pravnih pitanja, koja izazivaju dvojbe u sudskoj praksi i rješavanje sukoba nadležnosti između tijela različitih jedinica lokalne samouprave ili tijela jedinica lokalne samouprave i tijela državne uprave.<sup>24</sup> Time je i Poljska, jednako kao i Hrvatska, u svrhu rješavanja upravnih sporova prednost dala specijaliziranom dvostupanjskom sudovanju.<sup>25</sup>

20 Članak 14. stavak 3. *Zakona o sudovima*, Narodne novine, br. 28/13., 33/15., 82/15. i 82/16. te članak 12. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima*.

21 Članak 12. stavci 2. i 3. *Zakona o upravnim sporovima*.

22 Članak 434. *Zakona o javnoj nabavi*, Narodne novine, br. 120/16., članak 26. *Zakona o pravu na pristup informacijama*, Narodne novine, br. 25/13. i 85/15., članak 18. stavak 2. *Zakona o elektroničkim komunikacijama*, Narodne novine, br. 73/08., 90/11., 133/12., 80/13., 71/14. i 72/17. i članak 36. stavak 4., članak 38. stavak 8., članak 41. stavak 3., članak 51. stavak 4. te članak 67. stavci 1. i 3. *Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja*, Narodne novine, br. 79/09. i 80/13.

23 *Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 25 kwietnia 2003 r. w sprawie utworzenia wojewódzkich sądów administracyjnych oraz ustalenia ich siedzib i obszarów właściwości*, Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, br. 72/03 i 187/04. Upravni sud vojvodstva u Varšavi ima dislocirani odjel u Radomu. *Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 grudnia 2005 r. w sprawie utworzenia Wydziału Zamiejscowego w Radomiu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie*, Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, br. 256/05.

24 Članak 15. poljskog *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*, *Ustawa Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, br. 153/02., 162/04., 94/05., 169/05., 250/05., 38/06., 208/06., 217/06., 120/07., 121/07., 221/07., 190/08., 216/08., 53/08., 144/09., 178/09., 216/09., 221/09., 36/10., 122/10., 182/10., 197/10., 6/11., 34/11., 76/11., 1101/12., 1529/12., 183/14., 543/14., 658/15., 1191/15., 1224/15., 1269/15., 1311/15., 394/16., 846/16., 996/16., 1948/16., 2103/16., 2261/16., 935/17., 1136/17. i 1370/17.

25 Vidi Đerđa, Dario, *Pravci reforme institucionalnog ustroja upravnog sudstva u Republici*

Slovenija i Češka koriste sustave u kojima se rješavanje upravnih sporova dijelom odvija pred specijaliziranim sudovima, a dijelom pred sudovima opće nadležnosti. Međutim, čak i u ovim državama uočava se bitna razlika u sustavu koji primjenjuju. U Sloveniji, upravno sudstvo u prvom stupnju ustrojeno je prema francuskom modelu pred specijaliziranim sudom, dok u drugom stupnju odlučuje Vrhovni sud Republike Slovenije, kao najviše sudsko tijelo opće nadležnosti. Specijalizirani upravni sud u ovoj je državi osnovan tek 1997. godine, dok su se upravni sporovi ranije rješavali pred Vrhovnim sudom Slovenije. No, za razliku od Hrvatske i Poljske, u kojima djeluje više specijaliziranih prvostupanjskih sudova, u Sloveniji je ustrojen samo jedan upravni sud – Upravni sud Republike Slovenije (slo. *Upravno sodišče Republike Slovenije*), sa sjedištem u Ljubljani. Unatoč postojanju samo jednoga suda, upravni sporovi rješavaju se na četiri različite lokacije, jer Sud sudi u svojem sjedištu te na još tri dislocirana odjela koji djeluju u Mariboru, Celju i Novoj Gorici.<sup>26</sup> Upravne sporove u drugom stupnju rješava Vrhovni sud Republike Slovenije (slo. *Vrhovno sodišče Republike Slovenije*) na kojem je ustrojen Upravni odjel. Podjela nadležnosti između Upravnog suda i Vrhovnog suda u Sloveniji postavljena je vrlo jednostavno. Nadležnost za rješavanje svih upravnih sporova u prvome stupnju povjerena je Upravnome sudu. Vrhovni sud u upravnom sporu odlučuje o pravnim lijekovima – žalbi i reviziji, zatim o zakonitosti odluka izbornih tijela u provedbi izbora za zastupnike u dva doma slovenskoga parlamenta te na izborima za predsjednika države. Ovaj sud ujedno odlučuje i o sukobu nadležnosti između Upravnoga suda i drugih sudova.<sup>27</sup>

Primjer suprotan slovenskom, susreće se u Češkoj. Ovdje je ustrojen u biti jednostupanjski sustav upravnoga sudovanja, koji se odvija u okviru sudova opće nadležnosti, unatoč postojanju specijaliziranoga Vrhovnog upravnog suda Češke (češ. *Nejvyšší správní soud*). U prvome i jedinomu stupnju upravne sporove rješavaju specijalizirana sudska vijeća i specijalizirani suci pojedinci koji rješavaju isključivo upravne sporove na osam regionalnih sudova opće nadležnosti (češ. *krajský soud*).<sup>28</sup> Unatoč tomu što se upravni sporovi rješavaju pred sudovima opće nadležnosti, u ovome sporu odlučivati mogu samo suci specijalizirani rješavati upravne sporove. Specijalizirana vijeća i specijalizirani suci pojedinci čine posebne sudske odjele, koji su osnovne organizacijske jedinice svakog regionalnog suda. Dakle, iako u Češkoj upravno sudovanje u regionalnim sudovima nije institucionalno izdvojeno, ono je

---

Hrvatskoj, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 45., br. 1., 2008., str. 85. i Kryska, David, *Organization of Czech and Polish Administrative Judiciary, International and Comparative Law Review*, vol. 12., no. 1., 2012., str. 91-100.

26 Vidi članak 9. slovenskog *Zakona o upravnom sporu, Zakon o upravnom sporu*, Uradni list Republike Slovenije, št. 105/06., 107/09., 62/10., 98/11. i 109/12.

27 Vidi članak 12. slovenskog *Zakona o upravnom sporu*.

28 Pored ovih, u Češkoj djeluje još sedam izdvojenih odjela regionalnih sudova, no svaki od njih nije nadležan rješavati upravne sporove. Vidi češki *Zakon o sudovima i sucima, Zákon o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích)*, Sbirka zákonů České republiky, br. 6/02., 151/02., 228/02., 349/02., 192/03., 441/03., 626/04., 349/05., 413/05., 79/06., 233/06., 342/06., 397/06., 264/06., 221/06., 184/08., 314/08., 7/09., 217/09., 41/09., 227/09., 294/10., 215/11., 142/12., 303/13., 185/14., 15/15., 90/17., 250/16., 14/17. i 296/17.



izdvojeno funkcionalno, čime se daje prednost personalnoj specijalizaciji sudovanja.<sup>29</sup> Žalba na presude ovih sudova nije dopuštena, kao niti primjena drugih redovitih pravnih lijekova. No, u Češkoj postoji mogućnost izjavljivanja izvanrednoga pravnog lijeka – kasacijske pritužbe (češ. *kasační stížnost*), putem kojega se pokreće postupak pred Vrhovnim upravnim sudom. Pored odlučivanja o ovom pravnom lijeku, zadaća Vrhovnog upravnog suda u Češkoj ujedno je osigurati zakonitost i uniformnost odluka regionalnih sudova, ali i upravnih tijela. U nadležnosti Visokog upravnog suda još je rješavanje nekih sporova koji se odnose na rad političkih stranaka i neke izborne stvari, rješavanje sukoba nadležnosti između tijela državne uprave odnosno tijela jedinica lokalne samouprave te utvrđivanje stegovnih povreda nekih dužnosnika i službenika, npr. sudaca ili državnih odvjetnika.<sup>30</sup>

Unatoč razlikama u institucionalnom ustroju rješavanja upravnih sporova u ovim državama, ipak se mogu uočiti dvije zajedničke tendencije. Ponajprije, sve promatrane države nisu krenule u smjeru ustrojavanja sudova nadležnih rješavati samo pojedine vrste upravnih sporova, već se koriste modelom sudova opće upravne nadležnosti.<sup>31</sup> Zatim, sve ove države veću ili manju naklonost pridaju sustavu specijaliziranih sudova. Ovo važi čak i za Sloveniju i Češku koje rješavanje upravnih sporova u jednom od dva stupnja povjeravaju specijaliziranom upravnom sudu. Posebno na primjeru Hrvatske nakon 1977. te Slovenije 20 godina kasnije, primjetan je trend napuštanja angloameričkoga sustava rješavanja upravnih sporova, u kojem upravne sporove rješavaju sudovi opće nadležnosti.<sup>32</sup> Kada se u pravnoj literaturi uspoređuju vrijednosti sustava u kojem se upravni sporovi rješavaju pred sudovima opće nadležnosti i sustava specijaliziranih upravnih sudova, posljednjem se ipak daje prednost koja se opravdava većom specijalizacijom sudaca, potpunijim rješavanjem sporova s aspekta donošenja odluka o subjektivnim pravima i pravnim interesima

29 Vidi Vopálka, Vladimír i dr., *Soudní řád správní. Komentář*, Beck, Praha, 2004., str. 8.

30 Đerđa, Pravci, cit., str. 86-87. i Kryska, Organization, cit., str. 82-91.

31 U okviru upravnosudskoga sustava pored upravnih sudova opće nadležnosti u Francuskoj, Njemačkoj, Italiji, Grčkoj i Portugalu djeluju i financijski sudovi koji su u pravilu nadležni rješavati sporove koji se odnose na poreze, carine i druga javna davanja. U Francuskoj, Njemačkoj i Finskoj kao posebni upravni sudovi ustrojeni su socijalni sudovi, sa zadaćom rješavati predmete iz socijalnog, zdravstvenog i mirovinskog područja. U Francuskoj još djeluju i neki drugi posebni upravni sudovi, npr. službenički sudovi, stegovni sudovi za liječnike ili arhitekta te sl., dok je u Nizozemskoj, primjerice, kao upravni sud s posebnom nadležnošću ustrojen Upravni sud za trgovinu i industriju. Đerđa, Dario, *Upravni spor*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2017., str. 39.

32 O razlikovanju angloameričkog i francuskog sustava upravnoga sudovanja više vidi u Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave: III. Knjiga, funkcioniranje i upravni spor*, Birozavod, Zagreb, 1962., str. 262-267., Borković, *Upravno*, cit., 2002., str. 486-489. i Borković, Ivo, *Kontrola uprave putem redovnih sudova (tzv. anglo-američki sistem kontrole), Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 281. Povijesno gledajući, anglosaksonski sustav upravnoga sudovanja iz Ujedinjenog Kraljevstva proširio se u druge države čiji su se pravni sustavi zasnivali na *common law* pravu, npr. u Irsku, Sjedinjene Američke Države, Kanadu, Australiju, Novi Zeland, Izrael, Indiju, Keniju i dr. Danas je prihvaćen u nekim europskim državama, npr. u Mađarskoj, Slovačkoj, Nizozemskoj, Rumunjskoj, Danskoj i sl. S druge strane, francuski model prihvaćen je u brojnim europskim državama. Uz Francusku to je slučaj, primjerice u Njemačkoj, Italiji, Belgiji, Švedskoj, Finskoj, Grčkoj itd.

pojedina i, konačno, nezaobilaznom ulogom upravnih sudova u stvaranju i razvoju upravnoga prava.<sup>33</sup> Upravni sudovi smatraju se bolje upućenima i specijaliziranijima za upravnu djelatnost, s obzirom na to da je ona specifična zbog mnogih posebnosti u većini upravnih područja, kao što su porezi, carine, policijska djelatnost, građanska stanja, inspekcije, graditeljska i komunalna djelatnost, socijalno zbrinjavanje, mirovinsko osiguranje itd. Smatra se da u takvom sustavu upravno sudovanje postiže mnogo jači i stroži nadzor zakonitosti nad radom javnopravnih tijela negoli što bi to postigli sudovi opće nadležnosti.<sup>34</sup> U pravnoj literaturi naglašava se kako upravni sudovi, koji su tijesno povezani s upravnim tijelima, mnogo angažiranije ispituju meritum upravnih odluka, ne zadržavajući se samo na obliku i formalnom sadržaju ovih odluka. Oni su dobro poznati s problemima, stavovima i ciljevima javnopravnih tijela, nerijetko shvaćaju zašto ona neki propis tumače upravo na određeni način te se upuštaju u procjenu hoće li javnopravna tijela takvim tumačenjem zaobići svrhu samoga propisa.<sup>35</sup> Stoga se posljednjih godina specijalizacija za rješavanje upravnih sporova javlja kao europski i svjetski trend. Može se zaključiti kako je postojanje specijaliziranih upravnih sudova u Hrvatskoj danas prednost koju u budućnosti treba vrednovati i dodatno osnaživati, a ni u kom slučaju od nje odstupiti.<sup>36</sup>

#### **4. SASTAV SUDA PRI RJEŠAVANJU UPRAVNIH SPOROVA**

Važno pitanje upravnoga spora svakako je i sastav suda za rješavanje upravnih sporova. Postavlja se pitanje trebaju li upravne sporove unutar nadležnoga suda rješavati sudska vijeća ili suci pojedinci. Unatoč širokoj praksi povjeravanja rješavanja ovih sporova sudskim vijećima, u posljednje vrijeme primjetan je trend širenja ovlasti suca pojedinca u rješavanju ovih sporova. Može se ustvrditi kako je taj trend u Hrvatskoj doveden do ekstrema, jer sukladno *Zakonu o upravnim sporovima* u upravnim sporovima pred upravnim sudovima odlučuje isključivo sudac pojedinac. Stoga je korisno razmotriti na koji je način uređen sastav suda u rješavanju upravnih sporova u tri usporedna pravna sustava.

Kako je naglašeno, u Hrvatskoj u svim upravnim sporovima pred upravnim sudovima odlučuje sudac pojedinac.<sup>37</sup> Takvo rješenje čini se izrazito revolucionarnim, posebno jer su upravni sporovi do stupanja na snagu novoga *Zakona o upravnim sporovima*, 1. siječnja 2012. godine, bili rješavani isključivo pred tročlanim sudskim

33 Stvaralačka uloga upravnih sudova posebno se ogleda u djelatnosti Državnog savjeta u Francuskoj i ranijeg Upravnog suda u Austriji. Borković ističe kako je francusko upravno pravo jednako stvarano i razvijano sudskom praksom Državnog savjeta koliko i samim zakonom, što se najbolje može pratiti na razvoju pravila upravnoga postupka. Borković, *Upravno*, cit., str. 489.

34 Krijan, Pero, Krijan Žigić, Lidija, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 21.

35 Braibant, Guy, *Administrativno pravo Francuske*, Službeni list, Beograd, 2002., str. 381-382.

36 Koprić naglašava kako je specijalizacija u sudstvu važna pretpostavka kvalitetnog upravnog sudovanja i sudske kontrole uprave. Koprić, Ivan, *Upravno sudovanje u svjetlu prilagodbe standardima EU-a, Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 62.

37 Članak 14. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima*.

vijećem, a ta je tradicija u Hrvatskoj bila prisutna još od vremena Austro-Ugarske Monarhije. Rješavanje upravnih sporova u pravilu u vijeću sastavljenom od tri suca propisao je i izvorni tekst novoga *Zakona o upravnim sporovima* iz 2012. godine. Iznimku od ovoga pravila predstavljali su jedino sporovi pokrenuti po tužbama protiv pojedinačne odluke javnopravnog tijela donesene neposrednim rješavanjem u upravnom postupku, osim ako je upravna stvar zbog javnog interesa neposredno riješena jer je to bilo nužno za poduzimanje hitnih mjera radi zaštite života i zdravlja ljudi ili imovine veće vrijednosti, po tužbama u predmetima koji se rješavaju na temelju pravomoćne presude donesene u oglednom sporu te po tužbama protiv postupanja ili zbog propuštanja postupanja, kada je rješavanje spora bilo povjereno sucu pojedincu.<sup>38</sup> Međutim, nakon nepune godine dana primjene ovoga *Zakona*, zakonodavac je pristupio konceptualnoj izmjeni sastava suda te je *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima*, koji je na snagu stupio 29. prosinca 2012. godine, propisao kako u upravnim sporovima pred upravnim sudovima odlučuje sudac pojedinac.<sup>39</sup> Od svojega osnivanja 2012. godine, Visoki upravni sud odlučuje u vijeću sastavljenom od tri suca, osim o zakonitosti općih akata jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koja ima javnu ovlast odnosno pravne osobe koja obavlja javnu službu kada odlučuje u vijeću sastavljenom od pet sudaca.<sup>40</sup> Ova odredba naknadno nije mijenjana, tako da Visoki upravni sud odlučuje u vijeću sastavljenom od tri suca, čak i kada rješava upravne sporove u prvome stupnju.

U svezi sa sastavom suda u upravnome sporu Slovenija je usvojila daleko razboritije rješenje. Slovenski *Zakon o upravnom sporu* propisuje da Upravni sud upravne sporove rješava u vijeću sastavljenom od tri suca suda, ako zakonom nije drukčije propisano.<sup>41</sup> Rješavanje upravnih sporova u ovoj je državi povjereno sucu pojedincu jedino u taksativno propisanim slučajevima i to za rješavanje sporova čija vrijednost predmeta spora, u predmetima u kojima se sporno pravo ili obveza može novčano utvrditi, ne prelazi iznos od 20.000 eura, za rješavanje sporova u kojima se osporava postupovna odluka donesena u upravnom postupku, za rješavanje, tzv. jednostavnih sporova i za rješavanje sporova u kojima se osporava upravni akt koji sadržava pogrešku radi koje se ne može ocijeniti zakonitost takvoga akta.<sup>42</sup> U navedenim

38 Članak 14. stavci 1. i 2. izvornog teksta *Zakona o upravnim sporovima*.

39 Članak 1. *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 143/12. Ovo zakonsko rješenje široko je osporavano u hrvatskoj znanstvenoj i stručnoj literaturi. Vidi Đerđa, Dario, Galić, Ante, *Žalba u upravnom sporu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51., br. 2., 2014., str. 358., Šikić, Marko, Čađenović, Ivana, *Sastav suda u upravnom sporu, Informator*, br. 6135-6137., 2012., str. 2., Šikić, Marko, Staničić, Frane, *Sastav suda u upravnom sporu – s posebnim osvrtom na odlučivanje suca pojedinca, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51., br. 2., 2014., str. 387., Staničić, Frane, *Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, Informator*, br. 6092-6093., 2012., str. 1. te Staničić, Frane, *Kamo vodi „mini reforma“ upravnog sudovanja u Republici Hrvatskoj, Informator*, br. 6131., 2012., str. 1-2.

40 Članak 14. stavak 2. *Zakona o upravnim sporovima*.

41 Članak 13. stavak 1. slovenskoga *Zakona o upravnom sporu*.

42 Radi li se u konkretnom sporu o sporu čija vrijednost ne prelazi 20.000 eura ili o tzv. jednostavnom sporu, odlučuje sudsko vijeće na prijedlog suca izvjestitelja.

slučajevima sudac pojedinac odlučuje i o obnovi spora.<sup>43</sup> Vrhovni sud Slovenije o žalbi i reviziji odlučuje u vijeću sastavljenom od tri suca. U vijeću sastavljenom od istoga broja sudaca odlučuje i o sukobu nadležnosti između Upravnoga suda i suda opće ili druge specijalizirane nadležnosti. No, sukob nadležnosti između Upravnoga suda i Vrhovnog suda, ovaj Sud rješava u proširenom vijeću, koje se sastoji od pet članova. Vrhovni sud po sucu pojedincu odlučuje jedino o obustavi spora.<sup>44</sup> Iz prikazane zakonske regulacije sastava suda u rješavanju upravnih sporova izražena je slovenska naklonost rješavanju ovih sporova pred sudskim vijećem. Iznimka je jedino odlučivanje o zakonitosti postupovne odluke donesene u upravnom postupku o kojoj uvijek odlučuje sudac pojedinac. Čak niti sve sporove koje zakonodavac ne smatra sporovima visoke imovinske vrijednosti, baš kao niti sve, tzv. jednostavne upravne sporove u ovoj državi ne rješava sudac pojedinac, jer odluku o povjeravanju ovih sporova na rješavanje sucu pojedincu donosi vijeće koje se može prikloniti rješavanju nekog od ovih sporova pred kolegijalnim tijelom.

Rješavanje upravnih sporova sudskom vijeću u pravilu povjerava i Češka. Tako regionalni sudovi upravne sporove rješavaju u vijećima sastavljenim od tri suca, osim ako je drukčije propisano zakonom. Češko pravo posebno utvrđuje područja u kojima se upravni spor može riješiti pred sucem pojedincem. To je slučaj u području mirovinskog i zdravstvenog osiguranja, u području socijalne skrbi, međunarodne zaštite stranaca, protjerivanja stranaca ili ograničenja slobode kretanja strancima, u sporovima vezanim uz radne odnose te sporovima pokrenutim protiv odluka o izricanju prekršajne kazne do 100.000 kruna u upravnim stvarima.<sup>45</sup> Time je rješavanje upravnih sporova po sucu pojedincu u češkome pravu iznimka. U pravnoj literaturi ona se opravdava ustupanjem sucu pojedincu na rješavanje predmeta koji su stručno manje zahtjevni i predmeta koji nemaju *veliko pravno značenje*, kao i potrebom bržega ili jeftinijeg rješavanja sporova u nekim upravnim područjima.<sup>46</sup> Kada je upravni spor trebalo riješiti vijeće, rješavanje spora od suca pojedinca smatra se bitnom povredom pravila sudskoga postupka i čini razlog za poništavanje sudske odluke.<sup>47</sup>

Vrhovni upravni sud Češke također u pravilu odlučuje u vijećima sastavljenim od tri suca. U sedmeročlanom vijeću odlučuje u izbornim stvarima, stvarima vezanim uz lokalni ili regionalni referendum, stvarima koje se odnose na rad političkih stranaka te rješava sukob nadležnosti između upravnih tijela. Jedino u slučajevima propisanim zakonom neke postupovne radnje može samostalno poduzimati predsjednik vijeća.<sup>48</sup> Pored tročlanog i sedmeročlanog sastava, ovaj Sud u nekim slučajevima djeluje i u tzv. *proširenom sastavu* (češ. *rozšířený senát*), kada rješava u vijećima sastavljenim od sedam ili čak devet sudaca.<sup>49</sup> U proširenom sastavu raspravlja o ujednačenosti sudske prakse između različitih vijeća koja djeluju u okviru ovoga Suda. Konkretno, ako neko

43 Članak 13. stavci 2. do 4. slovenskog *Zakona o upravnom sporu*.

44 Članci 14. i 15. slovenskoga *Zakona o upravnom sporu*.

45 Paragraf 31. stavak 2. češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

46 Vidi Jemelka, Luboš i dr., *Soudní řád správní. Komentář*. Beck, Praha, 2013., str. 181.

47 Paragraf 103. stavak 1. podstavak c). češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

48 Paragraf 16. češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

49 Ako vijeće odlučuje u sastavu od tri člana prošireno vijeće broji sedam članova, a ako vijeće odlučuje u sastavu od sedam članova prošireno vijeće broji devet članova.

vijeće Vrhovnoga upravnog suda želi odstupiti od ranije prakse ovoga Suda, ono mora predmet proslijediti na rješavanje proširenom sastavu. Takvim je uređenjem granica rješavanja sporova između sudskih vijeća, bez obzira na broj članova te odlučivanja po sucu pojedincu u Češkoj postavljena vrlo precizno, a u korist rješavanja sporova u vijeću.

Konačno, u Poljskoj, prvostupanjski upravni sudovi sporove rješavaju u pravilu u vijeću sastavljenom od tri suca, kada god se u sporu provodi rasprava. U sporovima u kojima se usmena rasprava ne provodi, u pravilu odlučuje sudac pojedinac. Kada je upravni spor trebalo riješiti vijeće, rješavanje spora od suca pojedinca smatra se bitnom povredom pravila sudskoga postupka i čini razlog za poništavanje presude.<sup>50</sup> U drugom stupnju Vrhovni upravni sud također odlučuje u vijeću sastavljenom od tri suca, kada god se u sporu provodi rasprava. No, kada se u odlučivanju ovoga suda po kasacijskoj pritužbi otvori neko pravno pitanje koje zahtijeva posebno razmatranje, vijeće može prekinuti rješavanje spora te ga proslijediti na razmatranje sedmeročlanom sudskom vijeću. Stajalište ovoga vijeća tada obvezuje tročlano sudsko vijeće koje zatim nastavlja voditi upravni spor, a sedmeročlano vijeće može i preuzeti rješavanje takvoga spora i samo donijeti presudu.<sup>51</sup>

Iz analize ova četiri pravna sustava jasno proizlazi kako se upravni sporovi u pravilu rješavaju pred sudskim vijećima, čime se u postupku ocjene zakonitosti pojedinačnih odluka i postupanja upravnih tijela inzistira na provedbi kolegijalnog načela. Važan razlog tomu svakako je složenost materije različitih upravnih područja u kojima se odlučuje u upravnome sporu, kao i nadzorna priroda upravnog spora, kao oblika sudske kontrole zakonitosti rada javne uprave. Važno je naglasiti kako upravni spor ne predstavlja početak odlučivanja o konkretnom upravnom predmetu, već je prije njegova pokretanja proveden barem prvostupanjski, a ponekad i drugostupanjski upravni postupak, u kojima su prvostupanjsko i drugostupanjsko rješenje donijeli upravni službenici posebno educirani i osposobljeni rješavati u pojedinim upravnim stvarima. Štoviše, u upravnom postupku rješenja ponekad donose kolegijalna tijela čiji su članovi stručnjaci u različitim područjima koja su važna za donošenje odluke. Međutim, pod pritiskom rokova i potrebe da se rješavanje upravnih sporova skрати na najkraće moguće vrijeme, a vođenje upravnoga spora učini što jeftinijim, države ovome pravilu utvrđuju niz iznimaka. Slijedom toga, u nekim slučajevima ovlašćuje se suce pojedince donositi određene odluke u upravnom sporu, a ponekad i samostalno rješavati sporove.<sup>52</sup> Slovenija, Češka i Poljska priklanjaju se pravilu rješavanja sporova pred sudskim vijećima, taksativno određujući područja i upravne stvari u kojima ovlašćuju suca pojedinca riješiti konkretni spor. Štoviše, Češka i Poljska u nekim zahtjevnijim pitanjima, posebno u slučaju odstupanja od ranije usustavljene sudske prakse, šire kolegij sudačkog vijeća, kako bi se sporno pitanje razmotrilo sa što više gledišta, a odluka donijela uz potporu velikoga broja sudaca.

Uspoređujući sustav rješavanja upravnih sporova putem sudskoga vijeća i putem suca pojedinca, u prilog kolegijalnom odlučivanju, tj. odlučivanju putem

50 Članak 183. stavak 2. podstavak 4. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

51 Članak 187. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

52 Đerđa, *Upravni*, cit., str. 53-54.

sudskoga vijeća, ističu se sljedeći argumenti. Više osoba sposobnije je uočiti sve elemente spora negoli jedna osoba. Članovi vijeća ujedinjeni u jedinstvenu zajednicu odlučivanja, raspolažu većim znanjem negoli sudac pojedinac. Članovi vijeća kontrolirajući i ispravljajući jedan drugoga, pružaju jamstvo da će njihova odluka biti razborita, objektivna, promišljena i pravična. Stoga se u pravnoj literaturi ističe kako bi odlučivanju u vijeću trebalo dati prednost kao radnoj metodi u obavljanju svih važnih državnih i društvenih poslova. Naravno, odlučivanje u vijeću za sobom povlači i neke nedostatke. Tako se ukazuje na njegovu sporost, skupoću i umanjene osjećaja osobne odgovornosti članova vijeća. Sudac pojedinac brži je i učinkovitiji te ima jače razvijen osjećaj za odgovornost. No, on je ujedno podložniji subjektivnom i pristranom postupanju te nema sposobnost uočiti ono što može opaziti skupina promatrača.<sup>53</sup>

U hrvatskoj pravnoj literaturi ukazuje se na nelogičnost odredbe *Zakona o upravnim sporovima* da u upravnom sporu pred upravnim sudom uvijek, pa i o tužbama podnesenima na odluke koje su donijela kolegijalna tijela, odlučuje isključivo sudac pojedinac. Ističe se kako takvo rješenje, odnosno propisivanje isključivog rješavanja upravnih sporova pred upravnim sudovima od suca pojedinca neminovno umanjuje kvalitetu sudskih presuda. Navodi se kako bi jedan od mogućih razloga smanjenja kvalitete presuda moglo biti konformističko pristajanje suca pojedinca uz obrazloženje rješenja koje se u upravnom sporu osporava, zbog njegove objektivne nemogućnosti dubinske analize osporenih rješenja u složenim upravnim stvarima. Stoga se naglašava kako takva pravna regulacija vodi smanjenju razine zaštite prava stranaka, kao i slabljenju zaštite objektivne zakonitosti te se aludira na izmjenu ove zakonske odredbe.<sup>54</sup> Valja naglasiti kako u Hrvatskoj nije prepoznata potreba odlučivanja u višečlanom sastavu niti pred prvostupanjskim sudovima, a kamoli potreba odlučivanja u proširenom sastavu na Visokom upravnom sudu,<sup>55</sup> bez obzira na složenost pitanja koje se može javiti u sporu pred ovim sudom niti s obzirom na važnost takvoga pitanja za zajednicu u cjelini. Ovo je jedno od područja hrvatskoga upravnog spora koje bi trebalo drukčije regulirati.

## 5. KONTRADIKTORNOST UPRAVNOGA SPORA

Jedno od najvažnijih obilježja svakoga spora, bez obzira na to vodi li se u području upravnog, građanskog ili kaznenog prava, je kontradiktornost. Na kontradiktornosti sudskoga postupka posebno inzistira *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*. Pravo na pravično suđenje propisano ovom *Konvencijom* zahtijeva da sudski postupak bude pravičan,<sup>56</sup> a praksa Europske komisije i Europskoga suda za ljudska prava naglašava kako pravičnost postupka zahtijeva da je on, između

53 Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 223.

54 Šikić, Staničić, op. cit., str. 381.

55 S iznimkom ocjenjivanja zakonitosti općega akta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koja ima javnu ovlast i koja obavlja javnu službu.

56 Članak 6. stavak 1. *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 8/99., 14/02. i 1/06.

ostaloga, i kontradiktoran.<sup>57</sup> Kako bi nadzor nad upravom bio neovisan, nepristran i učinkovit, načelo kontradiktornosti posebno je važno u upravnome sporu, jer u njemu o upravnoj stvari odlučuje *treća osoba*, različita od stranke i javnopravnog tijela, koja preispituje osporenu upravnu odluku ili postupanje. Stoga je vrijedno sagledati koliko su promatrane države ostvarile ovaj važan nadnacionalni pravni standard u upravnom sporu.

Ostvarivanje kontradiktornosti u upravnom sporu bilo je jedan od najvažnijih ciljeva koji se u Hrvatskoj želio ostvariti novim *Zakonom o upravnim sporovima*. Kontradiktornost spora nastojala se osigurati tijekom cijeloga njegova trajanja i u prvostupanjskom i u drugostupanjskom sporu. Ona se jamči brojnim odredbama – dostavljanjem tužbe na odgovor tuženiku i zainteresiranim osobama, obvezom stranke da u tužbi i odgovoru na tužbu iznese sve činjenice na kojima temelji svoje zahtjeve, predloži dokaze potrebne za njihovo utvrđivanje i izjasni se o činjeničnim navodima i dokaznim prijedlozima drugih stranaka, obvezi suda utemeljiti presudu samo na činjenicama i dokazima o kojima je strankama dana mogućnost izjašnjanja, a posebno obvezi suda provesti usmenu raspravu.<sup>58</sup> Vremenski gledajući, izjašnjanje tužitelja u upravnom sporu započinje već navođenjem tužbenih zahtjeva i razloga podnošenja tužbe, a izjašnjanje ostalih stranaka sastavljanjem odgovora na tužbu. S druge strane, mogućnost izjašnjanja stranaka završava tek zaključenjem rasprave odnosno donošenjem presude kada je spor riješen bez rasprave.<sup>59</sup>

U Hrvatskoj, sukladno načelu usmene rasprave, sud u upravnom sporu odlučuje na temelju usmene, neposredne i javne rasprave. Takvom pravnom regulacijom zakonodavac je u velikoj mjeri odstupio od ranije važećega koncepta, sukladno kojemu je Upravni sud o upravnim sporovima rješavao na nejavnoj sjednici, a sva komunikacija stranaka bila je svedena na sastavljanje tužbe i, eventualno, odgovora na tužbu.<sup>60</sup> Takva pravna regulacija, ali i postupanje Upravnoga suda Republike Hrvatske, bili su razlozi radi kojih je Ustavni sud Republike Hrvatske utvrdio kako se Upravni sud Republike Hrvatske ne može smatrati sudom pune jurisdikcije u značenju koje ovome pojmu pridaje *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* i praksa Europskog suda za ljudska prava.<sup>61</sup> Sukladno važećem *Zakonu o upravnim sporovima*, sud može riješiti spor bez održavanja rasprave jedino u slučajevima propisanim tim *Zakonom*. Zakonodavac je utvrdio pet slučajeva u kojima se ne očekuje kako će održavanje usmene rasprave pridonijeti rješavanju spora te se ona stoga nužno ne

57 Vidi presudu European Court of Human Rights, *Fredin v. Sweden*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A., vol. 283., 1994.

58 Članak 32. stavak 1., članak 34. stavak 1., članak 55. stavak 4. i članak 37. *Zakona o upravnim sporovima*.

59 Rajko, Alen, Implikacije odredbe čl. 55. st. 4. *Zakona o upravnim sporovima*, *Pravo i porezi*, god. 22., br. 10., 2013., str. 45.

60 Članak 34. stavci 1. i 2. ranije važećeg *Zakona o upravnim sporovima* propisivali su kako o upravnim sporovima sud rješava u nejavnoj sjednici, a da se zbog složenosti sporne stvari ili ako sud smatra da je to potrebno radi boljeg razjašnjenja stanja stvari, može odlučiti da se održi usmena rasprava. Međutim, održavanje usmene rasprave sukladno ovome *Zakonu* nije bila praksa Suda. Vidi članak 27. i članak 33. ranije važećega *Zakona o upravnim sporovima*.

61 Vidi Ustavni sud Republike Hrvatske, *Presuda U-I/745/1999*, od 8. studenog 2000. godine, Narodne novine, br. 112/00.

mora niti održati. Sud spor može riješiti bez rasprave: ako je tuženik priznao tužbeni zahtjev u cijelosti; u predmetu koji rješava na temelju pravomoćne presude donesene u ogleđnom sporu; ako utvrdi da pojedinačna odluka, postupanje ili upravni ugovor sadržava nedostatke koji sprječavaju ocjenu njihove zakonitosti; ako tužitelj osporava samo primjenu prava, činjenice su nesporne, a stranke u tužbi ili u odgovoru na tužbu izričito ne zahtijevaju održavanje rasprave te ako se stranke o tomu izrijekom suglase, a sud utvrdi da nije potrebno izvoditi nove dokaze.<sup>62</sup> No, valja naglasiti kako sud ima ovlast ne održati raspravu, ali ne i obvezu tako postupiti. Drugim riječima, čak i u ovdje naznačenim slučajevima sud može odlučiti provesti usmenu raspravu i tako doprinijeti kontradiktornosti vođenja upravnoga spora. Time se novim *Zakonom o upravnim sporovima* uvelike doprinijelo kontradiktornosti vođenja spora u odnosu na raniju pravnu regulaciju, a posebno raniju sudsku praksu.

Načelo kontradiktornosti upravnoga spora posebno se njeguje i u Sloveniji. *Zakon o upravnom sporu* propisuje obvezu suda dostaviti tužbu tuženome tijelu na odgovor te prije donošenja odluke u sporu, kada god je sam utvrdio činjenično stanje, strankama omogućiti da se izjasne o činjenicama i okolnostima relevantnim za donošenje odluke. I u Sloveniji Sud je ovlašten zasnovati donesenu presudu samo na činjenicama i dokazima o kojima su stranke imale prilike izjasniti se ili pred tim Sudom ili pred upravnim tijelom koje je donijelo osporeni upravni akt, osim kada stranke činjenično stanje utvrđeno u upravnome postupku nisu osporavale ili kada je Sud zakonom izričito ovlašten odlučiti bez izjašnjavanja stranaka.<sup>63</sup> I u ovoj državi Upravni sud u prvome stupnju u sporu odlučuje u pravilu temeljem usmene rasprave. Na njoj izvodi dokaze potrebne za donošenje odluke u upravnom sporu, ako takvi dokazi nisu bili izvedeni u postupku donošenja osporenoga upravnoga akta ili ako koja okolnost ukazuje da bi se neki dokaz trebao ocijeniti drukčije negoli je to učinjeno u upravnom postupku. Bez održavanja rasprave Upravni sud može riješiti spor jedino ako u tom sporu nije osporeno činjenično stanje utvrđeno u upravnom postupku. Međutim, čak i u tome slučaju, rasprava će se morati održati ako u upravnome postupku stranci nije omogućeno sudjelovati u postupku ili očitovati se o činjenicama i okolnostima relevantnim za donošenje upravnoga akta. Bez održavanja rasprave sud može riješiti spor i ako uvidom u tužbu, osporeni upravni akt te spis upravnog postupka utvrdi kako tužbu treba usvojiti i akt poništiti, ako u upravnom sporu stranke predlažu utvrđivanje novih činjenica i izvođenje novih dokaza, a koje prema *Zakonu* nije dopušteno utvrđivati i izvoditi ili ih Sud ne ocjeni relevantnim za rješavanje spora ili ako se spor vodi među istim strankama te je iste činjenične i pravne osnove o kojoj je već odlučeno pred ovim Sudom.<sup>64</sup> Iz svega se daje zaključiti kako i slovensko zakonodavstvo inzistira na kontradiktornosti upravnoga spora, jamčeći pravo strankama izjasniti se o svim činjenicama i dokazima druge stranke, ali i onima koje je utvrdio sud te propisujući provedbu rasprave kao pravilo, a rješavanje spora bez ovoga postupovnog stadija tek kao iznimku u utvrđivanju upravne pravde.

Kontradiktornost upravnoga spora u Češkoj također je ostvarena obveznom

62 Članci 7. i 36. *Zakona o upravnim sporovima*.

63 Članak 21., članak 38. stavak 1. i članak 62. slovenskoga *Zakona o upravnom sporu*.

64 Članak 51. i članak 59. stavci 1. do 3. slovenskoga *Zakona o upravnom sporu*.



dostavom tužbe tuženiku i zainteresiranim osobama na odgovor te propisivanjem tužitelju obveze iznijeti pravne i činjenične osnove svoga zahtjeva.<sup>65</sup> I u ovdje je održavanje usmene rasprave načelno obvezno. Na raspravi su stranke ovlaštene iskazati svoj stav i protivljenje svakom izvedenom dokazu ili argumentu suprotne stranke te imaju pravo očitovati se prije zaključenja rasprave.<sup>66</sup> Regionalni sudovi samo iznimno mogu riješiti spor bez vođenja usmene rasprave. Takav je slučaj kada sud poništava osporenu odluku tuženoga javnopravnog tijela zbog pogreška postupovne prirode ili kada utvrdi ništavost takve odluke. Istu ovlast ima i kada se stranke izričito suglase kako se spor može riješiti bez rasprave ili ako one u roku od dva tjedna od poziva predsjednika vijeća ne zatraže provedbu rasprave.<sup>67</sup> Međutim, ako sud odluči izvoditi dokaze, obavezan je provesti raspravu.<sup>68</sup>

Elementima kontradiktornosti upravni spor prožet je i u Poljskoj.<sup>69</sup> I ovdje je kontradiktornost zajamčena obvezom upravnog suda dostaviti tužbu na odgovor drugim strankama u sporu.<sup>70</sup> Tužitelj je u tužbi obavezan opisati povredu svojega prava ili pravnog interesa, a što olakšava tuženiku očitovanje u odgovoru na tužbu.<sup>71</sup> Sud upravni spor može rješavati na javnoj i nejavnoj sjednici. Javna sjednica podrazumijeva provedbu rasprave, ali i neke druge oblike poduzimanja radnji pred javnošću.<sup>72</sup> Na raspravi su tužitelj i tuženik ovlašteni usmeno postaviti i obrazlagati svoje zahtjeve te predlagati dokaze kojima će ih poduprijeti.<sup>73</sup> Upravni sud odluku u sporu može donijeti na nejavnoj sjednici ako je osporena upravna odluka ništava ili ako stranka izjavi kako ne inzistira na provedbi rasprave, a u roku od 14 dana niti druge stranke ne zatraže provedbu rasprave, ako je spor pokrenut zbog propuštanja upravnoga tijela u zakonom propisanome roku donijeti upravnu odluku, kao i protiv nekih posebnih upravnih odluka u slučajevima propisanim zakonom.<sup>74</sup> Konačno, upravni sud na nejavnoj sjednici ovlašten je odlučiti i ako su kumulativno ispunjene sljedeće pretpostavke: tuženik sudu unatoč izričitom traženju nije dostavio spis osporenoga predmeta, tužitelj je zatražio da se spor riješi bez održavanja rasprave i

65 Paragraf 74. stavak 1. i paragraf 71. stavak 1. podstavak d), češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*. Obaveza tužitelja naznačiti u tužbi, tzv. *tužbeni zahtjev*, koji treba biti popraćen opisom činjeničnih te pravnih razloga zbog kojih tužitelj smatra osporenu odluku nezakonitom ili ništavom prati povijesni austrijski koncept upravnoga spora. Izvan granica tužbenog zahtjeva, baš kao i u Hrvatskoj i Sloveniji, sud ne smije propitivati zakonitost upravnoga akta niti u Češkoj, a što također odgovara austrijskom uzoru. Vidi paragraf 75. stavak. 2. češkog *Zakona o upravnosudskom postupku*.

66 Paragraf 49. stavak 4. i 9. češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

67 Paragraf 51. stavak 1. i paragraf 76. stavak 1. i 2. češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

68 Paragraf 77. stavak 1. češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

69 Vidi Jaškowska, Małgorzata, Masternak, Marian, Ochendowski, Eugeniusz, *Postępowanie sądowoadministracyjne*, LexisNexis, Warszawa, 2007., str. 88.

70 U Poljskoj se tužba podnosi tuženiku – javnopravnom tijelu, koje tužbu mora zajedno sa spisom predmeta i odgovorom na tužbu predati sudu. Članak 54. stavak 1. i 2. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

71 Članak 57. stavak 1. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

72 Više vidi u Dauter, Bogusław, *Metodyka pracy sędziego sądu administracyjnego*. Warszawa, LexisNexis, 2009., str. 315.

73 Članak 106. stavak 2. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

74 Članak 119. i 120. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

sud može odlučiti o tužbi.<sup>75</sup> No, čak kada je i propisano da sud odlučuje na nejavnoj sjednici, može odlučiti kako će ipak provesti raspravu.<sup>76</sup>

Iz izloženoga je razvidno kako sve promatrane države veliku pozornost posvećuju kontradiktornosti upravnoga spora. Sve propisuju obvezu razmjene podnesaka između stranaka u sporu, a neke, kao npr. Hrvatska i Slovenija, isključuju mogućnost suda zasnovati odluku o tužbenom zahtjevu na činjenicama i dokazima o kojima se stranke nisu imale priliku očitovati. U pravnoj se literaturi ističe kako iznimno važan oblik ostvarivanja kontradiktornosti u upravnom sporu predstavlja upravo usmena rasprava. Ona se smatra jednim od najvažnijih standarda upravnosudske zaštite. Njome se oživotvoruje načelo učinkovitosti i ekonomičnosti spora, jer se na raspravi u pravilu brže i s manje troškova raspravlja o pitanjima bitnim za donošenje odluke o osnovanosti tužbenoga zahtjeva. Usmena rasprava najvažniji je medij izjašnjavanja stranaka te provedbe dokaznoga postupka u upravnom sporu. Ona ima dvojaki cilj: treba biti osnova razjašnjenja svih pravnih i činjeničnih pitanja te treba poslužiti strankama kako bi se izjasnile o činjenicama, dokazima i izjavama drugih stranaka i sudionika spora. Upravo na raspravi stranke jedna drugoj mogu postavljati pitanja vezana uz činjenice i tumačenje i primjenu prava u sporu te riješiti suprotnosti u iskazima. Time se uvelike doprinosi okončanju spora odmah po završetku prvoga ročišta usmene rasprave.<sup>77</sup> Ova su stajališta prihvatile sve promatrane države načelno obvezujući sudove da provedu usmenu raspravu. Iznimka su slučajevi u kojima se spor može riješiti bez rasprave. Razvidno je kako hrvatsko pravo, unatoč naočigled velikom broju slučajeva rješavanja spora bez rasprave, restriktivno pristupa ovome ograničenju, utvrđujući obvezu vođenja rasprave jednim od osnovnih načela upravnoga spora. Slučajevi u kojima se spor može riješiti bez rasprave poprilično su rijetki u praksi ili ovisе o volji stranaka odnosno suda. Stoga je inzistiranje na provedbi usmene rasprave uz iznimno propisivanje slučajeva u kojima sud može riješiti spor bez njezine provedbe zasigurno dobar smjer u kojem je krenula hrvatska regulacija upravnoga spora, a na čemu i dalje treba inzistirati.

## **6. SUDSKE OVLAŠTI PRI DONOŠENJU ODLUKE O TUŽBENOM ZAHTJEVU**

Sloboda suda u rješavanju upravnih sporova ogleda se upravo u njegovim ovlastima pri donošenju odluke o tužbenom zahtjevu. Međutim, sama priroda upravnoga spora kao oblika nadzora rada uprave i ograničavanja nezakonitosti počinjenih u njezinu djelovanju unosi odgovarajuće posebnosti i u sudske ovlasti, a koje su slijedom toga ograničene više negoli je to slučaj sa sudskim ovlastima u području građanskoga ili kaznenoga prava. Uvažavanje teorije o podjeli funkcija u državi te ograničenoj nadležnosti između zakonodavne, izvršne odnosno upravne i sudske funkcije povijesno su uvjetovale ograničavanje sudskih ovlasti u upravnom

75 Članak 55. stavak 2. i članak 121. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*. Sud neće raspolagati ovom ovlaštima ako je pravno i činjenično stanje u sporu izvor bilo kakve dvojbe.

76 Članak 90. stavak 2. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

77 Rajko, op. cit., str. 45.

sporu na objektivno stavljanje izvan snage nezakonitoga upravnog akta. Međutim, danas se kao trend javlja pristup, prema kojemu, radi učinkovitosti i ekonomičnosti ne samo vođenja upravnoga spora, već i rada javne uprave općenito, a posebno u svrhu što skorijega ostvarivanja prava pojedinaca, sudovi u upravnom sporu trebaju donositi reformacijske odluke kojima rješavaju upravnu stvar, koja je odlučena osporenom pojedinačnom odlukom javnopravnoga tijela. Stoga je jedno od posebno aktualnih pitanja pravne regulacije upravnoga spora svakako i širina sudskih ovlasti u upravnome sporu.

Sudovi koji rješavaju upravne sporove pri donošenju odluke o tužbenom zahtjevu u brojnim slučajevima nisu slobodni primijeniti nadzornu ovlast koja im se u konkretnome slučaju čini najprikladnija, jer im zakoni koji uređuju upravne sporove kategoričkim pravnim normama često pripisuju obvezu donošenja odluke specifične pravne naravi. Drugim riječima, zakoni koji uređuju upravne sporove sudovima nalažu trebaju li upravni spor riješiti kao spor o zakonitosti ili kao spor pune jurisdikcije, ovisno o upravnom području u kojemu se spor vodi, tužbenom zahtjevu odnosno specifičnostima nekoga spora. Spor o zakonitosti pokreće se i vodi radi ocjene je li neka pojedinačna odluka utemeljena na zakonu ili nije, odnosno je li njime povrijeđeno neko zakonsko pravno pravilo te, kada sud utvrdi nezakonitost odluke, takvu odluku poništava. U sporu pune jurisdikcije sud odlazi korak dalje te poništavajući nezakonitu odluku ujedno presudom sam rješava upravnu stvar. Drugim riječima, on presudom utvrđuje, zasniva, mijenja ili ukida neki pravni odnos, čime rješava konkretnu upravnu stvar, o kojoj se ranije rješavalo u upravnom postupku.<sup>78</sup> U ovoj vrsti spora sud preuzima ovlasti javnopravnoga tijela, koje, sukladno podjeli funkcija u državi, obavlja izvršne funkcije. Time se upravni predmet više ne vraća na rješavanje nadležnom javnopravnom tijelu koje je donijelo osporenu pojedinačnu odluku odnosno propustilo u zakonom propisanom roku donijeti takvu odluku, već stranka izravno na temelju sudske presude ostvaruje određena prava.<sup>79</sup> Slijedom toga, nije teško uočiti kako sudovi u upravnom sporu pri donošenju sudske odluke imaju bitno uže ovlasti od sudova opće nadležnosti u drugim sudskim postupcima.

Hrvatska je *Zakonom o upravnim sporovima* vrlo detaljno propisala ovlasti suda pri donošenju sudske odluke, određujući u kojem slučaju sud treba donijeti koju vrstu odluke te koje radnje pritom još treba poduzeti. Odlučujući u upravnom sporu upravni sud tužbeni zahtjev može ili odbiti ili usvojiti. Kada tužbeni zahtjev usvoji, sud je u nekim slučajevima ovlašten koristiti samo kasatornu ovlast, tj. jedino poništiti pojedinačnu odluku, dok je u drugima poništavajući pojedinačnu odluku još obavezan svojom presudom riješiti upravnu stvar. Hoće li sud presudom sam

78 Krbek, *Pravo*, cit., str. 280. i 290-291., Pičuljan, Zoran, Britvić Vetma, Bosiljka, Primjena i evolucija upravnog spora pune jurisdikcije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47., br. 1., 2010., str. 60-61. te Babac, Branko, *Upravno pravo - odabrana poglavlja iz teorije i praxisa*, Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2004., str. 942-944.

79 U tim slučajevima, naveo je Krijan, sudska presuda je u biti, prema svojoj pravnoj prirodi jednim dijelom i upravni akt, jer ona uz poništavanje upravnoga akta sadržava u svom dispozitivu i rješenje upravne stvari u sklopu određenoga upravnopravnog odnosa. Krijan, Krijan Žigić, op. cit., str. 238.

riješiti upravnu stvar ili će se zadržati na ovlasti objektivnoga stavljanja izvan snage pojedinačne odluke ne ovisi samo o njegovoj volji, već i o obvezama koje mu je *Zakon o upravnim sporovima* precizno nametnuo. Stoga, pri usvajanju tužbenoga zahtjeva treba razlikovati dvije skupine slučajeva: slučajeve u kojima sud odlučuje samo o zakonitosti predmeta spora te slučajeve u kojima sud presudom rješava upravnu stvar.

Hrvatski je zakonodavac kao pravilo utvrdio obvezu upravnoga suda riješiti upravni spor kao spor pune jurisdikcije. Slijedom toga, u svim slučajevima kada sud utvrdi kako je pojedinačna odluka nezakonita, takvu odluku treba poništiti i presudom riješiti upravnu stvar koja je bila riješena osporenom odlukom. Sud je ovlašten zadržati se na odlučivanju kasatornom ovlasti samo u dva slučaja. Ponajprije, kada utvrdi da je osporena pojedinačna odluka javnopravnog tijela ništava, u kojem slučaju presudom treba usvojiti tužbeni zahtjev i oglasiti takvu odluku ništavom.<sup>80</sup> Također, kada utvrdi kako je pojedinačna odluka oboriva, sud je iznimno oslobođen obveze rješavanja upravne stvari jedino kada sam ne može donijeti odluku s obzirom na prirodu takve stvari ili jer je tuženik rješavao primjenom slobodne ocjene. Obvezu presudom riješiti upravnu stvar upravni sud još ima kada utvrdi da javnopravno tijelo nije u propisanom roku donijelo pojedinačnu odluku koju je prema propisima trebalo donijeti. I tada presudom treba usvojiti tužbeni zahtjev te sam riješiti stvar, osim ako to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili jer je tuženik stvar riješio primjenom slobodne ocjene, u kojim će slučajevima tuženiku narediti donošenje odluke i za to mu odrediti primjereni rok.<sup>81</sup>

Takav pristup hrvatskoga zakonodavca doveo je do bitnog odstupanja od regulacije sudskih ovlasti u upravnom sporu u ranijem zakonskom uređenju. Do 1. siječnja 2012. godine, u slučajevima u kojima bi Upravni sud utvrdio kako je upravni akt nezakonit, imao je obvezu tužbu usvojiti i poništiti osporeni akt. Iznimno, Sud je mogao, kada je utvrdio da se osporeni upravni akt treba poništiti, presudom sam riješiti upravnu stvar, ako mu je to dopuštala priroda stvari i ako su podaci postupka za to davali pouzdanu osnovu. Takva presuda u svemu je zamjenjivala poništeni upravni

80 Članak 58. stavak 2. *Zakona o upravnim sporovima*. Razumljivo je da se pri utvrđivanju ništavosti pojedinačne odluke sud neće upustiti u rješavanje upravne stvari, jer se prema teoriji ništavosti smatra da takva odluka nikad nije niti donesena.

81 Članak 58. stavci 1. i 3. *Zakona o upravnim sporovima*. Koja priroda stvari onemogućuje sudu samostalno riješiti upravnu stvar nije određeno *Zakonom o upravnim sporovima*, već je ona ponekad uvjetovana pravnim, a ponekad tehničkim razlozima. U čemu se ona sastoji i kakvo je njezino pravno djelovanje, može se utvrditi samo razmatranjem svake pojedine upravne stvari o kojoj se odlučuje u sporu. Stoga, sud u svakom pojedinom slučaju ocjenjuje dopušta li u konkretnom slučaju priroda stvari donošenje odluke o toj upravnoj stvari. S druge strane, kako je slobodna ocjena u upravnim stvarima prerogativa isključivo upravnih tijela, a ne sudova, upravni sud ne može sam riješiti upravnu stvar niti kada se odluka o takvoj stvari treba donijeti temeljem slobodne ocjene. Ovlast rješavanja upravne stvari slobodnom ocjenom priječi sud da sam odluči o pravu, obvezi i pravnom interesu stranke u sporu te presudom u potpunosti zamijeni pojedinačnu odluku. Stoga je i u tom slučaju, radi rješavanja upravne stvari, sud ovlašten tuženom javnopravnom tijelu jedino narediti donošenje pojedinačne odluke i u tu mu svrhu odrediti primjereni rok. Vidi Britvić Vetma, Bosiljka, Ljubanović, Boris, *Ovlasti upravnog suca u sporu pune jurisdikcije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 50., br. 2., 2013., str. 436.

akt.<sup>82</sup> Međutim, ovlast suda riješiti upravni spor meritorno sudskom presudom u 35 godina djelovanja ovoga suda primijenjena je svega nekoliko puta. Dakle, upravni spor u Hrvatskoj je od 2012. godine, za razliku od ranijega zakonskog uređenja kada je bio primarno postavljen kao spor o zakonitosti upravnoga akta, s iznimnim ovlastima suda u pojedinim slučajevima riješiti upravnu stvar, postavljen u pravilu kao spor pune jurisdikcije, u kojem je upravni sud obvezan sam utvrditi činjenično stanje, održati usmenu raspravu te svojom presudom riješiti upravnu stvar.

Slovensko pravo usvojilo je daleko konzervativniji pristup od hrvatskoga. *Zakonom o upravnom sporu* Upravnom sudu podijeljena je načelna ovlast da kada utvrdi nezakonitost osporenoga upravnog akta, presudom usvoji tužbu i poništi osporeni akt kada je takav akt donijelo od nenadležno tijelo, kada se na temelju činjeničnoga stanja utvrđenog u upravnom postupku ne može meritorno odlučiti o upravnoj stvari jer su pogrešno ocjenjeni dokazi, jer utvrđene činjenice nisu u skladu s podacima iz spisa, jer je činjenično stanje nepotpuno utvrđeno ili je izveden pogrešan zaključak o činjeničnom stanju, a pravo stanje stvari treba utvrditi u upravnom postupku, kada utvrdi da je u upravnome postupku počinjena povreda pravila postupka, a Upravni sud u sudskom postupku ne može otkloniti uočenu povredu ili kada utvrdi da je u postupku donošenja upravnoga akta pogrešno primijenjeno materijalno pravo. U tom slučaju tuženo javnopravno tijelo u roku od 30 dana treba donijeti novi upravni akt sukladno pravnom shvaćanju i stajalištima Suda.<sup>83</sup> Sudu je dana ovlast riješiti upravnu stvar te presudom zamijeni osporeni upravni akt ako mu priroda upravne stvari to dopušta i ako raspolaze podacima koji čine dostatnu osnovu za rješavanje upravne stvari ili ako je Sud na raspravi sam utvrdio ili upotpunio činjenično stanje. *Zakon* posebno ovlašćuje Upravni sud presudom meritorno riješiti upravnu stvar ako bi vođenje novoga upravnog postupka putem upravnoga tijela za tužitelja izazvalo štetu koja bi se teško mogla popraviti ili ako je u ponovljenom upravnom postupku upravno tijelo donijelo novi upravni akt koji je suprotan pravnom shvaćanju i stajalištima Suda izraženim u ranijoj presudi. Konačno, Sud je presudom ovlašten odlučiti o upravnoj stvari i kada nadležno javnopravno tijelo u roku od 30 dana od poništavanja osporenoga upravnoga akta ili drugom roku koji je odredio Sud ne donese novi upravni akt, niti to učini na traženje tužitelja u daljnjem roku od sedam dana.<sup>84</sup> Takvim zakonskim konceptom slovensko pravo i dalje je priklonjeno rješavanju upravnih sporova kao sporova o zakonitosti s ograničenom ovlasti Upravnog suda svojom presudom samostalno riješiti upravnu stvar.

Ponovno uvođenje i pravno uređenje upravnoga sudovanja u Poljskoj 1980.

82 Članak 42. stavci 2. i 3. ranije važećega *Zakona o upravnim sporovima*. U nekim upravnim stvarima podatci postupka davali su pouzdanu osnovu za meritorno rješavanje upravnoga spora, jer je Upravni sud rješavao spor, u pravilu, na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku. Vidi članak 39. stavak 1. ranije važećega *Zakona o upravnim sporovima*.

83 Članak 64. stavci 1. i 4. slovenskoga *Zakona o upravnom sporu*.

84 Vidi članak 65. stavci 1. do 3. slovenskoga *Zakona o upravnom sporu*. Prije negoli donese reformacijsku presudu zbog nedonošenja novoga upravnoga akta u roku koji je odredio, Upravni sud obvezan je najprije pozvati tuženo javnopravno tijelo da se očituje zbog čega nije postupio po nalogu suda. Sud tada sam rješava upravnu stvar jedino ako javnopravno tijelo ne odgovori na zahtjev Suda ili Sud razloge navedene u odgovoru ne smatra opravdanim.

godine i u Čehoslovačkoj 1991. godine, temeljilo se na austrijskom uzoru još iz davne 1875. godine. Od tada pa sve do danas u upravnom sporu u ovim državama kao pravilo je prihvaćena sudska ovlast kasacije, kojom se upravni sporovi vode ponajprije kao sporovi o zakonitosti.<sup>85</sup> Dakle, kada u upravnom sporu utvrdi da je pojedinačna odluka upravnoga tijela nezakonita ili ništava, sud je u Poljskoj i Češkoj ovlašten takvu odluku poništiti odnosno oglasiti je ništavom.<sup>86</sup> Međutim, pod utjecajem međunarodnog i europskog prava te u cilju jačanja učinkovitosti sudskog nadzora nad upravom, u ovim pravnim sustavima postoje iznimke od naznačenoga pravila, a koje idu u smjeru širenja ovlasti meritornoga odlučivanja, odnosno rješavanja upravnog spora kao spora pune jurisdikcije.<sup>87</sup>

U Poljskoj je upravni sud presudom ovlašten riješiti upravnu stvar tek ako tuženo javnopravno tijelo u predmetu, koji mu je sudskom presudom vraćen na ponovno rješavanje ne postupi sukladno sudskoj presudi, bez obzira na to je li propustilo riješiti upravnu stvar ili je upravnu stvar riješilo suprotno shvaćanju suda izraženom u presudi. Preciznije, ako je upravni sud poništio upravni akt zbog pogrešne primjene materijalnog prava ili je utvrdio ništavost upravnog akta, presudom može odrediti u kojem roku i na koji način tuženo javnopravno tijelo treba riješiti upravnu stvar.<sup>88</sup> Ako tuženo javnopravno tijelo odbije postupiti prema presudi i ne donese upravni akt ili donese upravni akt drukčijega sadržaja, tužitelj može zahtijevati da u ponovnom upravnom sporu sud odluči o njegovu pravu, ako to omogućuju okolnosti slučaja.<sup>89</sup> Također, pri poništavanju ili oglašavanju ništavim upravnoga akta, upravni sud u Poljskoj ovlašten je presudom obustaviti upravni postupak, ako smatra da postoje razlozi za obustavu ovoga postupka.<sup>90</sup>

U upravnom sporu u Češkoj sudovi imaju uže ovlasti negoli u Poljskoj. Tako, sud iznimno može naložiti tuženom javnopravnom tijelu da poduzme neku radnju ili izmijeni osporenu upravnu odluku, ali samo u ograničenome dosegu. Primjerice, u području prava na pristup informacijama, ako sud odlučujući o tužbi zbog odbijanja zahtjeva za pristupom nekoj informaciji smatra da ju je tuženo javnopravno tijelo nezakonito uskratilo njezinom ovlašteniku, poništavajući osporenu odluku on

85 Već je ranih godina Krbek ukazivao kako su za upravni spor o zakonitosti *najnormalnije i najpravičnije* kasacijske ovlasti upravnoga suda. Vidi Krbek, op. cit., str. 292.

86 Članak 145. stavci 1. i 2. poljskoga Zakona o postupku pred upravnim sudovima te paragraf 76. stavci 1. i 2. i paragraf 78. stavak 1. češkoga Zakona o upravnosudskom postupku. U Poljskoj upravni sud u nekim slučajevima može i samo konstatirati nezakonitost.

87 U poljskoj pravnoj literaturi susreće se stajalište kako se ograničenje ovlasti upravnih sudova jedino na kasacijsku ovlast temelji na nedovoljno dobrom razumijevanju načela razgraničenja sudske i izvršne funkcije te pogrešnom tumačenju pojma *nadzor*. Vidi Kmieciak, Zbigniew, *Zarys teorii postępowania administracyjnego*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2014., str. 395-398.

88 Sud nema ovu ovlast ako ona nije opravdano s obzirom na okolnosti slučaja ili ako je u konkretnom slučaju tuženo javnopravno tijelo ovlašteno upravnu stvar riješiti temeljem slobodne ocjene.

89 Članak 145a. stavci 1. i 3. poljskoga Zakona o postupku pred upravnim sudovima.

90 Članak 145. stavak 3. poljskoga Zakona o postupku pred upravnim sudovima. Neke druge iznimke od kasacijske ovlasti, ali koje se ne odnose na upravne akte, također su propisane u članku 146. stavak 2. i članku 154. stavak 2. poljskoga Zakona o postupku pred upravnim sudovima.

tuženom tijelu može naložiti davanje tražene informacije.<sup>91</sup> Danas se priznavanje takve ovlasti sudovima razmatra i u sporovima koji se odnose na ograničenje slobode kretanja strancima.<sup>92</sup> Sud ima širu ovlast kada je tuženo upravno tijelo pojedinačnom odlukom tužitelju izreklo kaznu zbog počinjenja upravnoga prekršaja, a sud iznos kazne ocjeni nerazmjernim težini prekršaja. Tada je ovlašten iznos novčane kazne odrediti svojom presudom, prilagođavajući ga, u okviru zakonskih odredaba, težini prekršaja. Međutim, ovu ovlast sud ima jedino ako je tužitelj tužbom od suda izričito zatražio donošenje odluke o visini novčane kazne te ako utvrđeno činjenično stanje sudu daje pouzdanu osnovu za donošenje takve odluke.<sup>93</sup> Kako se u Češkoj upravni prekršaji ujedno drže i kaznenim djelima,<sup>94</sup> u sporovima protiv odluke donesene o upravnom prekršaju sukladno shvaćanju Europskoga suda za ljudska prava upravni sudovi moraju imati mogućnost odlučivati u sporovima pune jurisdikcije te samostalno preispitati činjenično stanje, primjenu materijalnoga prava, kao i primjenu slobodne ocjene.<sup>95</sup>

Kada se u pravnoj teoriji uspoređuju prednosti i mane spora o zakonitosti i spora pune jurisdikcije, ističe se kako je prednost spora o zakonitosti strog i isključivi sudski nadzor zakonitosti pojedinačnih odluka. Navodi se kako ova vrsta spora vodi računa o podjeli funkcija u državi te kako ne dovodi do poremećaja u obavljanju javnih ovlasti.<sup>96</sup> Kao prednost ovoga spora ističe se i mogućnost javnopravnoga tijela da donoseći novu pojedinačnu odluku na temelju sudske presude, u granicama zakona slobodno odluči. Također se naglašava kako neka područja djelovanja javne uprave nisu pogodna za rješavanje meritornim odlukama suda, kao što je to npr. kada baš

91 Paragraf 16. stavak 4. češkoga *Zakona o slobodnom pristupu informacijama, Zákon o svobodném přístupu k informacím*, Sbíрка zákonů České republiky, br. 106/99., 101/00., 159/00., 39/01., 413/05., 61/06., 110/07., 32/08., 254/08., 274/08., 227/09., 123/10., 375/11., 167/12., 181/14., 222/15., 301/16., 298/16., 368/16. i 205/17.

92 Vidi presudu Europskog suda za ljudska prava od 25. listopada 2012. godine u predmetu *Buishvili protiv Republike Češke*, zahtjev br. 30241/11, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int> (20.12.2017.). Za kritiku ove presude vidi Kryska, David, *Evropeizace migračniho práva a české správní soudnictví, Aktuální právní aspekty migrace*, Leges, Praha, 2016., str. 117-122.

93 Paragraf 78. stavak 2. češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

94 Vidi presudu Europskog suda za ljudska prava od 2. rujna 1998. godine u predmetu *Lauko protiv Slovačke*, zahtjev br. 26138/95, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int> (20.12.2017.)

95 Stoga se pri donošenju *Zakona o upravnosudskom postupku* 2002. godine smatralo kako upravni sudovi moraju imati ovlast izmijeniti odluku tuženog upravnog tijela donesenu slobodnom ocjenom, tj. umanjiti izrečenu kaznu za upravni prekršaj. Za kritiku ove regulacije vidi, npr. Sládeček, Vladimír, *Soudní přezkum správního uvážení, Nová úprava správního soudnictví*, ASPI, Praha, 2003., str. 93-106.

96 Krbek je upozoravao kako bi upravni sud, kada bi meritorno rješavao sve upravne sporove, zakoračio u diskrecijsku sferu uprave te se u stvarnosti *pretvorio u neku vrhovnu upravnu vlast*. Stoga je tvrdio kako meritorno rješavanje upravnih sporova mora biti samo iznimno dopušteno *pod naročitim okolnostima*. Krbek, op. cit., str. 290-291. I Ivančević je upozoravao kako rješavanje upravnih sporova kao sporova pune jurisdikcije u *krajnjoj liniji znači da sud počinja nadomještati samu upravnu vlast*, a što po njegovu shvaćanju nije općenito dopušteno. Ivančević, Velimir, *Upravni spor pune jurisdikcije s naročitim obzirom na član 40./3. Zakona o upravnim sporovima, Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 82.

određeno javnopravno tijelo treba donijeti odluku o primanju službenika u službu. S druge strane, i sporovi pune jurisdikcije imaju svoje prednosti. Oni omogućuju ostvarivanje brže upravne pravde te pojeftinjuju ukupno funkcioniranje države, jer u istome predmetu koji je mogao riješiti sud više ne postupa upravno tijelo. Konačno, njima se otklanja mogućnost da tuženo javnopravno tijelo u ponovljenom postupku postupi suprotno pravnom shvaćanju i primjedbama suda sadržanim u presudi.<sup>97</sup> Stoga bi se trebalo zaključiti kako u državi treba uspostaviti optimalan odnos između ovlasti upravnoga suda poništiti nezakonitu pojedinačnu odluku i predmet vratiti na ponovno odlučivanje javnopravnom tijelu te obveze ili ovlasti toga suda meritorno riješiti upravnu stvar, a na čemu bi se u Hrvatskoj u budućnosti svakako trebalo poraditi.

## 7. PRAVO NA REDOVITI PRAVNI LIJEK

Općenito zbog važnosti ispravljanja potencijalnih pogrešaka u postupcima pravnoga odlučivanja, pravo na žalbu u svim državama ima posebnu važnost. Stoga, u razmatranju pravne regulacije upravnoga spora u hrvatskom i usporednom pravu pozornost valja posvetiti i ovome pravnom pitanju. Kao redoviti pravni lijek, žalba u upravnom sporu ima vrlo široku primjenu. Brojni su slučajevi u kojima se može izjavljivati, kao i nezakonitosti u prvostupanjskim odlukama koje se njome mogu korigirati. Međutim, unatoč ustavnom jamstvu prava na žalbu, u gotovo svim europskim državama, postoje određeni slučajevi u kojima pravni sustav isključuje dopuštenost korištenja ovoga pravnog lijeka.

Ustrojem dvostupanjskoga upravnosudskog sustava, 2012. godine, u Hrvatskoj je otvorena mogućnost propitivanja zakonitosti prvostupanjske presude donesene u upravnom sporu. Time je nakon više od dvadeset godina napušten jednostupanjski koncept upravnog sudovanja, u kojem su upravni sporovi bili rješavani bez mogućnosti ukazivanja na potencijalne pogreške u rješavanju sporova, osim u taksativno navedenim slučajevima kada su se mogli koristiti izvanredni pravni lijekovi.<sup>98</sup> Međutim, unatoč postojanju dvostupanjskoga upravnosudskog sustava, u Hrvatskoj se žalba ipak ne može koristiti protiv svake prvostupanjske odluke donesene u upravnom sporu. Ponajprije, rješavanje nekih prvostupanjskih upravnih sporova izuzeto je od vođenja upravnih sudova te je stavljeno izravno u nadležnost Visokom upravnom sudu. To je slučaj sa sporovima koji se vode protiv rješenja povjerenika za informiranje, protiv odluka i drugih upravnih akata Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, protiv

97 Ivančević je, primjerice, prednost spora pune jurisdikcije posebno isticao kada sud odlukom poništi nezakonitu pojedinačnu odluku javnopravnoga tijela i predmet vrati tuženiku na ponovno rješavanje, a tuženik nastavi inzistirati na svojim ranijim stajalištima o činjeničnim ili pravnim pitanjima, pa se konačno rješavanje upravne stvari oteže unedogled. Smatrao je kako u tim slučajevima spor o zakonitosti postaje nedovoljno učinkoviti instrument zaštite prava stranaka odnosno osiguravanja zakonitosti rada uprave, dok je spor pune jurisdikcije *odlično sredstvo učvršćivanja zakonitosti, gdje uprava opetovano griješi u istom predmetu*. Ivančević, op. cit., str. 82.

98 U to vrijeme protiv odluke Upravnoga suda mogla su se koristiti dva izvanredna pravna lijeka: zahtjev za zaštitu zakonitosti i ponavljanje postupka. Vidi članke 45. do 59. ranije važećega *Zakona o upravnim sporovima*.



rješenja Agencije za tržišno natjecanje i protiv odluka Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave.<sup>99</sup> Kako o zakonitosti ovih odluka u prvom stupnju odlučuje Visoki upravni sud Republike Hrvatske, njegove odluke, iako prvostupanjske, ne mogu se osporavati žalbom, jer ne postoji hijerarhijski viša upravnosudska instanca nadležna nadzirati zakonitost odluka ovoga Suda. Pravo na žalbu u Hrvatskoj je načelno isključeno i protiv rješenja prvostupanjskoga upravnog suda te se takve postupovne odluke mogu osporavati jedino kada je to izričito propisano *Zakonom o upravnim sporovima*.<sup>100</sup> S druge strane, protiv rješenja Visokoga upravnog suda žalba uopće nije dopuštena. Cilj je nedopuštenosti izjavljivanja žalbe protiv postupovnih odluka onemogućiti stranke izjavljivanjem žalbe neopravdano opstruirati vođenje spora te na taj način zlouporabom prava na žalbu usporiti ostvarivanje upravne pravde.

Iako je žalba protiv presuda upravnih sudova dopuštena, hrvatski zakonodavac ipak je utvrdio neke slučajeve u kojima je korištenje ovoga pravnog lijeka barem uvjetno ograničeno. Tako žalba nije dopuštena protiv presude kojom je pojedinačna odluka javnopravnog tijela poništena ili oglasena ništavom i predmet prvi put vraćen na ponovni postupak, protiv presude kojom je sud naložio donošenje pojedinačne odluke koja nije donesena u propisanom roku, kao niti protiv dijela presude u koji je uključena sudska nagodba. Ovakvom regulacijom javnopravnog tijelu željelo se omogućiti da, sukladno uputi i pravnome shvaćanju prvostupanjskoga suda ispravi uočenu nezakonitost u pojedinačnoj odluci.<sup>101</sup> Time je pravo na žalbu protiv prvostupanjske odluke upravnoga suda u Hrvatskoj prilično široko postavljeno, čime se kvalitetno štite prava i pravni interesi pojedinaca u upravnom sporu.

Ovome pitanju Slovenija je pristupila mnogo restriktivnije. Žalba je ovdje dopuštena samo ako je upravni sud u upravnom sporu sam utvrdio činjenično stanje drukčije negoli ga je utvrdila tužena stranka, tj. upravno tijelo, te je na osnovi toga promijenio pobijani upravni akt ili ako je sud odlučio o povredi ustavnih prava i sloboda nekog pojedinca.<sup>102</sup> Uvjeti za žalbu su kumulativno propisani, pa žalba

99 Članak 26. *Zakona o pravu na pristup informacijama*, članak 18. stavak 2. *Zakona o elektroničkim komunikacijama*, članak 36. stavak 4., članak 38. stavak 8., članak 41. stavak 3., članak 51. stavak 4. i članak 67. stavak 1. *Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja* te članak 434. *Zakona o javnoj nabavi*.

100 Tako se žalba može izjaviti protiv rješenja o odbacivanju tužbe kao neuredne, rješenja o odbacivanju tužbe jer ne postoje pretpostavke za vođenje spora, rješenja o prekidu spora, rješenja o obustavi spora, rješenja o privremenoj mjeri, rješenja o ispravku pogrešaka u presudi, rješenja o troškovima spora i rješenja koje se odnosi na izvršenje presude. Članak 67. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima*. Vidi i članak 29. stavak 2., članak 30. stavak 2., članak 45. stavak 3., članak 46. stavak 5., članak 47. stavak 3., članak 64. stavak 4., članak 79. stavak 4. te članak 81. stavak 10. *Zakona o upravnim sporovima*. U svim slučajevima kada nije dopušteno izjaviti žalbu na rješenje, nezakonitosti učinjene pri donošenju takvoga rješenja mogu se osporavati žalbom izjavljenom protiv presude donesene u upravnom sporu.

101 Novelom *Zakona o upravnim sporovima* koncem 2014. godine reduciran je tzv. *filter* za izjavljivanje žalbe, koji je ranije omogućavao korištenje ovoga pravnog lijeka samo ako je upravni sud svojom presudom odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke, tj. kada je upravni sud u upravnom sporu sam riješio upravnu stvar te svojom presudom zamijenio osporenu pojedinačnu odluku javnopravnoga tijela. Takvom je regulacijom uvelike umanjena pravna funkcionalnost žalbe u upravnom sporu.

102 Članak 73. stavak 1. slovenskoga *Zakona o upravnom sporu*.

nije dopuštena čak i ako Upravni sud sam utvrdi činjenično stanje i poništi pobijani upravni akt, a zatim vrati predmet na ponovno odlučivanje upravnom tijelu, kao niti u slučaju kada Sud izmijeni upravni akt, bez da je sam utvrdio činjenično stanje drukčije negoli ga je utvrdilo upravno tijelo, jer se radi samo o drukčijoj pravnoj ocjeni istog činjeničnog stanja koje je utvrdilo upravno tijelo prvog stupnja te je prekontroliralo žalbeno tijelo u upravnom postupku. Dakle, uvjet za podnošenje žalbe isključivo je meritorna odluka suda na osnovi drukčije utvrđenoga činjeničnog stanja od strane Suda. Ovdje treba imati na umu kako Upravni sud ima ovlast riješiti upravni spor kao spor pune jurisdikcije samo iznimno, a ne u pravilu. Tako restriktivno postavljeno pravo na žalbu u upravnom sporu u Sloveniji dodatno je uvjetovano još jednim ograničenjem. Pravo na žalbu protiv presude Upravnog suda imaju samo one stranke koje su sudjelovale u prvostupnjском upravnom sporu.<sup>103</sup> Dakle, pravo na žalbu nema samo tužitelj, već ga imaju i zainteresirane osobe kojima bi izmjena upravne odluke na prvostupanjском sudu značila zadiranje u njihova prava, ali samo ako su aktivno sudjelovale u prvostupanjском sporu. Tako ograničenom mogućnošću izjavljivanja žalbe u Sloveniji omogućeno je brže donošenje upravnosudskih odluka i brže nastupanje pravomoćnosti. No, kako se naglašava u pravnoj literaturi, radi takvog uređenja prava na žalbu u upravnom sporu opravdano se može govoriti o, u pravilu, jednostupanjском upravnom sporu.<sup>104</sup>

<sup>103</sup> Članak 73. stavak 2. slovenskoga *Zakona o upravnom sporu*.

<sup>104</sup> Jerovšek, Tone, *Iskustva Slovenije u upravnom sudovanju i konceptualne promjene u regulaciji upravnog spora, Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 76-77. Slovenija je 1997. godine donijela novi *Zakon o upravnom sporu, Zakon o upravnom sporu*, Uradni list Republike Slovenije, št. 50/97., 65/97. i 70/00., kojim je ustrojen dvostupanjский upravni spor te kojim je protiv svake odluke Upravnog suda bila dopuštena žalba. Međutim, takvo zakonsko rješenje imalo je određene negativne učinke. Naoko veća pravna sigurnost uzrokovala je veliki porast broja žalbenih upravnih sporova, a time i izraženo povećanje sudskih zaostataka. Istovremeno, gotovo 80% odbijenih žalbi u to vrijeme, opravdano je ukazivalo na zlouporabu prava na žalbu u brojnim slučajevima. Vidi Breznik, Janez, *Otperta vprašanja postopka v upravnom sporu, VIII. dnevi javnega prava*, Pravni fakultet u Ljubljani, Portorož, 2002., str. 17. Ovakva organizacija upravnog odlučivanja te preopterećenost Vrhovnoga suda Slovenije žalbama dovela je do nerazumno dugih postupaka odlučivanja o pravima i obvezama stranaka, a što je bilo razlogom povrede prava na suđenje u razumnom roku u mnogim slučajevima. Čak je i Europski sud za ljudska prava u slučaju *Lukenda v. Slovenija* 2005. godine, utvrdio *sistemsku povredu prava na suđenje u razumnom roku*. European Court of Human Rights, *Judgement Lukenda v. Slovenija*, no. 23032/02 from 6 October 2005, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int> (20.12.2017.). Iste je godine i slovenski Ustavni sud ocijenio *Zakon o upravnom sporu* neustavnim, jer strankama nije osiguravao učinkovito domaće sredstvo pravne zaštite u skladu s člankom 13. *Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda*. Ustavni sud Republike Slovenije, *Odluka br. U-I-65/05-12 od 22. rujna 2005. godine*, Uradni list Republike Slovenije, št. 92/05. Jerovšek ističe kako je visoki stupanj pravne zaštite u upravnom sporu u Sloveniji rezultirao svojom suprotnošću, jer je postao nedostizhan mnogim strankama koje nisu mogle u razumnom roku doći do sudske odluke. Jerovšek, op. cit., str. 80. Stoga se u Sloveniji ponovo pristupilo reformi upravnog spora te je donesen novi zakon koji bi trebao osigurati učinkovitije odlučivanje suda u upravnom sporu te spriječiti pretjerano dugo rješavanje upravnosudskih postupaka. Ustavno jamstvo prava na žalbu ili drugo pravno sredstvo iz članka 25. *Ustava Republike Slovenije* tada se počelo tumačiti na način da nije nužno u samom upravnom sporu oblikovati dvostupanjский

U Poljskoj je ustavno zajamčena dvostupanjevitost svakoga sudskog postupka, pa tako i upravnoga spora.<sup>105</sup> Iz ovoga načela proizlazi obveza dopuštenosti pravnoga lijeka protiv svake prvostupanjske odluke u upravnom sporu te nisu prihvatljive nikakve iznimke od ovoga pravila.<sup>106</sup> S tim ciljem u poljskom upravnom sporu propisana su čak dva devolutivna redovita pravna lijeka – kasacijska pritužba (polj. *skarga kasacyjna*) te pritužba (polj. *zażalenie*). Kasacijska pritužba<sup>107</sup> dopuštena je protiv presuda ili konačnih rješenja upravnih sudova vojvodstva. Legitimacija za njezino podnošenje poprilično je široka. Mogu je podnijeti stranke, ali i državni tužitelj, pravobranitelj građanskih prava ili pravobranitelj za djecu. Njome se mogu osporavati jedino povrede prava i postupovnog i materijalnog.<sup>108</sup> Neosnovanu kasacijsku pritužbu Vrhovni upravni sud odbija, a osnovanu usvaja istodobno poništavajući osporenu odluku prvostupanjskoga suda. U tom slučaju spor se vraća na rješavanje ovome sudu, koji je vezan pravnim shvaćanjem i primjedbama Vrhovnog upravnog suda.<sup>109</sup> Iako se ovaj pravni lijek naziva *kasacijskim*, on ipak nema samo kasacijski karakter. Ako Vrhovni upravni sud smatra kako su u prvostupanjskom sporu postojali razlozi za odbacivanje tužbe ili obustavu postupka, on je ovlašten poništiti osporenu odluku te ujedno svojom presudom odbaciti tužbu ili obustaviti postupak.<sup>110</sup> Osim toga, u slučajevima kada kasacijsku pritužbu smatra osnovanom, Vrhovni upravni sud ovlašten je poništiti osporenu odluku upravnoga suda vojvodstva te sam odlučiti o tužbi, ako mu to dopušta utvrđeno činjenično stanje.<sup>111</sup> S druge strane, pritužba predstavlja redoviti pravni lijek koji se izjavljuje Vrhovnom upravnom sudu protiv rješenja upravnih sudova vojvodstva ili nekih mjera predsjednika vijeća koja djeluju na ovim sudovima. No, njegovo je korištenje dopušteno jedino u slučajevima

---

odlučivanje, već je za učinkovitu zaštitu prava dovoljno i da se nakon uložene žalbe unutar postupka donošenja upravnog akta uspostavi upravni spor kao učinkovito pravno sredstvo, kojim će se pobijani upravni akt podvrći presudi suda kao neovisnog tijela. Vidi Tratar, Boštjan, *Novi Zakon o upravnom sporu s pojasnili i stvarnim kazalom*, Legat, Ljubljana, 2006., str. 28-29. U slovenskoj pravnoj literaturi i Jerovšek navodi kako se u upravnom sporu ne radi o prvostupanjskom odlučivanju, jer prvostupanjski upravni spor u biti predstavlja već treći stupanj odlučivanja, nakon dva stupnja upravnog odlučivanja. Jerovšek, op. cit., str. 76-77. O svemu ovome više u Đerđa, Pravci, cit., str. 91-92.

105 Članak 78. i članak 176. stavak 1. *Ustava Republike Poljske od 2. travnja 1997.*, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej*, br. 78/97. Ujedno, prema članku 184. poljskoga *Ustava* nadzor rada javne uprave izvršavaju Vrhovni upravni sud i drugi upravni sudovi.

106 Knysiak-Molczyk, Hanna, *Skarga kasacyjna w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, LexisNexis, Warszawa, 2010., str. 61-62.

107 Članak 173. do 193. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

108 Prema stajalištu Vrhovnog upravnog suda Poljske, od 26. listopada 2009., br. I OPS 10/09, nepravilnosti postupovne naravi, na kojima se može temeljiti kasacijska pritužba, mogu biti nepravilnosti koje su se dogodile u prvostupanjskom upravnom sporu, ali i u upravnom postupku. Ove povrede u Poljskoj uključuju i nezakonitosti u utvrđivanju činjeničnoga stanja, kao i slučajeve ništavosti sudskog postupka, koji su izričito uređeni u članku 183. stavak 2. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

109 Članak 190. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

110 Članak 189. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

111 Vidi članke 173. do 193. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*.

izričito propisanim zakonom. O pritužbi Vrhovni upravni sud odlučuje s načelno reformacijskim ovlastima.<sup>112</sup>

Za razliku od spomenutih država, pravo na pravni lijek protiv sudske odluke niti pravo na višestupanjsko upravno sudovanje u Češkoj nije utvrđeno kao ustavno pravo.<sup>113</sup> Stoga se njihovo postojanje izvodi iz drugih temeljnih prava ili ustavnih načela usvojenih u ustavnopravnom sustavu.<sup>114</sup> U Češkoj je propisan samo jedan devolutivni pravni lijek u upravnome sporu. To je kasacijska pritužba (češ. *kasadni stížnost*) koja se izjavljuje Vrhovnom upravnom sudu.<sup>115</sup> Njegova je osnovna funkcija omogućiti Vrhovnom upravnom sudu osigurati jednoobraznost odluka regionalnih sudova.<sup>116</sup> Iako je osmišljena kao izvanredni pravni lijek, tj. pravni lijek protiv pravomoćne odluke regionalnog suda, razlozi dopuštenosti kasacijske pritužbe *Zakonom o upravnosudskom postupku* postavljeni su vrlo široko. Tako ju je dopušteno izjaviti protiv svake pravomoćne odluke u upravnoj stvari, osim ako je njezino izjavljivanje zakonom izričito zabranjeno.<sup>117</sup> Ovlaštena ju je izjaviti stranka ili zainteresirana osoba zbog pogrešne primjene materijalnoga prava ili nepravilnosti u vođenju postupka,<sup>118</sup> ali ne samo počinjenih u upravnom sporu već i u upravnom postupku. Za korištenje ovoga pravnog lijeka važno je da se njegov ovlaštenik pozove na jedan od razloga podnošenja kako su oni propisani *Zakonom o upravnosudskom postupku*. Iako je kasacijska pritužba, kao što joj i sam naziv govori, kasacijske naravi, odlučujući o njoj Vrhovni upravni sud u nekim slučajevima ipak može samostalno riješiti spor. Tako može poništavajući odluku regionalnog suda istom presudom tužbu odbaciti, ustupiti predmet drugome sudu na rješavanje ili obustaviti spor, kada god nađe da je to već trebao učiniti regionalni sud.<sup>119</sup> Također, poništavajući presudu regionalnog suda ovlašten je ujedno poništiti osporenu upravnu odluku ili opći akt, a o lokalnom ili regionalnom referendumu čak i meritorno odlučiti, kada god nađe da je tako trebao postupiti regionalni sud.<sup>120</sup> Inače, kada Vrhovni upravni sud samo poništi osporenu

112 Članci 194. do 198. poljskoga *Zakona o postupku pred upravnim sudovima*. O ovome vidi i Dauter, Bogusław i dr., *Pravo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2016., str. 921.

113 Vidi npr. presudu češkog Ustavnog suda br. Pl. ÚS 16/99, od 27. lipnja 2001. godine, dostupno na: <http://nalus.usoud.cz> (20.12.2017.).

114 Vidi Svoboda, Petr, *Ústavní základy správního řízení v České republice, Právo na spravedlivý proces a české správní řízení*, Linde, Praha, 2007., str. 332-334. Ono se, primjerice, izvodi iz načela pravne sigurnosti ili drugih načela pravne države. Vidi presudu češkog Ustavnog suda br. Pl. ÚS 16/99, od 27. lipnja 2001. godine, dostupno na: <http://nalus.usoud.cz> (20.12.2017.).

115 Paragrafi 102. do 110. češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

116 Paragraf 12. stavak 1. češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

117 Kasacijska pritužba isključena je, primjerice, u izbornim stvarima, protiv postupovnih odluka ili protiv, tzv. privremenih odluka.

118 Povrede pravila sudskog postupka uključuju i slučajeve kada je u donošenju sudske odluke sudjelovao sudac koji je trebao biti izuzet ili je sud odlučivao u nezakonitom sastavu ili zbog kaznenog djela suca ili zbog toga što nisu bile ispunjene pretpostavke za vođenje upravnoga postupka.

119 Paragraf 101. stavak 1. češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

120 Međutim, valja naglasiti kako Vrhovni upravni sud u ovim slučajevima nije ovlašten odbiti tužbu podnesenu regionalnom sudu. Paragraf 101. stavak 2. češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

odluku regionalnoga suda, postupak se nastavlja pred regionalnim sudom, koji je vezan pravnim shvaćanjem i primjedbama Vrhovnog upravnog suda.<sup>121</sup>

Zanimljivo je primijetiti kako se pravna regulacija redovitih pravnih lijekova u analiziranim sustavima bitno razlikuje. Dok hrvatsko i slovensko pravo utvrđuju samo jedno korektivno redovito pravno sredstvo te ga u užoj ili široj mjeri ograničavaju, poljsko pravo predviđa mogućnost korištenja čak dva redovita pravna lijeka. Konačno, unatoč tomu što se u Češkoj, barem formalno, redoviti pravni lijek u upravnom sporu ne susreće, kasacijska pritužba ima brojna obilježja takvoga pravnog sredstva. Pravo na žalbu jedno je od najvažnijih mehanizama korekcije nezakonitosti u svakom postupku, pa tako i u upravnom sporu. Hrvatsko je pravo, u ovome pogledu, unatoč nekim ograničenjima u njegovu korištenju, prihvatilo široku mogućnost nadzora zakonitosti prvostupanjske odluke upravnih sudova, čime je svoje građane i poduzetnike zasigurno adekvatno zaštitilo od potencijalnih nezakonitosti u ovome postupku.

## 8. ZAKLJUČAK

Hrvatsko, slovensko, češko i poljsko upravno pravo imaju brojne sličnosti koje ponajprije proizlaze iz recepcije pravnih instituta utvrđenih još u Austro-Ugarskoj Monarhiji, koje države su sve one bile dijelom u određenom povijesnom razdoblju. Jedan od takvih instituta svakako je i upravni spor, kojem su mogle pribjeći osobe u ovim državama koje su smatrale da su njihova prava i pravni interesi bili povrijeđeni odlukom nekog upravnoga tijela još od 1876. godine. Na tragu austrijske pravne regulacije iz toga vremena, ove su države, s više ili manje izraženim specifičnostima, sudsku zaštitu jamčile sve do početka Drugoga svjetskog rata. Nakon toga razdoblja, regulacija upravnoga spora u promatranim državama sve se više počela razlikovati, a neke od njih osiguravale su sudski nadzor uprave izvan upravnoga spora. No, pod snažnim utjecajem modernih europskih načela, posebno *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, neke od njih su dvijetisućitih godina bitno reformirale upravni spor. Stoga je važno proanalizirati na koji su način države koje su dijelile brojne povijesne, tradicijske i kulturne čimbenike, ali i politička uvjerenja, u novije vrijeme pristupile uređenju ovoga za zaštitu prava i pravnih interesa građana iznimno važnoga pravnog instituta.

Radi ograničenog opsega ovoga rada analizirana su samo neka pitanja pravne regulacije upravnoga spora u ovim državama. Ponajprije institucionalni ustroj upravnoga spora, koji je u svim državama učinio važni iskorak od jednostupanjskoga povijesnog modela na moderni dvostupanjski model. Sve promatrane države, pokazale su tendenciju prema specijalizaciji upravnoga sudovanja ili barem ponekog njegova dijela, a u čemu Hrvatska prednjači još od 1977. godine. Ujedno je razmatrano rješavanje sporova po sucu pojedincu ili sudskome vijeću. U analiziranim državama primjećuje se snažan trend rješavanja ovih sporova pred vijećima koja se u pravilu sastoje od tri suca, a u nekim slučajevima, koji zahtijevaju posebno promišljanje, čak i većega broja sudaca. U ovome pitanju Hrvatska je izložena poprilično ekstremnom

121 Paragraf 101. stavak 3. i 4. češkoga *Zakona o upravnosudskom postupku*.

rješenju, u čiju se ispravnost nerijetko izražava sumnja, sukladno kojemu na upravnim sudovima sporove rješavaju isključivo suci pojedinci. Razmatrano je i ostvarivanje načela kontradiktornosti, koje je povijesno u svim ovim državama bilo bitno reducirano. No, može se primijetiti kako su pod utjecajem *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* sve ove države zajamčile kontradiktornost upravnoga spora brojnim posebnim odredbama, a posebno propisivanjem provedbe usmene rasprave kao pravila. Pitanje u kojemu se ove države uvelike razlikuju svakako je regulacija sudskih ovlasti pri rješavanju spora. Dok Poljska i Češka prihvaćaju poprilično konzervativna rješenja, s temeljno kasacijskim sudskim ovlastima, Slovenija je otišla korak unaprijed, dok je Hrvatska ponovno prihvatila dosta ekstremno rješenje, sukladno kojemu je upravni sud u pravilu obavezan riješiti upravni spor kao spor pune jurisdikcije. Konačno, unatoč različitom uređenju prava na redoviti pravni lijek sve ove države prepoznaju važnost potrebe za korigiranjem nezakonitih sudskih odluka te strankama omogućuju sredstva kojima to mogu činiti. Širenjem prava na žalbu Hrvatska je također bitno unaprijedila svoj upravni spor, posebno u usporedbi sa Slovenijom te Poljskom.

Iz provedene analize može se zaključiti kako je u usporedbi s drugim državama, a s kojima je dijelila prve oblike pravne zaštite od odluka javne uprave, Hrvatska uvelike reformirala upravni spor, posegavši za nekim ekstremnim pravnim modelima. Može se primijetiti kako hrvatski upravni spor u velikoj mjeri odgovara zahtjevima moderne pravne regulacije utemeljene na europskim standardima pravne zaštite pojedinaca od odluka i postupanja uprave, no u nekim pitanjima, primjerice sastavu suda pri rješavanju spora ili pravnoj regulaciji sudskih ovlasti, još ima prostora za unaprjeđenje.

LITERATURA

1. Babac, Branko, *Upravno pravo - odabrana poglavlja iz teorije i praxisa*, Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2004.
2. Binder, Wilhelm, *Ustawa o Najwyższym Trybunale Administracyjnym*, Wilhelm Hoesick, Warszawa 1926.
3. Borković, Ivo, Kontrola uprave putem redovnih sudova (tzv. anglo-američki sistem kontrole), *Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003.
4. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
5. Braibant, Guy, *Administrativno pravo Francuske*, Službeni list, Beograd, 2002.
6. Breznik, Janez, Otpriča vprašanja postopka v upravnem sporu, *VIII. dnevi javnega prava*, Pravni fakultet u Ljubljani, Portorož, 2002.
7. Britvić Vetma, Bosiljka, Ljubanović, Boris, Ovlasti upravnog suca u sporu pune jurisdikcije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 50., br. 2., 2013.
8. Dauter, Bogusław, *Metodyka pracy sędziego sądu administracyjnego*, LexisNexis, Warszawa, 2009.
9. Dauter, Bogusław i dr., *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2016.
10. Dupelj, Željko, Upravni spor – oblik sudske kontrole nad upravom, *Pravo i porezi*, god. 7., br. 10., 1997.
11. Đerđa, Dario, Pravci reforme institucionalnog ustroja upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 45., br. 1., 2008.
12. Đerđa, Dario, Učinak novoga Zakona o koncesijama na hrvatsko koncesijsko pravo, *Zbornik radova Novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi*, Organizator, Zagreb, 2017.
13. Đerđa, Dario, *Upravni spor*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2017.
14. Đerđa, Dario, Galić, Ante, Žalba u upravnom sporu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51., br. 2., 2014.
15. Hauser, Roman, Świątkiewicz, Jerzy, 15 lat działalności Naczelnego Sądu Administracyjnego, *15 lat działalności Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa, 1995.
16. Ivančević, Velimir, Upravni spor pune jurisdikcije s naročitim obzirom na član 40./3. Zakona o upravnim sporovima, *Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003.
17. Jaškowska, Małgorzata, Masternak, Marian, Ochendowski, Eugeniusz, *Postępowanie sądowoadministracyjne*, LexisNexis, Warszawa, 2007.
18. Jaworski, Władysław Leopold, *Nauka prawa administracyjnego: zagadnienia ogólne*, Biblioteka Polska, Warszawa 1924.
19. Jemelka, Luboš i dr., *Soudní řád správní. Komentář*, Beck, Praha, 2013.
20. Jerovšek, Tone, Iskustva Slovenije u upravnom sudovanju i konceptualne promjene u regulaciji upravnog spora, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.
21. Kmiecik, Zbigniew, *Zarys teorii postępowania administracyjnego*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2014.
22. Knysiak-Molczyk, Hanna, *Skarga kasacyjna w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, LexisNexis, Warszawa, 2010.
23. Koprić, Ivan, Upravno sudovanje u svjetlu prilagodbe standardima EU-a, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.
24. Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave: III. Knjiga, funkcioniranje i upravni spor*, Birozavod, Zagreb, 1962.

25. Krijan, Pero, Krijan Žigić, Lidija, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Novi informator, Zagreb, 2006.
26. Kryska, David, Evropeizace migračního práva a české správní soudnictví, *Aktuální právní aspekty migrace*, Leges, Praha, 2016.
27. Kryska, David, Organization of Czech and Polish Administrative Judiciary, *International and Comparative Law Review*, vol. 12., no. 1., 2012.
28. Langrod, Jerzy Stefan, *Zarys sądownictwa administracyjnego ze szczególnem uwzględnieniem sądownictwa administracyjnego w Polsce*, Biblioteka Polska, Warszawa, 1925.
29. Medvedović, Dragan, Upravno sudstvo u Hrvatskoj: prilog za povijesni pregled, *Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977-2002.*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
30. Maisel, Witold, *Wojewódzkie sądy administracyjne w Drugiej Rzeczypospolitej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa-Poznań, 1976.
31. Mazanec, Michal, *Správní soudnictví*, Linde Praha, Praha, 1996., str. 230.
32. Mikule, Vladimír, České i polské sądownictwo administracyjne – czy tradycyjna zgodność, czy też wystąpią różnice?, *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 2001.
33. Pičuljan, Zoran, Britvić Vetma, Bosiljka, Primjena i evolucija upravnog spora pune jurisdikcije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47., br. 1., 2010.
34. Rajko, Alen, Implikacije odredbe čl. 55. st. 4. Zakona o upravnim sporovima, *Pravo i porezi*, god. 22., br. 10., 2013.
35. Sládeček, Vladimír, Soudní přezkum správního uvážení, *Nová úprava správního soudnictví*, ASPI, Praha, 2003.
36. Staničić, Frane, Kamo vodi „mini reforma“ upravnog sudovanja u Republici Hrvatskoj, *Informator*, br. 6131., 2012.
37. Staničić, Frane, Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, *Informator*, br. 6092-6093., 2012.
38. Svoboda, Petr, *Ústavní základy správního řízení v České republice, Právo na spravedlivý proces a české správní řízení*, Linde, Praha, 2007.
39. Šikić, Marko, Čadenović, Ivana, Sastav suda u upravnom sporu, *Informator*, br. 6135-6137., 2012.
40. Šikić, Marko, Staničić, Frane, Sastav suda u upravnom sporu – s posebnim osvrtom na odlučivanje suca pojedinca, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51., br. 2., 2014.
41. Tratar, Boštjan, *Novi Zakon o upravnom sporu s pojasnili i stvarnim kazalom*, Legat, Ljubljana, 2006.
42. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004.
43. Vopálka, Vladimír i dr., *Soudní řád správní. Komentář*, Beck, Praha, 2004.

#### Pravni propisi

1. Austro-Ugarska Monarhija, *Zakon od 22. listopada 1875. o ustrojstvu Upravnog sudišta*, Državno-zakonski list, br. 85/1876.
2. Češka Republika, *Soudní řád správní*, Sbirka zákonů České republiky, br. 150/02., 192/03., 22/04., 237/04., 436/04., 555/04., 127/05., 357/05., 350/05., 413/05., 79/06., 165/06., 112/06., 159/06., 216/08., 314/08., 189/06., 301/08., 7/09., 320/09., 294/10., 118/10., 130/11., 303/11., 275/12., 396/12., 250/14., 87/15., 375/15., 298/16., 322/16., 183/17., 222/17., 225/17. i 365/17.



3. Češka Republika, *Zákon o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích)*, Sběrka zákonů České republiky, br. 6/02., 151/02., 228/02., 349/02., 192/03., 441/03., 626/04., 349/05., 413/05., 79/06., 233/06., 342/06., 397/06., 264/06., 221/06., 184/08., 314/08., 7/09., 217/09., 41/09., 227/09., 294/10., 215/11., 142/12., 303/13., 185/14., 15/15., 90/17., 250/16., 14/17. i 296/17.
4. Češka Republika, *Zákon o svobodném přístupu k informacím*, Sběrka zákonů České republiky, br. 106/99., 101/00., 159/00., 39/01., 413/05., 61/06., 110/07., 32/08., 254/08., 274/08., 227/09., 123/10., 375/11., 167/12., 181/14., 222/15., 301/16., 298/16., 368/16. i 205/17.
5. Europski sud za ljudska prava, *Fredin v. Sweden*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A., vol. 283., 1994.
6. Europski sud za ljudska prava, *Judgement Buishvili v. Czech Republic, no. 30241/11 from 25 October 2012*, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int> (20.12.2017.)
7. Europski sud za ljudska prava, *Judgement Lauko v. Slovakia, no. 26138/95 from 2. September 1998*, godine u predmetu, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int> (20.12.2017.)
8. Europski sud za ljudska prava, *Judgement Lukenda v. Slovenija, no. 23032/02 from 6 October 2005*, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int> (20.12.2017.)
9. Poljska, Republika, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, br. 78/97.
10. Poljska, Republika, *Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 25 kwietnia 2003 r. w sprawie utworzenia wojewódzkich sądów administracyjnych oraz ustalenia ich siedzib i obszarów właściwości*, Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, br. 72/03. i 187/04.
11. Poljska, Republika, *Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 grudnia 2005 r. w sprawie utworzenia Wydziału Zamiejscowego w Radomiu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie*, Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, br. 256/05.
12. Poljska, Republika, *Ustawa Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, br. 153/02., 162/04., 94/05., 169/05., 250/05., 38/06., 208/06., 217/06., 120/07., 121/07., 221/07., 190/08., 216/08., 53/08., 144/09., 178/09., 216/09., 221/09., 36/10., 122/10., 182/10., 197/10., 6/11., 34/11., 76/11., 1101/12., 1529/12., 183/14., 543/14., 658/15., 1191/15., 1224/15., 1269/15., 1311/15., 394/16., 846/16., 996/16., 1948/16., 2103/16., 2261/16., 935/17., 1136/17. i 1370/17.
13. Hrvatska, Republika, *Zakon o elektroničkim komunikacijama*, Narodne novine, br. 73/08., 90/11., 133/12., 80/13., 71/14. i 72/17.
14. Hrvatska, Republika, *Zakon o javnoj nabavi*, Narodne novine, br. 120/16.
15. Hrvatska, Republika, *Zakon o pravu na pristup informacijama*, Narodne novine, br. 25/13. i 85/15.
16. Hrvatska, Republika, *Zakon o redovnim sudovima*, Narodne novine, br. 5/77.
17. Hrvatska, Republika, *Zakon o sudovima*, Narodne novine, br. 28/13., 33/15., 82/15. i 82/16.
18. Hrvatska, Republika, *Zakon o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 20/10., 143/12., 152/14. i 29/17.
19. Hrvatska, Republika, *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, br. 4/77., 36/77. te Narodne novine, br. 53/91., 9/92. i 77/92.
20. Hrvatska, Republika, *Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja*, Narodne novine, br. 79/09. i 80/13.

21. Jugoslavija, Federativna Narodna Republika, *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list FNRJ, br. 23/52. i 16/65.
22. Slovenija, Republika, *Zakon o upravnom sporu*, Uradni list Republike Slovenije, št. 105/06., 107/09., 62/10., 98/11. i 109/12.
23. Slovenija, Republika, *Zakon o upravnom sporu*, Uradni list Republike Slovenije, št. 50/97., 65/97. i 70/00.
24. Ustavni sud Češke Republike, br. Pl. ÚS 16/99, od 27. lipnja 2001. godine, dostupno na: <http://nalus.usoud.cz> (20.12.2017.)
25. Ustavni sud Češke Republike, br. Pl. ÚS 16/99, od 27. lipnja 2001. godine, dostupno na: <http://nalus.usoud.cz> (20.12.2017.)
26. Ustavni sud Republike Hrvatske, *Odluka i Rješenje broj: U-I-2753/2012 i dr. od 27. rujna 2016.*, Narodne novine, br. 94/16.
27. Ustavni sud Republike Hrvatske, *Presuda U-I/745/1999*, od 8. studenog 2000. godine, Narodne novine, br. 112/00.
28. Ustavni sud Republike Slovenije, *Odluka br. U-I-65/05-12 od 22. rujna 2005. godine*, Uradni list Republike Slovenije, št. 92/05.
29. Vijeće Europe, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 8/99., 14/02. i 1/06.

**Dario Đerda\***

**David Kryska\*\***

Summary

## **FEW PROCEDURAL INSTITUTES OF ADMINISTRATIVE DISPUTE IN COMPARATIVE LAW: HOW TO IMPROVE THE CROATIAN ADMINISTRATIVE DISPUTE?**

The main aim of this paper is to compare several procedural institutes of the administrative dispute in Croatia, Slovenia, Czech Republic and Poland. By comparing equivalent institutes in the mentioned states, we try to determine the extent to which the administrative dispute in Croatia has met the standards of legal protection of the rights and legal interests of individuals. Special attention is given to the organisation of the courts adjudicating administrative disputes, composition of these courts, equality of arms, judicial powers in adjudication and regular legal remedies in administrative disputes. The conclusions in this paper aim to improve the regulation of administrative dispute in Croatia in terms of proposing possible future amendments.

**Keywords:** *administrative dispute, composition of the court, oral hearing, judicial powers, appeal, Croatia, Slovenia, Czech Republic, Poland.*

Zusammenfassung

## **VERWALTUNGSSTREITIGKEIT AUS RECHTSVERGLEICHENDER SICHT: WIE KANN MAN DIE VERWALTUNGSSTREITIGKEIT IN KROATIEN VERBESSERN?**

Ziel dieser Arbeit ist es, die Regulative mancher prozessualen Entscheidungen im Verwaltungsrecht von Kroatien, Slowenien, Tschechien und Polen zu vergleichen. Durch das Vergleichen gleichwertiger Rechtsinstitute in den genannten Staaten versucht man festzustellen, inwiefern hat die kroatische Streitigkeit die Anforderungen des modernen Rechtsschutzes sowohl des Rechtes als auch der Rechtsinteressen von Einzelnen, welche von den Entscheidungen und Handlungen der öffentlichen Verwaltung verletzt werden können, erfüllt. Besonderen Wert legt

\* Dario Đerda, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; dariod@pravri.hr.

\*\* David Kryska, Ph.D., Faculty of Law, Charles University; kryska@prf.cuni.cz.

man auf die institutionelle Organisation der Verwaltungsstreitigkeit, die Organisation des Gerichts bei der Urteilsfällung, den Grundsatz der Waffengleichheit, die gerichtlichen Zuständigkeiten bei der Urteilsfällung und die ordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsstreitigkeit. Abschließend wird betont, dass diese Arbeit die Rechtsregulative für Verwaltungsstreitigkeit bei potentieller Novellierung verbessern kann.

**Schlüsselwörter:** *Verwaltungsstreitigkeit, Organisation, einzelner Richter, Gerichtskammer, mündliche Verhandlung, gerichtliche Zuständigkeiten, Berufung, Kroatien, Slowenien, Tschechien, Polen.*

Riassunto

## **ALCUNE SOLUZIONI DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO NEL DIRITTO COMPARATO: COME AFFINARE IL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO CROATO?**

Lo scopo del presente lavoro è di paragonare la disciplina di alcune soluzioni procedurali del contenzioso amministrativo in Croazia, in Slovenia, nella Repubblica Ceca ed in Polonia. Attraverso la comparazione dei medesimi istituti del contenzioso amministrativo in tali paesi si cerca di accertare in quale misura il contenzioso croato soddisfi le esigenze della tutela giuridica contemporanea dei diritti e degli interessi legali dei singoli, i quali possono essere lesi mediante decisioni e procedure degli organi dell'amministrazione pubblica. Nello specifico si analizza l'organizzazione istituzionale del contenzioso amministrativo; la composizione del tribunale nella fase decisionale; la garanzia del contraddittorio nel contenzioso amministrativo; i poteri giudiziali nella fase decisionale, come anche i mezzi ordinari di impugnazione nel contenzioso amministrativo. Le conclusioni illustrate nel presente lavoro sono volte ad affinare la disciplina giuridica del contenzioso amministrativo in una potenziale riforma di tale importante strumento giuridico.

**Parole chiave:** *contenzioso amministrativo, organizzazione, giudice, collegio, dibattimento orale, poteri giudiziali, ricorso, Croazia, Slovenia, Repubblica Ceca, Polonia.*

## NEOVISNOST ZAKONSKOG REVIZORA U ODNOSU NA SUBJEKTE REVIZIJE PREMA ZAKONU O REVIZIJI IZ 2017. GODINE

Prof. dr. sc. Dionis Jurić\*

UDK 657.1(497.5)(094.5)  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.4>  
Ur.: 9. siječnja 2018.  
Pr.: 12. veljače 2018.  
Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*Zakon o reviziji iz 2017. godine uvodi opće zahtjeve za obavljanje zakonskih revizija u svim obveznicima zakonske revizije te posebne zahtjeve koji se primjenjuju na zakonske revizije u subjektima od javnog interesa. Cilj je tih odredbi jačanje neovisnosti i objektivnosti zakonskih revizora u odnosu na subjekte revizije, uzimajući u obzir nedostatke u poslovnoj praksi revizora u razdoblju od 2007. godine do danas. Također se jača javni nadzor Ministarstva financija nad radom ovlaštenih revizora i revizorskih društava. Zakon je usklađen s odredbama Direktive o zakonskim revizijama iz 2014. godine te upućuje na izravnu primjenu odredbi Uredbe o zakonskim revizijama u subjektima od javnog interesa iz 2014. godine.*

**Ključne riječi:** zakonski revizor, neovisnost, subjekti revizije, subjekti od javnog interesa, Republika Hrvatska, Europska unija.

### 1. UVOD

Zakonska revizija predstavlja obvezatnu reviziju godišnjih financijskih izvješća i godišnjih konsolidiranih financijskih izvješća određenih poduzetnika koja je propisana pravom Europske unije (dalje: EU) te domaćim propisima. Njezina je svrha provjera i ocjenjivanje godišnjih financijskih izvješća, godišnjih konsolidiranih financijskih izvješća i drugih financijskih izvješća te podataka i metoda korištenih pri njihovom sastavljanju. Na temelju toga, revizori daju neovisno stručno mišljenje o tomu prikazuju li financijska izvješća u svim bitnim odrednicama istinit i fer prikaz financijskog položaja i uspješnosti poslovanja te novčanih tokova u skladu

\* Dr. sc. Dionis Jurić, redoviti profesor Pravnog fakulteta u Rijeci; [djuric@pravri.hr](mailto:djuric@pravri.hr).  
Ovaj rad sufinancirali Hrvatska zaklada za znanost projektom br. 9366 "Pravni aspekti korporativnih akvizicija i restrukturiranje društava utemeljenih na znanju" te Sveučilište u Rijeci projektom br. 13.08.1.2.01 "Zaštita korisnika na hrvatskom i europskom tržištu financijskih usluga".

s primjenjivim okvirom financijskog izvještavanja ili, ako je to primjenjivo, jesu li financijska izvješća u skladu s propisima. Pritom izvješće o reviziji služi različitim korisnicima (organima subjekta revizije, njegovim članovima i vjerovnicima, potencijalnim ulagateljima i sl.) kako bi se obavijestili o točnosti financijskih izvješća, solventnosti subjekata revizije, postojanju prijevernih radnji, poštovanju pravnih obveza subjekata revizije te njihovu odgovornom ponašanju u odnosu na zaštitu okoliša i općedruštvena pitanja.<sup>1</sup>

Kada se radi o točnosti financijskih izvješća i solventnosti subjekta revizije, valja naglasiti da odgovornost za potpunost i točnost prikaza financijske situacije u poduzetniku leži na članovima njegovih upravnih i nadzornih organa. Revizor ima zadaću ocijeniti jesu li financijska izvješća izrađena u skladu sa zakonom i računovodstvenim standardima i prikazuju li istinitu i fer sliku financijske situacije poduzetnika, pri čemu konačni sud o izvješću revizora daje nadzorni organ poduzetnika.

Javnost očekuje od revizora utvrditi postojanje prijevernih radnji ili povreda pravnih propisa koje mogu imati za posljedicu netočnosti u financijskim izvješćima koja su predmet revizije. I ovdje je prvenstvena uloga nadzornog organa poduzetnika utvrditi moguća protuzakonita postupanja upravnog organa te obveza upravnog organa izgraditi sustav unutarnje revizije. Obveza je revizora planirati i provoditi reviziju tako da se može razumno očekivati da će utvrditi nedostatke i nepravilnosti u financijskim izvješćima poduzetnika, bilo da su oni izazvani prijevaram, nenamjernim pogreškama ili povredama pravnih propisa.<sup>2</sup> Neutvrđivanje prijevare ili povrede zakona osnova je za uspostavu odgovornosti revizora uz uvjet ispunjenja određenih dodatnih pretpostavki.<sup>3</sup> Konačno, pravilnim i kvalitetnim radom revizora omogućava se uredno funkcioniranje tržišta kapitala te jačanje povjerenja u realnost i objektivnost financijskih izvješća subjekata revizije.

Problematika kvalitete rada i neovisnosti revizora u odnosu na subjekte revizije osobito je postala aktualna u posljednja dva desetljeća. Veliki financijski skandali u američkim trgovačkim društvima doveli su 2002. godine do donošenja *The Corporate Auditing Accountability, Responsibility and Transparency Act*, koji je poznatiji pod imenom *The Sarbanes – Oxley Act* u SAD-u. Ovaj je zakon uveo mehanizme za poboljšanje točnosti i pouzdanosti financijskih izvješća i izvješća revizora te uveo i pooštrio kaznene sankcije za prijevarna postupanja članova organa trgovačkih društava te nepravilan rad revizora pri izradi financijskih izvješća i izvješća o reviziji. Time se željelo zaštititi potencijalne ulagatelje te spriječiti moguće slične financijske

1 European Commission, Green Paper of the Commission 1996, The Role, the Position and the Liability of the Statutory Auditors within the European Union, dostupno na [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/company/audit/docs/acten.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/docs/acten.pdf), 30. listopada 2003., str. 10.

2 Green Paper of The Commission 1996, str. 13-16.

3 Npr. ako je revizor zbog vlastitog nemara propustio utvrditi prijevaru pouzdajući se u izvješća i rad organa subjekta revizije ili zbog nedovoljnog rada nije utvrdio postojanje prijevare, iako je to mogao učiniti da nije bio nemaran, odnosno ako je utvrdio postojanje prijevare, ali je nije prikazao u svom izvješću što je dovelo do nastanka štete. Vidi u European Commission, A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union, 15 January 2001., [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/company/audit/docs/auditliability.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/docs/auditliability.pdf), 31. listopada 2003., str. 44-46. i 123-125.

skandale u budućnosti.<sup>4</sup>

Sa sličnim problemima susrela su se i europska trgovačka društva, što je uvjetovalo da tijela EU-a poduzmu odgovarajuće mjere.<sup>5</sup> Tako je 2006. godine donesena Direktiva 2006/43/EZ o zakonskim revizijama godišnjih financijskih izvješća i konsolidiranih financijskih izvješća,<sup>6</sup> a 2005. godine Odluka Komisije 2005/909/EZ o uspostavljanju skupine stručnjaka za savjetovanje Komisije i olakšavanje suradnje između sustava javnog nadzora ovlaštenih revizora i revizorskih društava.<sup>7</sup> Pritom su ciljevi Europske komisije u području zakonodavnog uređenja zakonske revizije bili: a) jačanje neovisnosti revizorskih društva i ovlaštenih revizora u odnosu na subjekte revizije, b) unaprjeđenje obavještavajuće vrijednosti revizorskog izvještavanja u odnosu na ulagatelje i druge dionike, c) olakšavanje prekograničnog pružanja usluga revizije te doprinos dinamičnijem tržištu revizije na unutarnjem tržištu EU-a, d) unaprjeđenje i poboljšavanje revizorskog nadzora te e) promicanje usklađenosti i suradnje u području revizije s trećim državama.<sup>8</sup> Cilj je Direktive iz 2006. godine bio usklađivanje nacionalnih propisa država članica EU-a koji uređuju materiju zakonske revizije.<sup>9</sup> Rješenja Direktive pratila su rješenja iz američkog *Sarbanes – Oxley Act* te su prihvatila tamo određene mehanizme za osiguravanje pravilnog i kvalitetnog rada revizora.<sup>10</sup>

4 Dionis Jurić, Uloga revizora u dioničkom društvu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004., str. 323-325. i 347.-349.

5 Ibid., str. 324.-325. i 349.-350.

6 Direktiva 2006/43/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 17. svibnja 2006. o zakonskim revizijama godišnjih financijskih izvještaja i konsolidiranih financijskih izvještaja, kojom se mijenjaju direktive Vijeća 78/660/EEZ i 83/349/EEZ i stavlja izvan snage Direktiva Vijeća 84/253/EEZ (tekst značajan za EPG), Službeni list EU, L 157, 9. lipnja 2006., str. 87.–107.

7 Odluka Komisije od 14. prosinca 2005. o uspostavljanju skupine stručnjaka za savjetovanje Komisije i olakšavanje suradnje između sustava javnog nadzora ovlaštenih revizora i revizorskih društava (2005/909/EZ), Službeni list EU, L 329, 16. prosinca 2005., str. 38.–39.

8 European Commission, Auditing of companies' financial statements, [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/company-reporting-and-auditing/auditing-companies-financial-statements\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/company-reporting-and-auditing/auditing-companies-financial-statements_en), 5. prosinca 2017., str. 1.

9 Ova je Direktiva izmijenila Četvrtu direktivu 78/660/EEZ od 25. srpnja 1978. godine o godišnjim financijskim izvješćima za određene vrste trgovačkih društava te Sedmu direktivu 83/349/EEZ od 13. lipnja 1983. godine o konsolidiranim financijskim izvješćima koje su propisale reviziju godišnjih financijskih izvješća i konsolidiranih financijskih izvješća od strane ovlaštenih revizora. Također je stavila izvan snage Osmu direktivu 84/253/EEZ od 10. travnja 1984. godine o potvrđivanju osoba odgovornih za provođenje zakonskih revizija računovodstvenih dokumenata koja je propisivala uvjete za davanje odobrenja osobama odgovornima za obavljanje zakonske revizije. Direktiva 2013/34/EU od 26. lipnja 2013. godine o godišnjim financijskim izvješćima, konsolidiranim financijskim izvješćima i povezanim izvješćima za određene vrste poduzeća izmijenila je Direktivu o zakonskim revizijama iz 2006. godine te je stavila izvan snage Četvrtu i Sedmu direktivu koje su uređivale materiju godišnjih i konsolidiranih financijskih izvješća trgovačkih društava.

10 Javni i neovisni nadzor rada revizora, uspostava posebnih odbora za reviziju u subjektima revizije, neovisnost revizora u odnosu na subjekte revizije, uvođenje obveze rotacije revizora u obavljanju poslova revizije u jednom te istom subjektu revizije, zabrana revizoru pružati dodatne nerevizorske usluge subjektu revizije te jačanje uloge unutarnje revizije u subjektima revizije.

Republika je Hrvatska uredila materiju izrade godišnjih financijskih izvješća i konsolidiranih godišnjih financijskih izvješća Zakonom o računovodstvu (dalje: ZRač) iz 2015. godine,<sup>11</sup> a reviziju Zakonom o reviziji (dalje: ZRev) iz 2017. godine.<sup>12</sup> Taj Zakon upućuje i na neposrednu primjenu odredbi Uredbe iz 2014. godine kada se radi o zakonskoj reviziji u subjektima od javnog interesa. Navedeni su propisi usklađeni s relevantnim direktivama EU-a. Određena pitanja revizije godišnjih financijskih izvješća i konsolidiranih godišnjih financijskih trgovačkih društava uređuje i Zakon o trgovačkim društvima (dalje: ZTD).<sup>13</sup>

## **2. DIREKTIVA IZ 2014. GODINE O IZMJENI DIREKTIVE O ZAKONSKIM REVIZIJAMA IZ 2006. GODINE I UREDBA O POSEBNIM ZAHTEJEVIMA U SVEZI SA ZAKONSKOM REVIZIJOM SUBJEKATA OD JAVNOG INTERESA IZ 2014. GODINE**

Kriza u financijskom sektoru koja je otpočela 2007. godine uvjetovala je donošenje hitnih mjera radi stabilizacije financijskog sustava. Posebna se pozornost pritom posvetila bankama, fondovima rizičnog kapitala, bonitetnim agencijama, nadzornim tijelima i središnjim bankama, a zanemarena je uloga revizora godišnjih i konsolidiranih financijskih izvješća. Praksa je pokazala da su revizori izdavali pozitivna izvješća o reviziji godišnjih financijskih izvješća kreditnih i financijskih institucija te uvrštenih dioničkih društava tijekom razdoblja od 2007. do 2009. godine, iako su ona prikazivala gubitke bilančnih i unutarbilančnih stavki. To je dovelo do nepovjerenja javnosti i ulagatelja u rad revizora. Povećala su se i očekivanja navedenih dionika u odnosu na rad revizora, koja premašuju njihovu stvarnu ulogu. Konačno, uočena je koncentracija na tržištu revizorskih usluga,<sup>14</sup> što onemogućava širi izbor revizorskih društava subjektima revizije. Time se otežava prekogranično pružanje usluga revizije na unutarnjem tržištu EU-a malim i srednjim revizorskim društvima i ulazak novih sudionika na to tržište.<sup>15</sup>

Radi uklanjanja navedenih nedostataka Europski je parlament i Vijeće EU-a 16. travnja 2016. godine donijelo Direktivu 2014/56/EU o izmjeni Direktive o zakonskim revizijama iz 2006. godine (dalje: Direktiva iz 2014. godine)<sup>16</sup> te Uredbu br. 537/2014 o posebnim zahtjevima u svezi sa zakonskom revizijom subjekata od javnog interesa

11 Zakon o računovodstvu, Narodne novine, br. 78/15, 134/15, 120/16.

12 Zakon o reviziji, Narodne novine, br. 127/17.

13 Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15.

14 Prevladavaju četiri velika revizorska društva.

15 Republika Slovenija, Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o revidiranju, EVA 2016-1611-0002, dostupno na <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO7354>, 18. prosinca 2017., str. 10.

16 Direktiva 2014/56/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o izmjeni Direktive 2006/43/EZ o zakonskim revizijama godišnjih financijskih izvještaja i konsolidiranih financijskih izvještaja (tekst značajan za EPG), Službeni list EU, L 158, 27. svibnja 2014., str. 196.–226.



(dalje: Uredba).<sup>17</sup> Cilj je Direktive iz 2014. godine: a) poboljšati kvalitetu zakonske revizije jačanjem neovisnosti revizora te njihove profesionalne skeptičnosti u odnosu na subjekte revizije i njihove organe, b) postaviti zakonodavni okvir za sve zakonske revizije te c) ojačati javni nadzor nad revizorskom djelatnošću i unaprijediti suradnju između nacionalnih nadležnih tijela u EU-u, pri čemu je važna djelatnost Odbora europskih tijela za nadzor revizije (dalje: CEAOB).<sup>18</sup> Države članice su trebale donijeti i objaviti mjere potrebne radi usklađivanja s Direktivom iz 2014. godine do 17. lipnja 2016. godine te o tomu obavijestiti Europsku komisiju (čl. 2. Direktive iz 2014. godine).<sup>19</sup> Kada se radi o zakonskoj reviziji u subjektima od javnog interesa<sup>20</sup> Europska se komisija odlučila za donošenje Uredbe koja se neposredno primjenjuje na području svih država članica EU-a od 17. lipnja 2016. godine (čl. 44. Uredbe). Njome se dopunjuju odredbe Direktive iz 2014. godine kada se radi o zakonskoj reviziji u subjektima od javnog interesa te se ukazuje na osobitu važnost revizije u tim subjektima.

### **3. ZAKONSKA REVIZIJA U HRVATSKOM PRAVU**

Zakonska revizija u hrvatskom pravu dijelom je uređena Zakonom o računovodstvu iz 2015. godine, koji određuje pojam subjekata od javnog interesa te obveznike zakonske revizije. Taj je propis usklađen s odredbama relevantnih računovodstvenih direktiva EU-a.<sup>21</sup>

Tako se u članku 3. t. 1. ZRač-a kao subjekti od javnog interesa određuju poduzetnici koji su osnovani u skladu s propisima RH i čiji su vrijednosni papiri uvršteni na uređeno tržište kapitala bilo koje države članice EU-a kako je određeno zakonom kojim se uređuje tržište kapitala. U tu kategoriju spadaju i određene kreditne

17 Uredba (EU) br. 537/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o posebnim zahtjevima u vezi zakonske revizije subjekata od javnog interesa i stavljanju izvan snage Odluke Komisije 2005/909/EZ (tekst značajan za EGP), Službeni list EU, L 158, 27. svibnja 2014., str. 77.–112.

18 CEAOB je osnovan 2016. godine radi poboljšanja suradnje nadležnih nadzornih tijela država članica EU-a, čime doprinosi pravilnoj primjeni europskog zakonodavstva u području zakonske revizije te usklađuje nadzorne ovlasti tih tijela u državama članicama EU-a.

19 Države članice primjenjuju te mjere od 17. lipnja 2016. godine.

20 Kreditne i financijske institucije, uvrštena dionička društva te subjekti koje su države članice odredile kao takve, npr. poduzeća koja su zbog prirode svojeg poslovanja, svoje veličine ili broja radnika od velikog javnog značaja.

21 Tu valja osobito izdvojiti Direktivu 2013/34/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. godine o godišnjim financijskim izvještajima, godišnjim konsolidiranim financijskim izvještajima i povezanim izvješćima za određene vrste poduzeća, o izmjeni Direktive 2006/43/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i o stavljanju izvan snage direktiva Vijeća 78/660/EEZ i 83/349/EEZ (tekst značajan za EGP) (Službeni list EU, L 182, 29. lipnja 2013., str. 19.–76.), kako je zadnje izmijenjena Direktivom Vijeća 2014/102/EU od 7. studenoga 2014. godine o prilagodbi Direktive 2013/34/EU Europskog parlamenta i Vijeća o godišnjim financijskim izvještajima, godišnjim konsolidiranim financijskim izvještajima i povezanim izvješćima za određene vrste poduzeća zbog pristupanja Republike Hrvatske (tekst značajan za EGP) (Službeni list EU, L 334, 21. studenog 2014., str. 253.-310.).

te financijske institucije.<sup>22</sup> Pored njih to su i trgovačka društva te druge pravne osobe od strateškog interesa za RH i trgovačka društva od posebnog interesa, u kojima RH ima udjele manje od 50 %, sukladno odluci Vlade RH kojom se utvrđuje popis trgovačkih društava i drugih pravnih osoba od strateškog i posebnog interesa za RH, osim pravnih osoba koje vode poslovne knjige i sastavljaju financijska izvješća u skladu s propisima kojima se uređuje proračunsko računovodstvo ili računovodstvo neprofitnih organizacija.

U članku 20. ZRač-a određuju se obveznici zakonske revizije godišnjih financijskih izvješća i/ili godišnjih konsolidiranih financijskih izvješća. To su: a) subjekti od javnog interesa te veliki i srednji poduzetnici koji nisu subjekti od javnog interesa,<sup>23</sup> b) poduzetnici koji su vladajuća društva velikih i srednjih grupa ako nisu obveznici zakonske revizije sukladno točki a),<sup>24</sup> c) dionička društva, komanditna društva i društva s ograničenom odgovornošću čiji pojedinačni, odnosno konsolidirani podaci u godini koja prethodi reviziji prelaze pokazatelje u barem dva od sljedeća tri uvjeta: i) iznos ukupne aktive 15.000.000,00 kuna, ii) iznos prihoda 30.000.000,00 kuna te iii) prosječan broj radnika tijekom poslovne godine iznosi

22 To su: a) kreditne institucije, b) institucije za elektronički novac, c) društva za osiguranje, d) društva za reosiguranje, e) leasing-društva, f) društva za upravljanje UCITS fondovima, g) društva za upravljanje alternativnim investicijskim fondovima, h) UCITS fondovi, i) alternativni investicijski fondovi, j) mirovinska društva koja upravljaju obveznim mirovinskim fondovima, mirovinska društva koja upravljaju dobrovoljnim mirovinskim fondovima, dobrovoljni mirovinski fondovi, obvezni mirovinski fondovi i mirovinska osiguravajuća društva, k) društva za dokup mirovine, l) faktoring-društva te m) investicijska društva, burze, operateri MTP-a, Središnje klirinško deponitarno društvo, operateri središnjeg registra, operateri sustava poravnanja i/ili namire i operateri Fonda za zaštitu ulagatelja.

23 Čl. 20. st. 1. ZRač. Odredbe ZRač-a moraju primjenjivati poduzetnici, a to su: a) trgovačko društvo i trgovac pojedinac određeni ZTD-om (domaći trgovci), b) poslovna jedinica poduzetnika (trgovačko društvo i trgovac pojedinac) sa sjedištem u drugoj državi članici EU-a ili trećoj državi ako prema propisima te države ne postoji obveza vođenja poslovnih knjiga i sastavljanja financijskih izvješća te poslovna jedinica poduzetnika iz države članice EU-a ili treće države koji su obveznici poreza na dobit sukladno propisima kojima se uređuju porezi (predstavništva i podružnice inozemnih trgovaca u RH) te c) podružnica inozemnih poduzetnika u RH, ako ona nije poslovna jedinica, kako je određeno propisima kojima se uređuju trgovačka društva (čl. 4. st. 2. ZRač). U čl. 5. st. 1. ZRač-a poduzetnici se razvrstavaju u mikro, male, srednje i velike prema pokazateljima utvrđenim na zadnji dan poslovne godine koja prethodi poslovnoj godini za koju se sastavljaju financijska izvješća. Ti su pokazatelji: a) iznos ukupne aktive, b) iznos prihoda te c) prosječan broj radnika tijekom poslovne godine. Srednji poduzetnici su oni koji nisu ni mikro ni mali poduzetnici i ne prelaze granične pokazatelje u dva od sljedeća tri uvjeta: a) ukupna aktiva 150.000.000,00 kuna, b) prihod 300.000.000,00 kuna te c) prosječan broj radnika tijekom poslovne godine je 250 radnika (čl. 5. st. 4. ZRač). Veliki su poduzetnici oni koji prelaze granične pokazatelje u najmanje dva od tri uvjeta iz čl. 5. st. 4. ZRač-a te kreditne i financijske institucije koje spadaju u subjekte od javnog interesa neovisno o tomu ispunjavaju li uvjete za velike poduzetnike (čl. 5. st. 5. ZTD).

24 Čl. 20. st. 2. ZRač. Srednje grupe poduzetnika su one koje nisu male grupe poduzetnika i koje na datum bilance vladajućeg društva na konsolidiranoj osnovi ne prelaze granične pokazatelje u dva od sljedeća tri uvjeta: a) ukupna aktiva 150.000.000,00 kuna, b) prihod 300.000.000,00 kuna te c) prosječan broj radnika tijekom poslovne godine je 250 radnika (čl. 6. st. 3. ZTD). Velike grupe poduzetnika su one grupe koje na konsolidiranoj osnovi prelaze granične pokazatelje najmanje u dva uvjeta iz čl. 6. st. 3. ZRač (čl. 6. st. 4. ZRač).

najmanje 25 radnika, a nisu obveznici zakonske revizije sukladno točkama a) i b),<sup>25</sup> d) poduzetnici koji su podnijeli zahtjev za uvrštavanje svojih vrijednosnih papira na uređeno tržište kapitala, a nisu obveznici zakonske revizije prema točkama a), b) i c)<sup>26</sup> te e) poduzetnici koji su sudjelovali u poslovnim pripajanjima, spajanjima, odnosno podjelama kao preuzimatelji ili novoosnovana društva ako nisu obveznici revizije prema prethodnim točkama.<sup>27</sup> Ostali poduzetnici na koje se primjenjuju odredbe ZRač-a mogu svojim osnivačkim (temeljnim) aktima ili odlukom svojih članova odrediti obvezu revizije godišnjih financijskih izvješća i/ili godišnjih konsolidiranih financijskih izvješća (dragovoljna revizija).

Zakonom o reviziji iz 2017. godine uređuje se obavljanje revizorskih usluga, osobe ovlaštene za obavljanje revizorskih usluga, uvjeti za obavljanje revizorskih usluga, izdavanje i ukidanje odobrenja za rad osobama ovlaštenim za obavljanje revizorskih usluga, registri, revizijski odbor, sustav nadzora i javnog nadzora nad osobama ovlaštenim za obavljanje revizorskih usluga, nadzor nad drugim subjektima nadzora, Hrvatska revizorska komora te se utvrđuje nadležno tijelo i njegove ovlasti (čl. 1. ZRev). On je usklađen s Direktivom o zakonskim revizijama iz 2006. godine te njezinim izmjenama određenim Direktivom iz 2014. godine, a detaljnije se uređuje i provedba Uredbe iz 2014. godine o posebnim zahtjevima u svezi sa zakonskom revizijom subjekata od javnog interesa (čl. 2. ZRev). Glavne su značajke novoga Zakona da nadležno tijelo za nadzor ovlaštenih revizora i revizorskih društava postaje Ministarstvo financija, Odbor za javni nadzor revizije prestaje s radom, a Hrvatska revizorska komora više nema nadzornu ulogu. U okviru svojih ovlasti Ministarstvo financija obavlja sljedeće poslove: a) provodi nadzor i druge postupke nad ovlaštenim revizorima i revizorskim društvima te ostalim subjektima nadzora određenim ZRev-om i Uredbom iz 2014. godine te izriče nadzorne mjere i poduzima druge radnje radi uklanjanja utvrđenih nezakonitosti i nepravilnosti, b) izdaje i ukida odobrenja za rad ovlaštenim revizorima i revizorskim društvima te druga odobrenja, suglasnosti i registracije za koje je ovlaštena na temelju ZRev-a, Uredbe iz 2014. godine i drugih propisa, c) vodi registre i druge evidencije u skladu sa ZRev-om i Uredbom iz 2014. godine te izdaje potvrde, d) određuje program ispita osposobljenosti te ga organizira i provodi, e) sudjeluje u postupcima Europske komisije u svezi s usvajanjem Međunarodnih revizijskih standarda, f) donosi provedbene propise potrebne za provedbu i usklađenja s mišljenjima CEAOB-a kada je to potrebno za provedbu ZRev-a i Uredbe iz 2014. godine te g) obavlja i druge poslove u skladu sa ZRev-om, Uredbom iz 2014. godine te drugim propisima (čl. 68. ZRev).<sup>28</sup>

Hrvatska revizorska komora ima sljedeće javne ovlasti: a) prevodi i objavljuje na hrvatskom jeziku Međunarodne revizijske standarde, osim ako je te standarde usvojila Europska komisija, b) donosi nacionalne revizijske standarde za obavljanje drugih

25 Čl. 20. st. 4. ZRač. Time se proširuje obveza zakonske revizije i na navedena trgovačka društva koja nisu subjekti od javnog interesa ili veliki te srednji poduzetnici, odnosno vladajuća društva velikih i srednjih grupa.

26 Čl. 20. st. 5. ZRač.

27 Čl. 20. st. 6. ZRač.

28 Republika Hrvatska, Konačni prijedlog Zakona o reviziji, P.Z.E. br. 172, 22. studenog 2017., str. 74.-75.

revizorskih usluga koje nisu obuhvaćeni Međunarodnim revizijskim standardima i ostalim standardima koje izdaje Međunarodni odbor za računovodstvo (dalje: IFAC) te daje njihova tumačenja uz prethodnu suglasnost Ministarstva financija, c) prevodi i objavljuje etičke standarde računovodstvene struke koje izdaje IFAC, d) određuje program revizorskog ispita i iznos naknade uz prethodnu suglasnost Ministarstva financija, e) organizira i provodi revizorski ispit, f) određuje program posebnog ispita i iznos naknade uz prethodnu suglasnost Ministarstva financija te g) organizira i provodi poseban ispit (čl. 101. st. 1. ZRev).<sup>29</sup> Upravni nadzor nad radom Hrvatske revizorske komore u obavljanju povjerenih javnih ovlasti provodi Ministarstvo financija (čl. 101. st. 2. ZTD). Hrvatska revizorska komora mora dostaviti godišnje izvješće o svojem radu Ministarstvu financija najkasnije u roku od šest mjeseci od isteka kalendarske godine na koju se to izvješće odnosi, a Ministarstvo financija daje mišljenje o tom izvješću. Nakon toga Hrvatska revizorska komora mora godišnje izvješće o svojem radu dostaviti u roku od 30 dana na odobrenje Vladi Republike Hrvatske (čl. 109. ZRev).<sup>30</sup> Time jača javni nadzor nad radom ovlaštenih revizora i revizorskih društava od strane javnih nadzornih tijela država članica EU-a, a isključuje se nadzorna uloga strukovnih udruženja ovlaštenih revizora i revizorskih društava.

Zakon o reviziji posebnu pozornost posvećuje jačanju neovisnosti ovlaštenih revizora i revizorskih društava u odnosu na subjekte revizije. U tu se svrhu uvode stroži zahtjevi za neovisnost i objektivnost te se propisuju organizacijski zahtjevi koje moraju ispunjavati ovlašteni revizori i revizorska društva.<sup>31</sup> Kada se radi o zakonskoj reviziji u subjektima od javnog interesa, propisuju se posebni zahtjevi koji se odnose na obvezu rotacije ovlaštenih revizora i revizorskih društava, određivanje zabranjenih nerevizorskih usluga, ograničenje iznosa naknada za dopuštene nerevizorske usluge, jačanje uloge i proširenje ovlasti revizijskog odbora u subjektima od javnog interesa te suradnja ovlaštenih revizora i revizorskih društava s javnim nadzornim tijelom.<sup>32</sup>

## **4. OBAVLJANJE REVIZORSKIH USLUGA**

### **4.1. Imenovanje i sklapanje ugovora o reviziji s imenovanim revizorskim društvom**

Obveznici zakonske revizije moraju imenovati revizorsko društvo za zakonsku reviziju najkasnije tri mjeseca prije završetka izvještajnog razdoblja na koje se odnosi

29 Ostale su zadaće Hrvatske revizorske komore: a) promicanje i zaštita interesa članova Komore, b) praćenje provedbe propisa iz područja revizije, davanje inicijative za izmjenu propisa, sudjelovanje u stručnoj raspravi o izmjeni propisa iz područja revizije i računovodstva, c) davanje stručna mišljenja članovima Komore i trećim osobama na njihov zahtjev, d) suradnja s odgovarajućim strukovnim udruženjima iz drugih država članica EU-a i iz trećih država te e) obavljanje drugih poslova u skladu sa statutom Komore koji nisu u suprotnosti sa ZRev-om i Uredbom iz 2014. godine te podzakonskim propisima (čl. 101. st. 6. ZRev).

30 Ibid., str. 75.

31 Ibid., str. 73. i 78.

32 Ibid., str. 74. i 78.-79.

zakonska revizija sukladno ZTD-u (čl. 41. st. 1. ZRev).<sup>33</sup> U dioničkom društvu ovlast imenovanja zakonskog revizora ima glavna skupština društva. Odluku o tome donose dioničari većinom danih glasova (obična većina), osim ako statutom nije određena neka veća većina ili se traži i ispunjavanje dodatnih pretpostavki (čl. 275. st. 1. t. 4. i čl. 290. ZTD).<sup>34</sup> Prijedlog odluke za imenovanje zakonskog revizora sastavlja nadzorni, odnosno upravni odbor društva.<sup>35</sup> Nadzorni, odnosno upravni odbor daje i nalog imenovanom zakonskom revizoru za ispitivanje godišnjih financijskih izvješća društva i konsolidiranih godišnjih financijskih izvješća povezanih društava (čl. 263. st. 2. ZTD). Svaki dioničar može dati i protuprijedlog za imenovanje zakonskog revizora prije ili tijekom održavanja glavne skupštine (čl. 282. i 283. ZTD).<sup>36</sup> U društvu s ograničenom odgovornošću ovlast imenovanja zakonskog revizora imaju članovi društva, odnosno skupština društva.<sup>37</sup> U onim društvima s ograničenom odgovornošću koja nisu obveznici zakonske revizije, svaki član društva može predložiti reviziju posljednjih godišnjih financijskih izvješća. Ako se taj prijedlog odbije odlukom članova društva ili skupštine društva, članovi društva koji zajedno imaju poslovne udjele na koje otpada najmanje 10 % temeljnoga kapitala društva mogu se obratiti sudu radi imenovanja revizora (čl. 450. ZTD).<sup>38</sup> Imenovanje revizorskog društva ne smije biti

33 To znači da u obveznicima zakonske revizije nju mogu provoditi samo revizorska društva, a ne i samostalni revizori. Revizorske usluge mogu pružati i samostalni revizori, pri čemu se na njih na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZRev-a koje se primjenjuju na revizorska društva, osim ako nije drukčije propisano (čl. 6. st. 1. ZRev). U RH je u 2017. godini bilo registrirano 223 revizorskih društava, a nije bilo niti jednoga registriranog samostalnog revizora i zajedničkog revizorskog ureda. Vidi u Republika Hrvatska, Konačni prijedlog Zakona o reviziji, P.Z.E. br. 172, 22. studenog 2017., str. 71.

34 Pri simultanom osnivanju dioničkog društva zakonskog revizora za prvu ili za preostali dio prve poslovne godine imenuju osnivači društva, a pri sukcesivnom osnivanju ga imenuje osnivačka skupština društva (čl. 180. ZTD). Njegova funkcija traje do održavanja prve glavne skupštine društva.

35 Ako je nadzorni, odnosno upravni odbor imenovao komisiju za reviziju kao pomoćno tijelo koje priprema njegove odluke i nadzire njihovu provedbu, u pripremi prijedloga odluke za imenovanje zakonskog revizora sudjeluju i ta komisija (čl. 264. st. 3. ZTD).

36 U tomu slučaju protuprijedlog ne mora biti obrazložen. Uprava, odnosno izvršni direktori ne trebaju protuprijedlog učiniti dostupnim dioničarima ako on ne sadrži podatke koji se moraju objaviti uz prijedlog za imenovanje zakonskog revizora.

37 Ako se odluka o imenovanju donosi u pisanom obliku bez održavanja skupštine, tada se ta odluka donosi većinom koja se određuje na temelju ukupnog broja glasova kojima raspolažu članovi društva (čl. 440. st. 2. ZTD). Ako se odluka o imenovanju donosi na skupštini društva, ona se donosi većinom danih glasova, osim ako društvenim ugovorom nije određeno drukčije (čl. 445. st. 1. ZTD).

38 Sud će tomu zahtjevu udovoljiti samo onda ako se učini vjerojatnim da su učinjene grube povrede zakona ili društvenog ugovora, a manjinski članovi društva koji su podnijeli prijedlog sudu ne mogu tijekom trajanja revizije prenositi svoje poslovne udjele bez suglasnosti društva. Prije imenovanja revizora sud mora saslušati članove uprave i nadzornog odbora, ako ga društvo ima, te može imenovanje revizora uvjetovati davanjem osiguranja koje smatra primjerenim. Revizija će se smatrati neopravdanom, ako se u cijelosti potvrdi ispravnost financijskih izvješća, odnosno ako se utvrdi da su poslovne knjige uredno vođene. U trgovačkim društvima koja su odredila dragovoljnu reviziju godišnjih financijskih izvješća i konsolidiranih financijskih izvješća odluku o imenovanju revizora donose članovi društva sukladno odredbama ZTD-a.

ničim uvjetovano, osim u slučajevima predviđenima ZTD-om te je zabranjena svaka ugovorna odredba kojom se ograničava izbor obvezniku zakonske revizije na način da se obavljanje zakonske revizije mora ugovoriti s određenim revizorskim društvom određene kategorije ili s popisa revizorskih društava. Sve takve odredbe ugovora su ništetne (čl. 41. st. 2. i 3. ZRev).

Imenovanje revizorskog društva u slučaju zakonske revizije subjekata od javnog interesa obavlja se u skladu s odredbama članka 41. ZRev-a i članka 16. Uredbe iz 2014. godine (čl. 41. st. 4. ZRev). U članku 16. Uredbe iz 2014. godine uređuju se posebnosti imenovanja zakonskih revizora u subjektima od javnog interesa koji moraju imati revizijski odbor. U tomu slučaju revizijski odbor podnosi preporuku nadzornom, odnosno upravnom odboru subjekta revizije za imenovanje revizorskog društva (čl. 16. st. 2. Uredbe iz 2014. godine).<sup>39</sup> Preporuka revizijskog odbora priprema se nakon provedbe javnog natječaja za odabir revizorskog društva od strane subjekta revizije, a za provedbu tog postupka odgovoran je revizijski odbor (čl. 16. st. 3. Uredbe iz 2014. godine).<sup>40</sup> Prijedlog odluke nadzornog, odnosno upravnog odbora za imenovanje revizorskog društva koji je upućen na glavnu skupštinu dioničkog društva, odnosno skupštinu društva s ograničenom odgovornošću ili članovima subjekta revizije mora sadržavati preporuku i opredjeljenje koje je donio revizijski odbor. Ako prijedlog odluke o imenovanju revizorskog društva odstupa od opredjeljenja revizijskog odbora, u prijedlogu se moraju navesti razlozi za odstupanje od preporuke revizijskog odbora (čl. 16. st. 5. Uredbe iz 2014. godine).<sup>41</sup>

U slučaju zakonske revizije subjekata od javnog interesa, razrješenje imenovanog revizorskog društva mogu zatražiti: a) dioničari ili članovi koji čine 5 % ili više glasačkih prava, dionica ili udjela u temeljnom kapitalu subjekta od javnog interesa, b) nadzorni odbor, revizijski odbor ili neizvršni članovi upravnog odbora subjekta od javnog interesa te c) Ministarstvo financija (čl. 42. st. 1. ZRev). Prijedlog za razrješenje imenovanog revizorskog društva podnosi se trgovačkom sudu nadležnom prema sjedištu subjekta od javnog interesa, a on će usvojiti taj prijedlog ako za razrješenje postoje opravdani razlozi (čl. 42. st. 2. ZRev). Time se daje sudska zaštita manjinskim dioničarima, odnosno članovima subjekata od javnog interesa te njegovim nadzornim organima i revizijskom odboru u slučaju nepravilnog ili

---

U pravilu će tu odluku u društvima osoba članovi donositi jednoglasno, osim ako društvenim ugovorom nisu odredili da se odluke donose većinom glasova (čl. 85. ZTD).

39 Osim u slučaju obnavljanja revizijskog angažmana, preporuka mora biti opravdana i sadržavati barem dva moguća kandidata za revizijski angažman, a revizijski odbor mora izraziti svoje opravdano opredjeljenje za jednog od njih. Revizijski odbor u svojoj preporuci navodi da na sastavljanje preporuke nije utjecala treća osoba te da mu nije nametnuta nikakva ugovorna odredba koja bi mu ograničavala slobodu izbora revizorskog društva.

40 Propisuju se minimalni kriteriji koje mora zadovoljiti taj javni natječaj. Subjekt revizije ocjenjuje ponude revizorskih društava u skladu s kriterijima za odabir koji su određeni u natječajnoj dokumentaciji. Subjekt revizije priprema izvješće o zaključcima postupka odabira koji odobrava revizijski odbor. Javni se natječaj ne mora provoditi u slučaju obnavljanja revizijskog angažmana.

41 U tom je slučaju revizorsko društvo koje preporučuje nadzorni, odnosno upravni odbor moralo sudjelovati u postupku javnog natječaja za odabir zakonskog revizora. To se ne primjenjuje ako ovlasti revizijskog odbora obavlja nadzorni, odnosno upravni odbor subjekta revizije.

nekvalitetnog rada imenovanog revizorskog društva.

Zakon o reviziji u članku 43. određuje obvezu imenovanja i sklapanja ugovora o reviziji s više revizorskih društava u slučaju zakonske revizije u određenim subjektima od javnog interesa. Time se dodatno osigurava neovisnost zakonskih revizora u obavljanju revizije te osigurava kvaliteta njezine provedbe u određenim subjektima od javnog interesa koje obilježava složenost poslovanja ili su od strateškog interesa za RH.<sup>42</sup> Tako nadzorna tijela ovlaštena za nadzor poslovanja subjekata od javnog interesa čije je obavljanje poslova uređeno posebnim zakonom mogu tim subjektima propisati obvezu ugovaranja zakonske revizije s više međusobno neovisnih revizorskih društava te odrediti uvjete za uređivanje odnosa između revizorskih društava koja su imenovana za obavljanje zajedničke revizije (čl. 43. st. 1. ZRev). To će se odnositi u prvom redu na kreditne i financijske institucije čiji rad nadziru Hrvatska narodna banka (dalje: HNB) i Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga (dalje: HANFA). Pored njih, zakonsku reviziju moraju ugovoriti s najmanje dva međusobno neovisna revizorska društva, a što rezultira podnošenjem zajedničkog revizorskog izvješća i subjekti od javnog interesa koji samostalno ili zajedno sa svojim ovisnim društvima, u poslovnoj godini koja prethodi poslovnoj godini na koju se zakonska revizija odnosi, ispunjavaju jedan od sljedećih uvjeta: a) zapošljavaju prosječno više od 5000 radnika tijekom poslovne godine u RH, b) imaju aktivu veću od 5.000.000.000,00 kuna na zadnji dan poslovne godine (čl. 43. st. 2. ZRev). Ako je vladajuće društvo subjekt od javnog interesa iz članka 43. stavak 2. ZRev-a, obveza zakonske revizije s najmanje dva međusobno neovisna revizorska društva odnosi se na godišnja financijska izvješća i godišnja konsolidirana financijska izvješća vladajućeg društva i svih ovisnih društava (čl. 43. st. 3. ZRev). Obveza ugovaranja zakonske revizije s najmanje dva međusobno neovisna revizorska društva ne odnosi se na subjekte od javnog interesa koji su ovisno društvo vladajućeg društva sa sjedištem u drugoj državi članici EU-a ako u ukupnoj konsolidiranoj aktivni vladajućeg društva sudjeluju s manje od 50 % (čl. 43. st. 4. ZRev). Ovdje se radi o trgovačkim društvima od strateškog interesa za RH. U slučaju ugovaranja zakonske revizije s više revizorskih društava, najdulje vrijeme trajanja revizijskog angažmana iznosi sedam uzastopnih godina, uključujući razdoblje početnog angažmana od najmanje godinu dana te se ne može produljiti sukladno članku 17. stavak 4. točka b) Uredbe iz 2014. godine (čl. 43. st. 5. ZRev).<sup>43</sup>

Nakon imenovanja revizorskog društva subjekt revizije sklapa ugovor o reviziji s tim društvom, kojim se uređuju njihova prava i obveze u svezi sa zakonskom revizijom.<sup>44</sup> Revizorsko društvo mora obavijestiti Ministarstvo financija o prvom

42 Tu mogućnost dopušta čl. 16. st. 7. Uredbe iz 2014. godine, o čemu država članica mora obavijestiti Europsku komisiju i njeno relevantno europsko nadzorno tijelo.

43 Uredba iz 2014. godine u čl. 17. st. 4. točki b. određuje da države članice mogu produljiti najdulje vrijeme trajanja revizijskog angažmana određeno nacionalnim propisom na najdulje razdoblje od dvadeset četiri godine, ako je nakon isteka tog najduljeg vremena trajanja revizijskog angažmana određenog nacionalnim propisom istodobno angažirano više od jednog revizorskog društva pod uvjetom da zakonska revizija rezultira podnošenjem zajedničkog revizorskog izvješća.

44 U ime i za račun subjekta revizije taj ugovor sklapa uprava, odnosno izvršni direktori trgovačkog društva, odnosno zastupnici po zakonu toga subjekta.

sklapanju ugovora o reviziji sa subjektom od javnog interesa u tekućoj poslovnoj godini (čl. 40. st. 1. i 2. ZRev). Ugovor se sklapa u pisanom obliku, a mora sadržavati iznos naknade za obavljanje zakonske revizije (čl. 40. st. 3. ZRev). Revizorsko društvo ne smije ugovorene revizorske usluge ustupati drugim revizorskim društvima (čl. 40. st. 4. ZRev). Time se osigurava da zakonsku reviziju u subjektu revizije provodi ono revizorsko društvo koje je i imenovao subjekt revizije te koje ispunjava propisane uvjete. Ugovor o reviziji može se raskinuti u skladu s odredbama Zakona o obveznim odnosima (čl. 40. st. 5. ZRev).<sup>45</sup> U slučaju raskida ugovora o reviziji revizorsko društvo mora o tomu obavijestiti Ministarstvo financija u roku od 15 dana od datuma raskida te detaljno obrazložiti razloge koji su doveli do raskida ugovora. Nakon primljene obavijesti Ministarstvo financija može odlučiti o provedbi postupka nadzora nad revizorskim društvom (čl. 40. st. 6. ZRev).

#### **4.2. Zabrana pružanja nerevizorskih usluga revizorskog društva subjektu revizije**

Revizorsko društvo može, osim revizorskih usluga,<sup>46</sup> kao svoju djelatnost obavljati i određene nerevizorske usluge (čl. 44. st. 1. ZRev).<sup>47</sup> Radi osiguranja neovisnosti i objektivnosti revizorskog društva u obavljanju zakonske revizije, Uredba iz 2014. godine je u članku 5. odredila zabranu pružanja određenih nerevizorskih usluga subjektu revizije od strane imenovanog revizorskog društva. Tako revizorsko društvo ne može obavljati zakonsku reviziju u istom subjektu revizije (pravnoj osobi) za istu poslovnu godinu, ako mu pruža sljedeće nerevizorske usluge: a) usluge iz područja financija i računovodstva, b) davanje poreznih savjeta te ostala poslovna savjetovanja, c) procjenjivanje vrijednosti društva, imovine i obveza, d) usluge sudskog vještačenja te e) usluge iz područja odgovornosti posloводства. Zabrana obavljanja zakonske revizije odnosi se na subjekt revizije i sva povezana društva subjekta revizije, kao i na revizorsko društvo i sva povezana društva revizorskog društva (čl. 44. st. 2. ZRev).

Iznimno se ta zabrana obavljanja zakonske revizije ne odnosi na povezana društva subjekta revizije kao i na povezana društva revizorskog društva, pod uvjetom da je revizorsko društvo poduzelo sve mjere osiguranja kako obavljanje nerevizorskih usluga iz članka 44. stavak 2. ZRev-a ne bi utjecalo na neovisnost

45 Razlike u mišljenjima, koje se odnose na područja računovodstva i revizije, predstavnika subjekta revizije i revizorskog društva ne mogu biti opravdana osnova za raskid ugovora. Odredbe čl. 40. st. 1. do 5. ZRev-a na odgovarajući se način primjenjuju i na druge ugovore o obavljanju revizorskih usluga (čl. 40. st. 7. ZRev).

46 Revizorske usluge su zakonska revizija, druge revizije financijskih izvješća, uvid u financijska izvješća, ostali revizijski angažmani s izražavanjem uvjerenja te usluge povezane s revizijom financijskih izvješća, kao i drugi poslovi čije je obavljanje povjereno revizorskim društvima posebnim propisom (čl. 4. t. 1. ZRev).

47 To su nerevizorske usluge iz sljedećih područja: a) financija i računovodstva, b) financijskih analiza i kontrola, uključujući i dubinska snimanja (*due diligence*), c) usluge davanja poreznih savjeta na način određen posebnim propisima, d) ostalog poslovnog savjetovanja, e) procjenjivanja vrijednosti društava, imovine i obveza, f) sudskog vještačenja, g) izrade i ekonomske ocjene investicijskih projekata, h) održavanja stručnih seminara i edukacije te i) izdavanja stručnih radova.



obavljanja zakonske revizije. Zabrana obavljanja zakonske revizije ne odnosi se na obavljanje sljedećih nerevizorskih usluga: a) porezne usluge povezane s pripremom poreznih obrazaca, b) porezne usluge povezane s pronalaženjem javnih subvencija i poreznih olakšica, osim ako je u pogledu takvih usluga zakonom propisana pomoć ovlaštenog revizora ili revizorskog društva, c) porezne usluge povezane s pomoći u svezi s poreznim inspekcijama poreznih tijela, osim ako je u pogledu takvih inspekcija zakonom propisana pomoć ovlaštenog revizora ili revizorskog društva, d) porezne usluge povezane s izračunom izravnog i neizravnog poreza te odgođenog poreza te e) porezne usluge povezane s poreznim savjetovanjem na način kako je uređeno posebnim propisima. Pritom te dopuštene nerevizorske usluge ne smiju imati izravni utjecaj ili imaju neznatan utjecaj, odvojeno ili u ukupnom iznosu, na financijska izvješća koji su predmet revizije i ako ovlašteni revizor ili revizorsko društvo poštuju načela neovisnosti u skladu s ZRev-om (čl. 44. st. 3. ZRev). Time je hrvatski zakonodavac primijenio opciju iz članka 5. stavak 3. Uredbe iz 2014. godine, koja dopušta državama članicama predvidjeti mogućnost pružanja određenih zabranjenih nerevizorskih usluga subjektu revizije od strane revizorskog društva koje u njemu obavlja zakonsku reviziju.

Podatke o obavljanju navedenih nerevizorskih usluga, kao i njihov utjecaj na neovisnost i poduzete mjere osiguranja radi očuvanja neovisnosti obavljanja zakonske revizije, revizorska društva moraju iskazati u izjavi koja se odnosi na neovisnost rada revizorskog društva. Ta je izjava u slučaju revizorskog društva koje obavlja zakonsku reviziju subjekata od javnog interesa dio izvješća o transparentnosti iz članka 59. ZRev-a (čl. 44. st. 4. ZRev).

Kada revizorsko društvo obavlja zakonsku reviziju u subjektima od javnog interesa, ZRev upućuje na izravnu primjenu odredbi članka 5. Uredbe iz 2014. godine. To znači da revizorsko društvo koje obavlja zakonsku reviziju u subjektima od javnog interesa i svi članovi mreže kojoj revizorsko društvo pripada ne smiju pružati izravno ili neizravno subjektu revizije, njegovu vladajućem društvu ili društvima pod njegovom kontrolom u EU-u nerevizorske usluge u skladu s člankom 5. stavak 1. Uredbe iz 2014. godine (čl. 44. st. 5. ZRev).<sup>48</sup> Zabrana obavljanja tih nerevizorskih usluga odnosi se na: a) razdoblje između početka razdoblja koje je predmet revizije i izdavanja revizorskog izvješća i b) poslovnu godinu koja prethodi navedenom razdoblju u svezi s uslugama osmišljavanja i provedbe postupaka unutarnje kontrole ili upravljanja rizikom povezanih s pripremom i/ili nadzorom financijskih informacija

48 To su: a) određene porezne usluge, b) usluge koje uključuju bilo kakvu ulogu u upravljanju ili donošenju odluka u subjektu revizije, c) knjigovodstvene usluge te sastavljanje računovodstvenih evidencija i financijskih izvješća, d) usluge obračuna plaća, e) osmišljavanje i provedba postupaka unutarnje kontrole ili upravljanja rizikom povezanih s pripremom i/ili nadzorom financijskih informacija ili osmišljavanje i provedba tehnoloških sustava za financijske informacije, f) usluge procjene vrijednosti, uključujući procjene vrijednosti povezane s aktuarskim uslugama ili pomoćnim uslugama u sudskim sporovima, g) određene pravne usluge, h) usluge u svezi s funkcijom unutarnje revizije subjekta revizije, i) usluge povezane s financiranjem, strukturom i dodjelom kapitala te investicijskom strategijom subjekta revizije, osim pružanja usluga u vezi s financijskim izvješćima, poput izdavanje pisama podrške u svezi s prospektima koje je izdao subjekt revizije, j) promicanje dionica, trgovanje dionicama ili preuzimanje izdanja dionica subjekta revizije te k) određene usluge ljudskih resursa.

ili osmišljavanja i provedbe tehnoloških sustava za financijske informacije (čl. 44. st. 6. ZRev).

Iznimno od članku 44. stavak 5. ZRev-a, revizorsko društvo može obavljati nerevizorske usluge koje se odnose na određene porezne usluge<sup>49</sup> revidiranom subjektu od javnog interesa, na način kako je uređeno posebnim propisima i ako su ispunjeni sljedeći zahtjevi: a) te usluge nemaju izravan utjecaj ili imaju neznatan utjecaj, odvojeno ili u ukupnom iznosu, na financijska izvješća koja su predmet revizije, b) procjena utjecaja na financijska izvješća koja su predmet revizije je sveobuhvatno dokumentirana i objašnjena u dodatnom izvješću revizijskom odboru iz članka 67. ZRev-a i c) ovlašteni revizor ili revizorsko društvo poštuje načela neovisnosti iz ZRev-a (čl. 44. st. 7. ZRev). U tomu je slučaju za pružanje tih nerevizorskih usluga potrebno pribaviti odobrenje revizijskog odbora subjekta od javnog interesa, nakon što taj odbor na odgovarajući način procijeni postoje li prijetnje neovisnosti i jesu li primijenjeni zaštitni mehanizmi u skladu s člankom 52. ZRev-a (čl. 44. st. 10. ZRev).

Iznimno od članka 44. stavak 5. do 7. ZRev-a, revizorsko društvo i svaki član mreže kojoj revizorsko društvo pripada, a koji obavljaju zakonsku reviziju kreditne institucije i subjekta od javnog interesa za čiji je nadzor poslovanja ovlaštena HANFA, smiju pružati nerevizorske usluge na način kako je propisano Zakonom o kreditnim institucijama, odnosno zakonom kojim se propisuje poslovanje subjekta od javnog interesa za čiji je nadzor poslovanja ovlaštena HANFA (čl. 44. st. 8. ZRev).

Revizorsko društvo mora u radnoj dokumentaciji koja potkrepljuje revizorsko mišljenje navesti sve informacije koje bi mogle utjecati na neovisnost obavljanja revizorskih usluga za koje Međunarodni revizijski standardi zahtijevaju neovisnost, kao i poduzete mjere osiguranja za ublažavanje utjecaja na neovisnost obavljanja revizorskih usluga (čl. 44. st. 9. ZRev).

### ***4.3. Profesionalna etika i skeptičnost te neovisnost i objektivnost zakonskog revizora u odnosu na subjekta revizije***

Revizorsko društvo i ovlašteni revizor moraju djelovati u skladu s temeljnim načelima profesionalne etike o integritetu, objektivnosti, profesionalnoj kompetentnosti i dužnoj pozornosti (čl. 47. st. 1. ZRev).

Zakon o reviziji uvodi primjenu standarda profesionalne skeptičnosti u obavljanju revizorskih usluga. Time se jača neovisnost i objektivnost revizorskog društva, ovlaštenog revizora<sup>50</sup> i drugih osoba<sup>51</sup> tijekom obavljanja revizorskih usluga.

49 Vidi čl. 44. st. 3. ZRev-a i čl. 5. st. 3. Uredbe iz 2014. godine. Pritom su izostavljene nerevizorske usluge koje se odnose na procjene vrijednosti, uključujući procjene vrijednosti povezane s aktuarskim uslugama ili pomoćnim uslugama u sudskim sporovima.

50 Ovlašteni revizor je fizička osoba koja ima odobrenje za rad koje je izdalo Ministarstvo financija sukladno ZRev-u, a koji mora biti zaposlen u revizorskom društvu. On ne može sklopiti ugovor o radu niti smije za svoj ili tuđi račun na bilo koji drugi način obavljati revizorske usluge s drugim revizorskim društvom (čl. 5. st. 3. ZRev).

51 U obavljanju pojedinih revizorskih usluga u revizorskom društvu mogu sudjelovati i osobe koje nisu ovlašteni revizori ako njihov rad planira i nadzire glavni revizijski partner (čl. 5. st. 5. ZRev).

Oni moraju tijekom obavljanja revizorskih usluga zadržati profesionalnu skeptičnost te moraju biti svjesni mogućnosti postojanja bitno pogrešnog prikazivanja zbog činjenica ili ponašanja koja upućuju na nepravilnosti, uključujući prijevaru ili pogreške, neovisno o proteklom iskustvu revizorskog društva i ovlaštenog revizora o iskrenosti i integritetu članova uprave ili upravnog odbora subjekta revizije (čl. 47. st. 2. ZRev). Profesionalne skeptičnosti osobito se moraju pridržavati pri provjeravanju procjena upravljačkih struktura u vezi s fer vrijednostima, umanjenjem imovine, rezerviranjima i budućim tokom novca relevantnima za sposobnost subjekta za vremenski neograničeno poslovanje (čl. 47. st. 3. ZRev).

Posebna se pozornost posvećuje neovisnosti revizorskih društava i ovlaštenih revizora, koja se proširuje i na druge osobe koje sudjeluju u pružanju revizorskih usluga ili mogu utjecati na rezultate revizorskih usluga. Tako revizorsko društvo, ovlašteni revizor, glavni revizijski partner i svaka osoba koja može izravno ili neizravno utjecati na rezultat revizorskih usluga moraju tijekom razdoblja koje obuhvaćaju financijska izvješća koja su predmet zakonske revizije i tijekom obavljanja revizorskih usluga biti neovisni u odnosu na subjekta revizije te ne smiju sudjelovati u donošenju odluka subjekta revizije (čl. 48. st. 1. ZRev).

Revizorsko društvo i ovlašteni revizor moraju poduzimati sve potrebne mjere kako bi osigurali da pri obavljanju revizorskih usluga na njihovu neovisnost ne utječe ni jedan postojeći ili mogući sukob interesa ili poslovni odnos ili drugi izravni ili neizravni odnosi u koje su uključeni revizorsko društvo i ovlašteni revizor koji obavljaju revizorske usluge te, ako je primjenjivo, njihova mreža, upravljanje, ovlašteni revizori, radnici i druge fizičke osobe čije su usluge stavljene na raspolaganje ili ih nadzire revizorsko društvo ili bilo koja osoba izravno ili neizravno povezana s revizorskim društvom i ovlaštenim revizorom (čl. 48. st. 2. ZRev).

Neovisnost u odnosu na subjekta revizije neće postojati te revizorsko društvo i ovlašteni revizor ne mogu obaviti revizorsku uslugu ako postoji prijetnja samopregleda, koristljublja, zagovaranja, rodbinske povezanosti ili zastrašivanja koja proizlazi iz financijskih, osobnih, poslovnih odnosa, odnosa u svezi sa zaposlenjem ili drugih odnosa između revizorskog društva i ovlaštenog revizora, njegove mreže i bilo koje fizičke osobe koji mogu utjecati na rezultat zakonske revizije i subjekta revizije, a zbog koje bi objektivna, razumna i informirana treća osoba, uzimajući u obzir primijenjene zaštitne mehanizme, zaključila da je ugrožena neovisnost revizorskog društva ili ovlaštenog revizora (čl. 48. st. 3. ZRev).<sup>52</sup>

U članku 49. ZRev-a određuju se okolnosti koje predstavljaju prijetnju neovisnosti ovlaštenog revizora, revizorskog društva i drugih osoba u odnosu na subjekta revizije te obveza poduzimanja mjera potrebnih za njihovo uklanjanje te usvajanja zaštitnih mehanizama za sprječavanje pojave tih okolnosti od strane revizorskog društva. Revizorsko društvo, ovlašteni revizor, glavni revizijski partneri, drugi radnici revizorskog društva i bilo koja druga fizička osoba čije su usluge stavljene na raspolaganje ili koju nadzire to revizorsko društvo, a koja je izravno uključena

52 Iznimno revizorsko društvo ne mora osigurati neovisnost ako obavlja povezane revizorske usluge koje se odnose na dogovorene postupke ili kompilaciju, pri čemu mora u svojem izvješću o tim obavljenim uslugama navesti tu činjenicu (čl. 48. st. 4. ZRev).

u obavljanje revizorske usluge, te osobe koje su usko povezane s njima u skladu s propisom o zlouporabi tržišta, ne smiju ostvarivati i imati materijalne i izravne koristi, niti smiju biti uključeni u transakciju u svezi s bilo kojim financijskim instrumentom koji je izdao, za koji jamči ili koji na drugi način podržava bilo koji subjekt revizije, u okviru njihova opsega obavljanja revizorske usluge, osim interesa koje neizravno ostvaruju putem diverzificiranih subjekata za zajednička ulaganja (UCITS fondovi), uključujući upravljane fondove poput mirovinskih fondova ili životno osiguranje (čl. 49. st. 1. ZRev).

Te osobe ne smiju sudjelovati u obavljanju ili na neki drugi način utjecati na rezultate revizorske usluge bilo kojeg subjekta revizije ako: a) imaju financijske instrumente subjekta revizije, osim interesa koji se neizravno ostvaruju putem diverzificiranih subjekata za zajednička ulaganja (UCITS fondovi), b) imaju financijske instrumente bilo kojeg subjekta povezanog s subjektom revizije, što može uzrokovati ili se može općenito smatrati uzrokom sukoba interesa, osim interesa koji se neizravno ostvaruju putem diverzificiranih subjekata za zajednička ulaganja (UCITS fondovi) te c) su bile zaposlene u subjektu revizije ili su imale poslovne ili druge odnose s tim subjektom tijekom razdoblja koje obuhvaćaju financijska izvješća koja su predmet zakonske revizije i za vrijeme obavljanja revizorskih usluga, a koji mogu prouzročiti ili se za njih općenito može smatrati uzrokom sukoba interesa (čl. 49. st. 2. ZRev). One ne smiju tražiti ili primati novčane i nenovčane darove ili usluge od subjekta revizije ili bilo kojeg subjekta koji je povezan sa subjektom revizije, osim ako bi objektivna, razumna i informirana treća osoba zaključila da je njihova vrijednost zanemariva ili beznačajna (čl. 49. st. 3. ZRev).

Ako je subjekt revizije tijekom razdoblja na koje se odnose financijska izvješća preuzeo drugi subjekt ili se spojio s drugim subjektom ili je pripojio drugi subjekt ili je drugi subjekt preuzeo ili pripojio subjekt revizije, revizorsko društvo mora otkriti i ocijeniti bilo koje postojeće ili nedavne interese ili odnose, uključujući nerevizorske usluge pružene tom subjektu koje bi, uzimajući u obzir dostupne zaštitne mehanizme, mogle ugroziti neovisnost ili sposobnost ovlaštenog revizora ili revizorskog društva za nastavak obavljanja revizorskih usluga nakon što preuzimanje, spajanje ili pripajanje počne proizvoditi pravne učinke (čl. 49. st. 4. ZRev).<sup>53</sup> U tom slučaju ovlašteni revizor i revizorsko društvo moraju što je prije moguće, a najkasnije u roku od tri mjeseca, poduzeti sve mjere koje mogu biti potrebne za uklanjanje svih postojećih interesa ili prestanak odnosa koji bi bili prijetnja njihovoj neovisnosti te moraju, ako je to moguće, usvojiti zaštitne mehanizme kako bi smanjili na najmanju moguću mjeru bilo kakvu prijetnju svojoj neovisnosti koja proizlazi iz prethodnih ili postojećih interesa i odnosa (čl. 49. st. 5. ZRev).

Ovlašteni revizor ili revizorsko društvo moraju u radnoj dokumentaciji dokumentirati sve značajne prijetnje neovisnosti ovlaštenog revizora ili revizorskog društva, kao i zaštitne mehanizme koji su korišteni za njihovo ublažavanje (čl. 49. st. 6. ZRev).

Ako dođe do nastupanja okolnosti iz članka 49. stavak 1. do 4. ZRev-a koje

<sup>53</sup> Preuzimanjem se smatra stjecanje značajnog utjecaja ili kontrole u smislu Zakona o računovodstvu.

moгу biti prijetnja neovisnosti u odnosu na subjekta revizije, ovlašteni revizor, glavni revizijski partneri te druge fizičke osobe koje su izravno uključene u obavljanje revizorske usluge ili su usko povezane s revizorskim društvom moraju o tomu bez odgode izvijestiti revizorsko društvo (čl. 49. st. 7. ZRev).

Zakon o reviziji propisuje i zabranu zapošljavanja ovlaštenih revizora, glavnih revizijskih partnera i drugih osoba u subjektu revizije nakon prestanka obavljanja njihovih dužnosti u svezi sa zakonskom revizijom. Pritom se zabrana zapošljavanja proširuje novim Zakonom o reviziji. Ovlašteni revizor i glavni revizijski partner koji obavljaju zakonsku reviziju u ime revizorskog društva, prije isteka razdoblja od najmanje jedne godine, odnosno u slučaju zakonske revizije subjekata od javnog interesa, prije isteka razdoblja od najmanje dvije godine nakon što su prestali obavljati dužnost ovlaštenog revizora ili glavnog revizijskog partnera u vezi sa zakonskom revizijom, ne smiju: a) prihvatiti položaj člana uprave, nadzornog odbora ili upravnog odbora u subjektu revizije, b) prihvatiti položaj voditelja računovodstvenog i/ili financijskog područja u subjektu revizije te c) ako je to primjenjivo, postati članom revizijskog odbora subjekta revizije ili, ako takav odbor ne postoji, članom organa koji obavlja funkciju koja je jednaka funkciji revizijskog odbora (čl. 50. st. 1. ZRev). Te dužnosti u subjektu revizije ne smiju preuzeti ni radnici i partneri, osim glavnih revizijskih partnera, revizorskog društva koji obavljaju zakonsku reviziju, kao i bilo koja druga fizička osoba čije su usluge stavljene na raspolaganje ili su pod nadzorom revizorskog društva, ako su oni ovlašteni za obavljanje zakonske revizije, prije isteka razdoblja od najmanje jedne godine nakon isteka razdoblja u kojem su bili izravno uključeni u obavljanje zakonske revizije (čl. 50. st. 2. ZRev). Sve te osobe moraju bez odgode izvijestiti revizorsko društvo o nastupanju navedenih okolnosti (čl. 50. st. 3. ZRev).

Članovi, odnosno dioničari revizorskog društva, kao i članovi uprave, upravnog odbora ili nadzornog odbora tog revizorskog društva ili povezanog društva ne smiju utjecati na obavljanje zakonske revizije i izdavanje revizorskog izvješća na bilo koji način kojim bi se ugrozila neovisnost i objektivnost ovlaštenog revizora koji obavlja zakonsku reviziju u ime revizorskog društva (čl. 51. ZRev).

#### ***4.4. Priprema revizorske usluge i procjena prijetnji neovisnosti, unutarnja organizacija revizorskog društva te organizacija revizorskog rada***

Revizorsko društvo i ovlašteni revizor moraju prije prihvaćanja ili nastavljanja obavljanja revizorske usluge procijeniti i dokumentirati: a) ispunjavaju li zahtjeve koji se odnose na njihovu neovisnost u odnosu na subjekta revizije iz čl. 48. i 49. ZRev-a, b) postoje li prijetnje njihovoj neovisnosti i zaštitne mjere koje su primijenjene kako bi se ublažile te prijetnje, c) ima li revizorsko društvo stručne radnike, vrijeme i resurse potrebne za obavljanje revizorske usluge na primjeren način te d) ima li glavni revizijski partner, kojega je imenovalo revizorsko društvo, odobrenje za rad u državi članici EU-a u kojoj se obavlja zakonska revizija (čl. 52. ZRev). Revizorsko društvo koje obavlja zakonsku reviziju u subjektima od javnog interesa mora imati zaposlena

u punom radnom vremenu najmanje tri ovlaštena revizora (čl. 63. ZRev).

Revizorsko društvo mora ispunjavati određene organizacijske zahtjeve koji osiguravaju njegovu neovisnost i objektivnost te kvalitetno obavljanje zakonske revizije. Tako ono mora: a) uspostaviti primjerene politike i postupke kako bi osiguralo da se članovi, odnosno dioničari, kao i članovi uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora revizorskog društva ili povezanog društva ne miješaju u obavljanje revizorskih usluga, čime bi se ugrozila neovisnost i objektivnost ovlaštenog revizora koji obavlja revizorske usluge u ime revizorskog društva, b) raspolagati odgovarajućim administrativnim i računovodstvenim postupcima, mehanizmima unutarnje kontrole kvalitete, djelotvornim postupcima procjene rizika te djelotvornim mjerama nadzora i zaštite sustava za obradu podataka,<sup>54</sup> c) uspostaviti odgovarajuće politike i postupke kako bi osiguralo svojim radnicima i drugim fizičkim osobama čije im se usluge stavljaju na raspolaganje ili su pod njihovim nadzorom i koji su neposredno uključeni u obavljanje revizorskih usluga, posjedovanje primjerenog znanja i iskustva za dužnosti koje su im dodijeljene, d) uspostaviti odgovarajuće politike i postupke kako bi osiguralo da povjeravanje važnih revizorskih funkcija vanjskim izvršiteljima nije provedeno tako da umanju kvalitetu unutarnje kontrole kvalitete revizorskog društva te mogućnost Ministarstva financija nadzirati usklađenost revizorskog društva s odredbama ZRev- i Uredbe iz 2014. godine,<sup>55</sup> e) uspostaviti odgovarajuće i djelotvorne organizacijske i administrativne mehanizme za sprječavanje, utvrđivanje, uklanjanje ili upravljanje prijetnjama njihovoj neovisnosti, f) uspostaviti odgovarajuće politike i postupke za obavljanje revizorskih usluga, usavršavanje, nadgledanje i praćenje aktivnosti radnika te organizaciju strukture revizorskih spisa, g) uspostaviti sustav unutarnje kontrole kvalitete radi osiguravanja kvalitete revizorskih usluga,<sup>56</sup> h) koristiti odgovarajuće sustave, resurse i postupke kako bi osiguralo kontinuitet i pravilnost u obavljanju aktivnosti revizorskih usluga, i) uspostaviti primjerene i djelotvorne organizacijske i administrativne mehanizme za rješavanje i bilježenje incidenata koji imaju ili mogu imati ozbiljne posljedice na integritet njihovih aktivnosti koje se odnose na obavljanje revizorskih usluga, j) uspostaviti odgovarajuće politike primitaka, uključujući podjelu dobiti, koje omogućuju dovoljno poticaja za učinkovito osiguranje kvalitete revizorskih usluga,<sup>57</sup> k) pratiti i ocijeniti prikladnost i učinkovitost svojih sustava, mehanizama unutarnje kontrole kvalitete te postupaka uspostavljenih u skladu sa ZRev-om i Uredbom iz 2014. godine te poduzimati primjerene mjere za otklanjanje eventualnih nedostataka<sup>58</sup> te l) uspostaviti politike, kontrole i postupke

54 Ti mehanizmi unutarnje kontrole kvalitete moraju biti osmišljeni kako bi osigurali usklađenost s odlukama i postupcima na svim razinama revizorskog društva.

55 Povjeravanje revizorskih funkcija vanjskim izvršiteljima ne utječe na obveze revizorskog društva prema subjektu revizije (čl. 53. st. 3. ZRev).

56 Sustav unutarnje kontrole kvalitete obuhvaća najmanje politike i postupke za obavljanje revizorskih usluga, usavršavanje, nadgledanje i praćenje aktivnosti radnika te organizaciju strukture revizorskih spisa. Revizorsko društvo mora odrediti ovlaštenog revizora koji je odgovoran za sustav unutarnje kontrole kvalitete.

57 Iznos prihoda koji revizorsko društvo ostvari od pružanja nerevizorskih usluga subjektu revizije nije predmetom ocjene učinka i isplate primitaka bilo kojoj osobi koja je uključena u obavljanje revizorskih usluga tom subjektu revizije ili koja na nju može utjecati.

58 Revizorsko društvo mora provoditi godišnje ocjenjivanje sustava unutarnje kontrole kvalitete i

za sprječavanje pranja novca i financiranje terorizma (čl. 53. st. 1. ZRev). Navedene se politike i postupci dokumentiraju i priopćuju radnicima revizorskog društva (čl. 53. st. 2. ZRev). Revizorsko društvo mora uzeti u obzir opseg i složenost svojih aktivnosti pri ispunjavanju obveza koje se odnose na organizacijske zahtjeve te dokazati Ministarstvu financija da su politike i postupci, osmišljeni radi ostvarivanja usklađenosti, primjereni u odnosu na opseg i složenost njegovih aktivnosti (čl. 53. st. 4. i 5. ZRev).

Kada se radi o organizaciji revizorskog rada, revizorsko društvo mora za obavljanje revizorskih usluga odrediti najmanje jednoga glavnog revizijskog partnera te mu staviti na raspolaganje dostatne resurse i broj radnika koji posjeduju potrebnu stručnost i vještine kako bi na prikladan način mogli obavljati svoje zadaće (čl. 54. st. 1. ZRev). Glavni je revizijski partner ovlašten revizor koji je glavna odgovorna osoba za obavljanje zakonske revizije ili drugih revizorskih usluga u ime revizorskog društva ili ovlašten revizor koji potpisuje revizorsko izvješće (čl. 4. t. 22. ZRev).<sup>59</sup> Pri izboru glavnog revizijskog partnera revizorsko se društvo rukovodi kriterijima osiguravanja kvalitete revizorske usluge, neovisnosti te stručnosti (čl. 54. st. 2. ZRev). On aktivno sudjeluje u obavljanju revizorskih usluga (čl. 54. st. 3. ZRev). Pri obavljanju revizorskih usluga ovlašten revizor mora posvetiti dostatno vremena svom angažmanu te osigurati dovoljno resursa kako bi na primjeren način mogao obavljati svoje zadaće (čl. 54. st. 4. ZRev). Ako revizorsko društvo traži savjet vanjskih stručnjaka, mora dokumentirati taj zahtjev i primljeni savjet (čl. 54. st. 6. ZRev).

Revizorsko društvo mora voditi evidenciju o svakom kršenju odredaba ZRev-a i Uredbe iz 2014. godine. U njoj se navode sve posljedice takvog kršenja, uključujući poduzete mjere radi rješavanja tih kršenja te mjere poduzete radi izmjene sustava unutarnje kontrole kvalitete revizorskog društva. Revizorsko društvo mora izraditi godišnje izvješće koje sadrži pregled svih poduzetih mjera te se ono priopćuje radnicima (čl. 54. st. 5. ZRev). Ono mora voditi i evidenciju klijenata (čl. 54. st. 7. ZRev)<sup>60</sup> te evidenciju svih pisanih žalbi u svezi s obavljanjem revizorskih usluga (čl. 54. st. 10. ZRev).

Revizorsko društvo mora otvoriti revizorski spis za svaku revizorsku uslugu u kojem mora dokumentirati podatke pripremljene u skladu s člankom 52. ZRev-a i člankom 6. do 8. Uredbe iz 2014. godine te zadržati sve druge podatke i dokumente koji su važni za revizorsko izvješće iz članka 58. ZRev-a te članaka 10. i 11. Uredbe iz 2014. godine, kao i za praćenje usklađenosti sa ZRev-om i drugim propisima (čl. 54. st. 8. ZRev).<sup>61</sup>

---

voditi evidenciju nalaza dobivenih tim ocjenjivanjem, kao i mjera predloženih za izmjenu toga sustava.

59 U slučaju revizije grupe, to je najmanje onaj ovlašten revizor koji je glavna odgovorna osoba za obavljanje zakonske revizije ili drugih revizorskih usluga na razini grupe te ovlašten revizor koji je određen kao glavna odgovorna osoba na razini značajnih ovisnih društava.

60 U njoj se za svakog klijenta navode njegova tvrtka i sjedište ili ime i prezime te adresa, ime i prezime glavnog revizijskog partnera te naknade obračunate za usluge zakonske revizije, ostale revizorske usluge i druge usluge u bilo kojoj poslovnoj godini.

61 Revizorski spis zatvara se najkasnije u roku od 60 dana od datuma potpisivanja revizorskog izvješća iz čl. 58. ZRev-a i čl. 10. Uredbe iz 2014. godine (čl. 54. st. 9. ZRev).

Revizorsko društvo mora kao revizorsku tajnu čuvati sve podatke koje je saznalo obavljajući revizorske usluge (čl. 57. st. 1. ZRev).<sup>62</sup> Obvezom čuvanja revizorske tajne vezani su članovi uprave i nadzornog odbora, odnosno izvršni direktori i članovi upravnog odbora revizorskog društva, kao i osobe koje rade ili su radile u revizorskom društvu i kojima jesu ili su bili na bilo koji način dostupni podatci obuhvaćeni revizorskom tajnom. Oni se tim podatcima ne smiju koristiti za svoj račun niti ih priopćiti trećim osobama ili im omogućiti da se njima koriste (čl. 57. st. 3. ZRev). U određenim slučajevima dopušteno je priopćavanje tih podataka (čl. 57. st. 4. ZRev).<sup>63</sup> Time se štiti povjerljivost između revizorskog društva i subjekta revizije te se štite njegovi podatci, a koje su članovi upravnih i nadzornih organa te radnici revizorskog društva saznali obavljajući revizorske usluge.

Što se tiče opsega revizije godišnjih financijskih izvješća i godišnjih konsolidiranih financijskih izvješća, ono ne obuhvaća izražavanje uvjerenja o budućoj održivosti subjekt. a revizije ili učinkovitosti članova uprave ili upravnog odbora pri dotadašnjem ili budućem vođenju poslova subjekta (čl. 55. ZRev).

#### **4.5. Revizijski odbor**

Subjekti od javnog interesa moraju imati revizijski odbor. Novi Zakon o reviziji proširuje ovlasti revizijskog odbora i jača njegovu ulogu u svezi sa zakonskom revizijom te detaljno uređuje njegov sastav. Također se uvodi obveza revizorskog društva sastaviti dodatno izvješće koje podnosi revizijskom odboru te nadzornom, odnosno upravnom odboru subjekta revizije.

Subjekt od javnog interesa mora imati revizijski odbor koji može biti samostalno tijelo ili pomoćno tijelo nadzornog, odnosno upravnog odbora subjekta revizije (čl. 65. st. 1. ZRev).<sup>64</sup> Revizijski je odbor samostalan u svom radu (čl. 65. st. 9. ZRev).

Članovi revizijskog odbora imenuju se iz redova članova nadzornog odbora ili

62 Revizorska tajna smatra se poslovnom tajnom revizorskog društva. Ona se čuva u skladu sa Zakonom o zaštiti tajnosti podataka (Narodne novine, br. 108/96, 79/07), osim ako ZRev-om nije određeno drukčije (čl. 57. st. 2. ZRev). Ako se tijekom obavljanja revizorskih usluga revizorsko društvo treba koristiti dokumentacijom, podatcima i informacijama koji su klasificirani odgovarajućim stupnjem tajnosti, moraju se primijeniti odredbe Zakona o tajnosti podataka (Narodne novine, br. 79/07, 86/12) i Zakona o informacijskoj sigurnosti (Narodne novine, br. 79/07) (čl. 57. st. 5. ZRev).

63 Tako se ne smatra povredom obveze čuvanja revizorske tajne ako se: a) podatci priopćavaju trećim osobama uz prethodnu pisanu suglasnost klijenta, b) podatci priopćavaju Ministarstvu financija radi provedbe nadzora, odnosno drugih postupaka u okvirima njegove nadležnosti, c) podatci priopćavaju drugom revizorskom društvu u svrhu obavljanja revizije godišnjih konsolidiranih financijskih izvješća u skladu sa ZRev-om, d) podatci priopćavaju sudu na njegov pisani zahtjev u kaznenom postupku ili postupku koji mu prethodi, u skladu sa Zakonom o kaznenom postupku, e) podatci priopćavaju nadležnom tijelu u skladu sa zakonom kojim se uređuje sprječavanje pranja novca i financiranje terorizma, f) ako je to propisano drugim zakonom ili pravno obvezujućim aktima EU-a te g) podatci priopćavaju tijelima ovlaštenim za nadzor poslovanja subjekata od javnog interesa, u okvirima njihove nadležnosti.

64 Revizijski odbor ne moraju imati otvoreni investicijski fondovi s javnom ponudom (UCITS fondovi) i alternativni investicijski fondovi (čl. 65. st. 10. ZRev).



neizvršnih članova upravnog odbora i/ili drugih članova koje je imenovala glavna skupština dioničara subjekta revizije ili članovi, odnosno skupština drugog subjekta revizije (čl. 65. st. 2. ZRev). Revizijski odbor mora imati najmanje tri člana (čl. 65. st. 3. ZRev).

Što se tiče uvjeta za imenovanje članova revizijskog odbora, najmanje jedan njegov član mora biti stručan u području računovodstva i/ili revizije, a svi članovi revizijskog odbora moraju imati znanje o sektoru u kojem posluje subjekt revizije (čl. 65. st. 4. i 5. ZRev). Većina članova revizijskog odbora mora biti neovisna u odnosu na subjekt revizije. Osoba se smatra neovisnom ako nema bilo kakav poslovni, financijski, obiteljski ili drugi bliski odnos sa subjektom revizije, njegovim većinskim dioničarom ili upravom ili ako ne postoje druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovu neovisnost (čl. 65. st. 6. ZRev). Taj se zahtjev za neovisnošću ne primjenjuje, ako su svi članovi revizijskog odbora članovi nadzornog odbora ili neizvršni članovi upravnog odbora subjekta revizije (čl. 65. st. 7. ZRev).

Predsjednika revizijskog odbora imenuje nadzorni, odnosno upravni odbor ili ga biraju članovi revizijskog odbora. On mora biti neovisan u odnosu na subjekt revizije (čl. 65. st. 8. ZRev).<sup>65</sup>

Bez obzira na ovlasti članova nadzornog odbora, odnosno neizvršnih članova upravnog odbora i/ili drugih članova koje je imenovala glavna skupština dioničara subjekta revizije ili članovi, odnosno skupština drugog subjekta revizije, revizijski odbor ima, uz ovlasti propisane Uredbom iz 2014. godine, i sljedeće zadaće: a) izvješćuje nadzorni odbor ili neizvršne članove upravnog odbora o ishodu zakonske revizije te objašnjava na koji je način zakonska revizija pridonijela integritetu financijskog izvještavanja i objašnjava ulogu revizijskog odbora u tom postupku, b) prati postupak financijskog izvještavanja i dostavlja preporuke ili prijedloge za osiguravanje njegovog integriteta, c) u pogledu financijskog izvještavanja prati djelotvornost sustava unutarnje kontrole kvalitete i sustava upravljanja rizicima te unutarnju reviziju, bez kršenja svoje neovisnosti, d) prati obavljanje zakonske revizije godišnjih financijskih izvješća i godišnjih konsolidiranih financijskih izvješća, uzimajući u obzir sve nalaze i zaključke Ministarstva financija pri inspekciji provjere osiguranja kvalitete ovlaštenih revizora i revizorskog društva koji obavljaju zakonsku reviziju, e) ispituje i prati neovisnost revizorskog društva u skladu s odgovarajućim člancima ZRev-a te člankom 6. Uredbe iz 2014. godine (priprema zakonske revizije i procjena prijetnji neovisnosti), a posebno prikladnost pružanja dopuštenih nerevizorskih usluga u skladu sa ZRev-om i Uredbom iz 2014. godine koje podliježu prethodnom odobrenju revizijskog odbora te f) je odgovoran za postupak izbora revizorskog društva i predlaže imenovanje revizorskog društva u skladu s člankom 16. Uredbe iz 2014. godine (čl. 66. ZRev).

Revizorsko društvo koje obavlja zakonsku reviziju subjekta od javnog interesa mora dostaviti dodatno izvješće revizijskom odboru te nadzornom, odnosno upravnom odboru subjekta revizije u skladu s člankom 11. Uredbe iz 2014. godine (čl. 67. ZRev).

<sup>65</sup> Na njegovu se neovisnost primjenjuju odredbe čl. 65. st. 6. i 7. ZRev-a. Subjekti od javnog interesa moraju najkasnije u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu ZRev-a uskladiti revizijski odbor sa zahtjevima iz čl. 65. ZRev-a (čl. 123. st. 5. ZRev).

To se izvješće dostavlja najkasnije do datuma podnošenja revizorskog izvješća te mora biti u pisanom obliku s propisanim sadržajem. Na temelju tog izvješća analizira se kvaliteta obavljene zakonske revizije u revizijskom odboru te nadzornom, odnosno upravnom odboru subjekta revizije. Dodatno izvješće objašnjava rezultate provedene zakonske revizije te njezin tijek, a osobito ukazuje na nedostatke u sustavu unutarnjeg financijskog nadzora te sustavu računovodstva subjekta revizije. Revizorsko društvo mora bez odgode učiniti dostupnim to izvješće i Ministarstvu financija na njegov zahtjev.

#### ***4.6. Izvješće o transparentnosti***

Revizorsko društvo koje obavlja zakonsku reviziju u subjektu od javnog interesa mora objaviti izvješće o transparentnosti sukladno članku 13. Uredbe iz 2014. godine (čl. 59. st. 1. ZRev). Ono mora objaviti godišnje izvješće o transparentnosti najkasnije četiri mjeseca od kraja svake poslovne godine na svojoj mrežnoj stranici te ono ostaje na tom mrežnom mjestu najmanje pet godina od datuma objave na mrežnoj stranici. Objavljeno godišnje izvješće o transparentnosti revizorsko društvo može ažurirati. Pritom se mora navesti da je to ažurirana verzija izvješća, dok izvorna verzija izvješća ostaje dostupna na mrežnoj stranici. Revizorsko društvo mora obavijestiti Ministarstvo financija da je to izvješće objavljeno na mrežnoj stranici društva ili da je ažurirano. Uredba određuje minimalni sadržaj izvješća te ga mora potpisati revizorsko društvo. Iznimno revizorsko društvo može odlučiti ne objaviti popis subjekata od javnog interesa za koje je ono obavilo zakonske revizije tijekom prethodne poslovne godine, ako je to nužno za ublažavanje neposrednih i značajnih prijetnji osobnoj sigurnosti bilo koje osobe. Ono tada mora bez odgode izvijestiti Ministarstvo financija o primjeni te iznimke te na društvo pada teret dokaza postojanja takve prijetnje (čl. 59. st. 2. ZRev).

#### ***4.7. Naknada za obavljenu zakonsku reviziju***

Iznos naknade za obavljanje zakonske revizije ne smije biti uvjetovan te ne smije ovisiti niti biti povezan s pružanjem dodatnih nerevizorskih usluga subjektu revizije (čl. 62. st. 1. ZRev).

Kada se radi o naknadi za obavljanje zakonske revizije te pružanje dopuštenih nerevizorskih usluga koja se isplaćuje revizorskom društvu koje obavlja zakonsku reviziju u subjektima od javnog interesa, Uredba iz 2014. godine u članku 4. propisuje ograničenja njezinog iznosa (čl. 62. st. 2. ZRev). I ovdje se traži da naknade za pružanje usluga zakonske revizije subjektima od javnog interesa nisu uvjetovane. Uvjetovane naknade znače naknade za revizijske angažmane koje su izračunate na prethodno utvrđenoj osnovi povezanoj s ishodom ili rezultatom transakcije ili rezultatom izvršenog posla. Naknade se ne smatraju uvjetovanim ako ih je utvrdio sud ili Ministarstvo financija (čl. 4. st. 1. Uredbe iz 2014. godine).

Ako revizorsko društvo subjektu revizije, njegovom vladajućem društvu ili društvima pod njegovom kontrolom (ovisnim društvima), tijekom razdoblja od tri ili više uzastopnih poslovnih godina, pruža dopuštene nerevizorske usluge, tada ukupni

iznos naknada za takve usluge ne smije prelaziti 70 % prosječnog iznosa naknada plaćenih u posljednje tri uzastopne poslovne godine za usluge zakonske revizije subjekta revizije i, ako je to primjenjivo, njegova vladajućeg društva, društava pod njegovom kontrolom te konsolidiranih financijskih izvješća te skupine poduzetnika (čl. 4. st. 2. Uredbe iz 2014. godine). Ministarstvo financija može na zahtjev revizorskog društva iznimno dopustiti da ono bude izuzeto od toga ograničenja s obzirom na subjekt revizije kojemu pruža uslugu zakonske revizije na razdoblje koje ne prelazi dvije poslovne godine. Time se ograničava iznos naknade za dopuštene nerevizorske usluge koje revizorsko društvo pruža subjektu od javnog interesa te se čini ovisnim o iznosu naknade za usluge zakonske revizije koje je društvo pružilo subjektu.

Ako su u svakoj od zadnje tri uzastopne poslovne godine ukupne naknade primljene od subjekta od javnog interesa više od 15 % ukupnih naknada koje su primili revizorsko društvo ili revizor grupe koji obavljaju zakonsku reviziju u svakoj od tih poslovnih godina, takvo revizorsko društvo ili revizor grupe o toj činjenici moraju obavijestiti revizijski odbor subjekta revizije te s njime raspraviti prijetnje njihovoj neovisnosti i zaštitne mehanizme koji se primjenjuju za ublažavanje tih prijetnji. Revizijski odbor tada razmatra bi li revizijski angažman trebao biti podvrgnut provjeri kontrole kvalitete angažmana od strane drugog ovlaštenog revizora ili revizorskog društva prije izdavanja revizorskog izvješća. Ako naknade primljene od tog subjekta od javnog interesa nastave premašivati 15 % ukupnih primljenih naknada revizorskog društva ili revizora grupe koji obavljaju zakonsku reviziju, revizijski odbor na temelju objektivnih razloga može donijeti odluku hoće li revizorsko društvo ili revizor grupe, toga subjekta ili skupine subjekata nastaviti obavljati zakonsku reviziju u dodatnom razdoblju, koje ne smije biti dulje od dvije godine (čl. 4. st. 3. ZRev). U tim slučajevima revizijski odbor subjekta od javnog interesa analizira utjecaj ukupnih naknada isplaćenih revizorskom društvu ili revizoru grupe na njihovu neovisnost u odnosu na subjekta revizije te poduzima potrebne mjere za otklanjanje prijetnji njihovoj neovisnosti.

#### ***4.8. Unutarnja provjera kontrole kvalitete revizijskog angažmana u revizorskom društvu***

Jedan od općih organizacijskih zahtjeva koji se postavlja pred revizorska društva je uspostava sustava unutarnje kontrole kvalitete rada društva radi osiguravanja odgovarajuće kvalitete revizorskih usluga. To je osobito važno ako se radi o obavljanju zakonske revizije u subjektima od javnog interesa u svakom pojedinačnom slučaju. Stoga Uredba iz 2014. godine u članku 8. detaljno uređuje postupak provjere kontrole kvalitete revizijskog angažmana unutar revizorskog društva prije izdavanja revizorskog izvješća te dodatnog izvješća koje se dostavlja revizijskom odboru subjekta od javnog interesa u kojem je zakonska revizija bila obavljena. Svrha je te provjere ocjena jesu li ovlašteni revizor ili glavni revizijski partner mogli razumno doći do mišljenja i zaključaka u nacrtima tih izvješća (čl. 8. st. 1. Uredbe iz 2014. godine).

Provjeru provodi nadzornik kontrole kvalitete angažmana kojega određuje

revizorsko društvo. Nadzornik je ovlaštenu revizor zaposlen u revizorskom društvu, a koji nije bio uključen u provedbu zakonske revizije na koju se odnosi provjera (čl. 8. st. 2. Uredbe iz 2014. godine). Ako je zakonsku reviziju obavljalo revizorsko društvo i ako su svi njegovi ovlaštenu revizori bili uključeni u nju ili ako zakonsku reviziju obavlja ovlaštenu revizor, a ovlaštenu revizor nije partner u revizorskom društvu ili njegov radnik (samostalni revizor), ovlaštenu revizor ili revizorsko društvo moraju organizirati da provjeru provede neki drugi ovlaštenu revizor (vanjski nadzornik) (čl. 8. st. 3. Uredbe iz 2014. godine).<sup>66</sup>

Provjerom nadzornik ocjenjuje barem sljedeće elemente: a) neovisnost ovlaštenog revizora ili revizorskog društva u odnosu na subjekt revizije, b) bitne rizike koji su relevantni za zakonsku reviziju, a koje su ovlaštenu revizor ili glavni revizijski partner uočili tijekom provedbe zakonske revizije i mjere koje su poduzeli za primjereno upravljanje tim rizicima, c) obrazloženje ovlaštenog revizora ili glavnog revizijskog partnera, posebno u svezi s razinom bitnosti i značajnim rizicima, d) svaki zahtjev za savjet vanjskih stručnjaka te primjena tog savjeta, e) prirodu i opseg ispravljenih i neispravljenih pogrešnih prikazivanja u financijskim izvješćima koje su uočene tijekom provedbe revizije, f) teme o kojima se raspravlja s revizijskim odborom te upravom, nadzornim, odnosno upravnim odborom subjekta revizije, g) teme o kojima se raspravlja s Ministarstvom financija i drugim nadležnim tijelima te s trećim osobama, h) podržavaju li dokumenti i informacije koje je nadzornik odabrao iz spisa mišljenje ovlaštenog revizora ili glavnog revizijskog partnera navedeno u nacrtu revizorskog izvješća i dodatnog izvješća za revizijski odbor (čl. 8. st. 5. Uredbe iz 2014. godine).<sup>67</sup> Nadzornik će raspraviti rezultate provjere s ovlaštenim revizorom ili glavnim revizijskim partnerom, a revizorsko društvo mora uspostaviti postupke za rješavanja nesporazuma između glavnog revizijskog partnera i nadzornika (čl. 8. st. 6. Uredbe iz 2014. godine). Ovlaštenu revizor ili revizorsko društvo te nadzornik moraju čuvati rezultate provjere te razmatranja koja su bila temelj za te rezultate (čl. 8. st. 7. Uredbe iz 2014. godine).

#### ***4.9. Obveza rotacije revizorskog društva pri obavljanju zakonske revizije u subjektima od javnog interesa***

Zakon o reviziji ograničava najdulje vrijeme trajanja revizijskog angažmana jednog revizorskog društva u određenom subjektu od javnog interesa na najviše sedam uzastopnih godina, uključujući razdoblje početnog angažmana od najmanje godinu dana (čl. 64. ZRev).<sup>68</sup> Time se osigurava rotacija revizorskih društava koja

66 Priopćavanje dokumenata ili informacija neovisnom nadzorniku radi provedbe provjere ne predstavlja kršenje obveze čuvanja poslovne tajne, a nadzornik ima obvezu čuvanja poslovne tajne u odnosu na te dokumente ili informacije.

67 Pri provjeri nadzornik bilježi barem usmene i pisane informacije ovlaštenog revizora ili glavnog revizijskog partnera koje potkrjepljuju važne prosudbe kao i glavne nalaze provedenih revizijskih postupaka i zaključke tih nalaza te njihovo mišljenje koje je zabilježeno u nacrtima revizorskog izvješća i dodatnog izvješća za revizijski odbor (čl. 8. st. 4. Uredbe iz 2014. godine).

68 Trajanje revizijskog angažmana računa se od prve poslovne godine obuhvaćene pismom

obavljaju zakonsku reviziju u subjektima od javnog interesa, čime se jača njihova neovisnost i objektivnost u odnosu na te subjekte. Revizorsko društvo se imenuje na početno razdoblje od jedne godine, a može obavljati zakonsku reviziju u subjektu revizije najdulje još šest uzastopnih godina. Hrvatski se zakonodavac opredijelio iskoristiti opciju iz Uredbe iz 2014. godine, prema kojoj države članice mogu i odstupiti od rješenja predviđenih Uredbom.<sup>69</sup> Nakon isteka najduljeg razdoblja revizijskog angažmana od sedam uzastopnih godina, revizorsko društvo te bilo koji član njegove mreže u EU-u ne smiju sljedeće četiri godine obavljati zakonsku reviziju u istom subjektu od javnog interesa (čl. 17. st. 3. Uredbe iz 2014. godine).<sup>70</sup> U slučaju prestanka revizijskog angažmana ranijeg revizorskog društva ono mora surađivati s novim revizorskim društvom koje nastavlja obavljati zakonsku reviziju u subjektu od javnog interesa (čl. 18. Uredbe iz 2014. godine).

## 5. ZAKLJUČAK

Novi Zakon o reviziji iz 2017. godine uvodi opće zahtjeve za obavljanje zakonskih revizija u svim obveznicima zakonske revizije te posebne zahtjeve koji se primjenjuju na zakonske revizije u subjektima od javnog interesa. Cilj je tih odredbi jačanje neovisnosti i objektivnosti zakonskih revizora u odnosu na subjekte revizije, uzimajući u obzir nedostatke u poslovnoj praksi revizora u razdoblju od 2007. godine do danas. Također je bitna značajka novoga Zakona jačanje javnog nadzora nad radom

---

o revizijskom angažmanu kojim je revizorsko društvo prvi put imenovano za provedbu uzastopnih zakonskih revizija istog subjekta od javnog interesa. Pod revizorskim društvom se podrazumijevaju i druga društva koja je to revizorsko društvo steklo ili koja su se s njim spojila. U slučaju da postoji dvojba o datumu kada je revizorsko društvo počelo s obavljanjem uzastopnih zakonskih revizija u subjektu od javnog interesa, zbog npr. spajanja društava, stjecanja društava ili promjena u strukturi članstva, revizorsko društvo mora odmah takvu dvojbu prijaviti Ministarstvu financija koje konačno utvrđuje relevantni datum (čl. 17. st. 8. Uredbe iz 2014. godine).

- 69 Uredba iz 2014. godine je u čl. 17. st. 1. odredila da subjekt od javnog interesa imenuje zakonskog revizora za početni angažman od najmanje godinu dana, pri čemu se taj angažman može produljiti, ali ne dulje od 10 godina. Države članice mogu odrediti da početni angažman traje dulje od jedne godine, odnosno da najdulje razdoblje angažmana traje kraće od 10 godina (čl. 17. st. 2. Uredbe iz 2014. godine). U čl. 17. st. 4. do 6. Uredba iz 2014. godine predviđa i mogućnost iznimnog produljenja tih najduljih razdoblja trajanja revizijskog angažmana uz poštivanje određenih uvjeta, što hrvatski zakonodavac nije prihvatilo.
- 70 Glavni partneri za reviziju nadležni za obavljanje zakonske revizije prekidaju svoje sudjelovanje u zakonskoj reviziji subjekta revizije najkasnije sedam godina od dana svog imenovanja. Oni ne mogu ponovno sudjelovati u zakonskoj reviziji subjekta revizije prije isteka tri godine nakon tog prekida. Revizorsko društvo u tu svrhu uspostavlja odgovarajući mehanizam postupne rotacije u pogledu hijerarhijski najvišeg osoblja koje sudjeluje u zakonskoj reviziji, uključujući barem osobe koje su registrirane kao ovlašteni revizori. Mehanizam postupne rotacije primjenjuje se u fazama pri čemu se rotiraju pojedinci, a ne cijeli tim zaposlen u okviru angažmana. Taj je mehanizam razmjern u odnosu na opseg i složenost djelatnosti revizorskog društva. Na revizorskom je društvu teret dokaza djelatnosti primjene tog mehanizma i njegove prilagodbe opsegu te složenosti djelatnosti revizorskog društva u odnosu na Ministarstvo financija (čl. 17. st. 7 Uredbe iz 2014. godine).

ovlaštenih revizora i revizorskih društava, što je u nadležnosti Ministarstva financija.

Kada se radi o općim zahtjevima za obavljanje zakonskih revizija, Zakon uvodi primjenu standarda profesionalne skeptičnosti pri obavljanju revizorskih usluga, čime se naglašava objektivnost zakonskog revizora u odnosu na organe subjekta revizije, osobito ako njegov revizorski angažman traje dulje razdoblje. Posebna se pozornost posvećuje jačanju neovisnosti zakonskog revizora u odnosu na subjekta revizije, koja se proširuje i na druge osobe koje sudjeluju u pružanju revizorskih usluga ili mogu utjecati na rezultate revizorskih usluga. Ta neovisnost mora osobito postojati tijekom razdoblja koje obuhvaćaju financijska izvješća koja su predmet zakonske revizije i tijekom obavljanja revizorskih usluga. U tu svrhu propisuju se slučajevi kada postoje takve prijetnje njihovoj neovisnosti te se proširuje zabrana zapošljavanja ovlaštenih revizora i drugih osoba u subjektu revizije nakon prestanka obavljanja njihovih dužnosti u svezi sa zakonskom revizijom. U slučaju pojave takvih prijetnji zakonski ih revizor mora dokumentirati, poduzeti odgovarajuće mjere za njihovo uklanjanje te ustanoviti primjerene zaštitne mehanizme. Osiguravanju te neovisnosti doprinosi određivanje unutarnjih organizacijskih zahtjeva koje moraju ispunjavati revizorska društva te uređivanje organizacije revizorskog rada. Revizorsko društvo i ovlaštenu revizor moraju prije prihvaćanja ili nastavljanja obavljanja revizorske usluge procijeniti ispunjavaju li zakonske uvjete koji se odnose na njihovu neovisnost i objektivnost te mogu li osigurati kvalitetnu provedbu zakonske revizije.

Kada se radi o zakonskoj reviziji u subjektima od javnog interesa, novi Zakon proširuje ovlasti revizijskog odbora i jača njegovu ulogu u svezi sa zakonskom revizijom te detaljno uređuje njegov sastav. Također se uvodi obveza revizorskog društva sastaviti dodatno izvješće koje podnosi revizijskom odboru te nadzornom, odnosno upravnom odboru subjekta revizije. Na temelju tog izvješća navedeni odbor, odnosno nadzorni organi subjekta revizije, ocjenjuju kvalitetu rada zakonskog revizora. Određuju se zabranjene nerevizorske usluge koje revizorsko društvo ne smije pružati subjektu revizije tijekom razdoblja od početka razdoblja koje je predmet revizije i izdavanja revizorskog izvješća. U slučaju zakonske revizije u subjektima od javnog interesa, ograničava se iznos naknada za pružanje dopuštenih nerevizorskih usluga te utjecaj ukupnih naknada koje prima revizorsko društvo na njegovu neovisnost i objektivnost u odnosu na subjekta revizije koji isplaćuje te naknade. Uvodi se postupak provjere kontrole kvalitete revizijskog angažmana unutar revizorskog društva prije izdavanja revizorskog izvješća te dodatnog izvješća koje se dostavlja revizijskom odboru subjekta od javnog interesa pri svakoj pojedinačnoj zakonskoj reviziji. Također se ograničava najdulje vrijeme trajanja revizijskog angažmana jednog revizorskog društva u određenom subjektu od javnog interesa, čime se osigurava rotacija revizorskih društava u obavljanju zakonske revizije. Revizorsko društvo mora svake poslovne godine izraditi izvješće o transparentnosti te ga objaviti na svojim mrežnim stranicama. Zakon o reviziji upućuje na izravnu primjenu odgovarajućih odredbi Uredbe iz 2014. godine o zakonskoj reviziji u subjektima od javnog interesa.

LITERATURA

1. Direktiva 2014/56/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o izmjeni Direktive 2006/43/EZ o zakonskim revizijama godišnjih financijskih izvještaja i konsolidiranih financijskih izvještaja (tekst značajan za EPG), Službeni list EU, L 158, 27. svibnja 2014., str. 196.–226.
2. European Commission, A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union, 15 January 2001., dostupno na [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/company/audit/docs/auditliability.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/docs/auditliability.pdf), 31. listopada 2003.
3. European Commission, Auditing of companies' financial statements, dostupno na [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/company-reporting-and-auditing/auditing-companies-financial-statements\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/company-reporting-and-auditing/auditing-companies-financial-statements_en), 5. prosinca 2017.
4. European Commission, Green Paper of the Commission 1996, The Role, the Position and the Liability of the Statutory Auditors within the European Union, dostupno na [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/company/audit/docs/acten.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/docs/acten.pdf), 30. listopada 2003.
5. Jurić, Dionis, Uloga revizora u dioničkom društvu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004., str. 323.-352.
6. Republika Hrvatska, Konačni prijedlog Zakona o reviziji, P.Z.E. br. 172, 22. studenog 2017.
7. Republika Slovenija, Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o revidiranju, EVA 2016-1611-0002, dostupno na <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZA-KO7354>, 18. prosinca 2017.
8. Uredba (EU) br. 537/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o posebnim zahtjevima u svezi sa zakonskom revizijom subjekata od javnog interesa i stavljanju izvan snage Odluke Komisije 2005/909/EZ (tekst značajan za EGP), Službeni list EU, L 158, 27. svibnja 2014., str., 77.–112.
9. Zakon o računovodstvu, Narodne novine, br. 78/15, 134/15, 120/16.
10. Zakon o reviziji, Narodne novine, br. 127/17.
11. Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15.

**Dionis Jurić\***

Summary

## **INDEPENDENCE OF STATUTORY AUDITOR WITH RESPECT TO AUDITED ENTITIES UNDER THE AUDIT ACT FROM 2017**

Audit Act from 2017 sets general requirements for statutory audits in all audited entities and special requirements for statutory audits in public interest entities. Aim of these provisions is strengthening of independence and objectivity of statutory auditors towards audited entities. It also strengthens public oversight of the audit profession by the Ministry of Finance. The Act is harmonized with provisions of the Directive 2014/56/EU on statutory audits and refers to direct application of provisions of the Regulation No 537/2014 on specific requirements regarding statutory audit of public interest entities.

**Keywords:** *statutory auditor, independence, audited entities, public interest entities, Republic of Croatia, European Union.*

Zusammenfassung

## **UNABHÄNGIGKEIT DES ABSCHLUSSPRÜFERS GEGENÜBER GEPRÜFTEN UNTERNEHMEN LAUT GESETZ ÜBER DIE PRÜFUNG VON JAHRESABSCHLÜSSEN AUS 2017**

Das Gesetz über die Prüfung von Jahresabschlüssen aus 2017 führt allgemeine Anforderungen an die Abschlussprüfung bei allen Unternehmen, die der gesetzlichen Pflicht zur Prüfung ihrer Jahresabschlüsse unterliegen, sowie auch spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse ein. Das Ziel dieser Bestimmungen ist es, die Unabhängigkeit und Objektivität der Abschlussprüfer gegenüber geprüften Unternehmen zu stärken, indem man die Mängel aus der Geschäftspraxis der Abschlussprüfer im Zeitraum von 2007 bis heute in Betracht zieht. Ebenfalls wird die öffentliche Aufsicht des Finanzministeriums über die Arbeit zuständiger Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften gestärkt. Das Gesetz wurde an die Richtlinie 2014/56/EU über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen angeglichen und weist auf direkte Umsetzung der Verordnung über die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse aus 2014 hin.

\* Dionis Jurić, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; djuric@pravri.hr.



**Schlüsselwörter:** *Abschlussprüfer, Unabhängigkeit, geprüfte Unternehmen, Unternehmen von öffentlichem Interesse, die Republik Kroatien, die Europäische Union.*

Riassunto

## **L'INDIPENDENZA DEL REVISORE DEI CONTI RISPETTO AL SOGGETTO SOTTOPOSTO A REVISIONE SECONDO LA LEGGE SULLA REVISIONE DEL 2017**

La legge sulla revisione del 2017 introduce dei requisiti generali per la revisione legale dei conti valevoli per tutti coloro che abbiano obbligo di revisione, ma anche dei requisiti speciali che si riferiscono alle revisioni legali dei conti relative ad enti di interesse pubblico. Lo scopo di tali norme è quello di potenziare l'indipendenza dei revisori dei conti rispetto ai soggetti sottoposti a revisione legale dei conti, tenendo conto delle lacune nella prassi professionale dei revisori nel periodo tra il 2007 ed oggi. Viene altresì rafforzato il controllo pubblico del Ministero delle Finanze sull'operato dei revisori autorizzati e delle società di revisione. La legge è conforme alla Direttiva sulle revisioni legali dei conti del 2014 e rinvia all'applicazione diretta del Regolamento sui requisiti specifici relativi alla revisione legale dei conti di enti di interesse pubblico del 2014.

**Parole chiave:** *revisore legale, indipendenza, soggetto sottoposto a revisione, enti di interesse pubblico, Repubblica di Croazia, Unione europea.*



## ODGOVORNOST ZA ŠTETU PROUZROČENU TREĆIM OSOBAMA OBAVLJANJEM ZAKONSKE REVIZIJE

Prof. dr. sc. Miodrag Mićović\*  
Izv. prof. dr. sc. Maja Bukovac Puvača\*\*

UDK 347.515  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.5>  
Ur.: 8. veljače 2018.  
Pr.: 25. veljače 2018.  
Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*Autori obrađuju pitanje moguće odgovornosti revizora za štetu prema trećim osobama (dioničarima, kreditorima, potencijalnim investitorima...) prouzročenu obavljanjem zakonske revizije. Daju prikaz nekih poredbenopravnih rješenja toga pitanja i promjena do kojih su na europskoj razini doveli veliki financijski skandali početkom ovog stoljeća. Osnovni cilj Direktive 2014/56/EU jačanje je javnopravnog nadzora nad revizorima i njihovom djelatnosti, koji bi trebao pojačati kvalitetu njihovih usluga i povjerenje trećih osoba u njihov rad. Niz je pravila iz revizorskih profesionalnih standarda i etičkih pravila, podignuto na razinu propisa. Posebno su naglašene profesionalna skeptičnost i neovisnost revizora, temeljne pretpostavke da revizorsko mišljenje nije pogrešno. Međutim, odgovornost za pružanje financijskih informacija na upravi je subjekata koji su predmet revizije, revizori te informacije samo aktivno propituju, a ne potvrđuju ih. Treći, često nisu svjesni ograničenja revizije, što dovodi do njihovih nerealnih očekivanja. U Republici Hrvatskoj ne postoje posebna pravila o odgovornosti revizora za štetu, pa se na nju primjenjuju opća pravila o odgovornosti, prema kojima je ona neograničena i prema revidiranom društvu i prema trećima.*

**Ključne riječi:** *revizorske usluge, zakonska revizija, odgovornost za štetu, osiguranje od odgovornosti.*

### 1. UVOD

Više od dvadeset godina potencijalna odgovornost za štetu prouzročenu trećim osobama<sup>1</sup> obavljanjem revizorskih usluga protivno propisima i pravilima struke

\* Dr. sc. Miodrag Mićović, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Kragujevcu; [mmicovic@jura.kg.ac.rs](mailto:mmicovic@jura.kg.ac.rs).

\*\* Dr. sc. Maja Bukovac Puvača, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta u Rijeci, [bukovac@pravri.hr](mailto:bukovac@pravri.hr).

1 Pod trećima podrazumijevaju se svi subjekti osim samog društva čija su financijska izvješća revidirana, ponajprije dioničari društva, investitori i njegovi kreditori, dakle oni koji su na financijskom gubitku zbog odluka koje su donosili pouzdajući se u poslovanje i financijsko

izaziva posebnu pozornost zakonodavaca, sudske prakse i pravne teorije širom svijeta. Europska komisija ga je još 1996. godine, na temelju rezultata studije o ulozi, položaju i odgovornosti revizora u zemljama članicama Europske unije,<sup>2</sup> istaknula kao jedno od najspornijih od u toj studiji razmatranih pitanja. Vrlo brzo nakon toga, financijski skandali koji je izazvalo otvaranje stečaja nad *Enron Corporation* i drugima 2001. i 2002. godine u SAD-u,<sup>3</sup> propast nekoliko velikih korporacija u Australiji<sup>4</sup> te niz skandala nešto manjih razmjera u Europi,<sup>5</sup> potvrdili su takvu ocjenu i na globalnoj razini. Uslijedile su brojne zakonodavne aktivnosti usmjerene na pojačanje kvalitete revizorskih usluga i jačanje javnopravne kontrole nad njihovim obavljanjem, koje su na području Unije postale kontinuirani proces.

Bez obzira na brojnost europskih pravnih izvora kojima je revizija uređena,<sup>6</sup> odnosno vrlo detaljnu regulaciju pretpostavki pružanja revizorskih usluga, uloge subjekata koji je pružaju i nadzora nad njihovim radom, pitanje građanskopravne odgovornosti revizora pitanje je nacionalnih pravnih sustava. O njemu je na području

---

stanje društva prikazano u tim izvješćima.

- 2 *A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a single market for auditing services in the European Union*, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/auditing/docs/liability/auditliability\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditliability_en.pdf) (dalje u tekstu: *A study on systems of civil liability*).
- 3 Uz *Enron Corporation* to su bili *Global Crossing*, *WorldCom* i *Qwest*. Tada je otkriveno da je revizorsko trgovačko društvo *Arthur Andersen* prikrivalo financijske propuste svojih klijenata i time oštetilo niz individualnih i institucionalnih investitora. O tim financijskim skandalima vidi više kod Čulinović Herc, Edita, Aktualna pitanja financijskog izvještavanja dioničkih društava – odgovornost revizora, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, 2004., str. 181.-185. i Jurić, Dionis, Uloga revizora u dioničkom društvu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, 2004., str. 323.-324. i tamo navedenoj literaturi.
- 4 Najviše interesa izazvala je propast HIH Insurance, drugog najvećeg osiguratelja u Australiji, One.Tela, četvrtog po veličini teleoperatera i Ansett Australie, jednog od najvećih australskih zračnih prijevoznika 2001. godine. O odgovornosti revizora prema trećim osobama u Australiji vidi: Nguyen, Vylan, Rajapakse, Pelma, *An Analysis of the Auditors' Liability to Third Parties in Australia*, *Common Law World Review*, 37, 2008., str. 9.-44., <http://journals.sagepub.com/doi/10.1350/clwr.2008.37.1.9>. i Davies, Martin, *The Liability of Auditors to Third Parties in Negligence*, *UNSW Law Journal*, vol. 14, br. 1, 1991., str. 171.-197.
- 5 Npr. u Italiji *Parmalat*, *Bipop*, *Cirio*, u Irskoj *Elan*, u Velikoj Britaniji *Marconi*, u Njemačkoj *MobilCom*, *EmTV*, u Francuskoj *Vivendi*, *France Telekom*, u Švedskoj *ABB*, u Švicarskoj *Bz Group*, *Swiss Life* itd. Usporedbu prirode i uzroka europskih financijskih skandala i *Enrona* vidi kod: Enriques, Luca, *Bad Apples, Bad Oranges: A Comment From Old Europe On Post-Enron Corporate Governance Reforms*, *Wake Forest Law review*, 2003., str. 911.-934.
- 6 Trenutačno temelje regulativnog okvira za reviziju čine dvije direktive i jedna uredba: Direktiva 2013/34/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o godišnjim financijskim izvještajima, konsolidiranim financijskim izvještajima i povezanim izvješćima za određene vrste poduzeća, o izmjeni Direktive 2006/43/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i o stavljanju izvan snage direktiva Vijeća 78/660/EEZ i 83/349/EEZ, *Sl L 182*, str. 253. (tzv. računovodstvena direktiva), Direktiva 2014/56/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o izmjeni Direktive 2006/43/EZ o zakonskim revizijama godišnjih financijskih izvještaja i konsolidiranih financijskih izvještaja, *Sl L 158*, 27.5.2014., str. 196. (dalje: Direktiva 2014/56/EU) i Uredba (EU) br. 537/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o posebnim zahtjevima u vezi zakonske revizije subjekata od javnog interesa i stavljanju izvan snage Odluke Komisije 2005/909/EZ, *Sl L 158*, str. 77.

Unije bila provedena studija čiji su rezultati objavljeni 2001. godine<sup>7</sup> uz temeljni zaključak, da iako u nacionalnim zakonodavstvima postoje velike razlike, posebno u pogledu pravne osnove odgovornosti, kruga potencijalnih oštećenika, rokova zastare, mogućeg ograničenja odgovornosti i osiguranja od odgovornosti revizora, one bitno neposredno ne utječu na zajedničko tržište revizorskih usluga.<sup>8</sup>

Međutim, vrlo brzo se stanje na tržištu usluga revizije značajno promijenilo. Nakon propasti jedne od pet međunarodnih revizorskih mreža *Arthur Andersen* 2002. godine, ostale su na tržištu samo četiri revizorske mreže (PWC, KPMG, Deloitte i Ernst&Young),<sup>9</sup> koje ispunjavaju uvjete za pružanje međunarodnih revizorskih usluga uvrštenim društvima. Propast društva čije je financijske izvještaje revidirao *Arthur Andersen* i neotkrivene prijevare uprave, dovele su do sve češćih odštetnih zahtjeva usmjerenih prema revizorima, zbog čega je rizik odgovornosti revizora za štetu postao iznimno visok, a osigurateljska pokrića nedovoljna. Takva je situacija odvrćala revizore od vršenja usluga revizije za uvrštena društva koja trebaju revizore prisutne ili predstavljene u više pravnih sustava. Iako obvezno prema pravilima struke ili prema zakonu, osiguranje od odgovornosti revizora postalo je nedostupno za revizije financijskih izvještaja uvrštenih društava. Stoga je Komisija 2008. godine donijela Preporuku<sup>10</sup> članicama da se građanskopravna odgovornost samostalnih revizora i revizorskih društava za revizije financijskih izvještaja tih društava ograniči.

S obzirom na trenutno vrlo aktualno pitanje navodnih nepravilnosti u financijskom izvještavanju Agrokoru u proteklih nekoliko godina,<sup>11</sup> moguće je da

7 *A study on systems of civil liability.*

8 Opširnije vidi: Bukovac Puvača, Maja, Utjecaj pravila o građanskopravnoj odgovornosti revizora na tržišnu utakmicu revizorskih usluga, Zbornik radova - VI. majsko savetovanje, Liberalizam i zaštita konkurencija, Kragujevac, 2010., str. 385.-406.

9 Tzv. *Big Four*.

10 Commission Recommendation of 5 June 2008 concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms (2008/473/EC), OJ L 162, 21.6.2008. (dalje: Preporuka 2008/473/EC).

11 U svibnju 2017. godine za zakonskog revizora Agrokorovih kompanija imenovana je međunarodna revizorska mreža PwC. Revizija koju je ona provela obuhvatila je 27 društava obveznika revizije u Republici Hrvatskoj te po tri društva u Srbiji i Bosni i Hercegovini. Početkom listopada prošle godine objavljeni su rezultati iste: “2,9 mlrd kuna neiskazanih obaveza po kreditima, 2,3 mlrd kuna ranije neprikazanih operativnih i financijskih troškova, 2,1 mlrd kuna prepravka na stavci novac i novčani ekvivalenti, 1,0 mlrd kuna neadekvatna klasifikacija kredita kao kapitalne rezerve, 21,7 mlrd kuna umanjenja kapitala kroz razne ispravke i operativni rezultat (...) PwC je pismom obavijestio Izvanrednu upravu o računovodstvenim nepravilnostima uočenim tijekom revizije, koje mogu ukazivati na potencijalne protuzakonite radnje. Kao što je navedeno u ovoj prezentaciji te nepravilnosti uključuju:

Prikrivanje primljenih pozajmica / kredita - Prikrivanje troškova poslovanja i troškova kamata koji su prikazani kao potraživanja prema vlasniku - Nepravilna klasifikacija imovine i rezervi - Nepravilno prikazivanje pozajmica kao vlasničkog kapitala - Neadekvatno prikazivanje danih pozajmica kao novca i novčanih ekvivalenata Izvanredna uprava je angažirala respektabilnu međunarodnu tvrtku specijaliziranu za forenziku koja će istražiti utvrđene nepravilnosti - Izvanredni povjerenik je poduzeo korake predviđene zakonom.”

Iz Zaključka prezentacije, dostupne na: <http://www.agrokor.hr/hr/vijesti/izvanredna-uprava-agrokora-objavila-revidirane-financijske-izvjestaje-agrokora-d-d-i-konsolidirane-financijske-izvjestaje-agrokor-grupe-za-2016-godinu>.

će se i naši sudovi uskoro baviti problemom potencijalne odgovornosti revizora za štetu.<sup>12</sup> Stoga smatramo korisnim prikazati neka od poredbenopravnih rješenja toga problema i naglasiti koja nova pravila, koja donosi Zakon o reviziji,<sup>13</sup> utječu na pitanje građanskopravne odgovornosti revizora u Republici Hrvatskoj.

## **2. EUROPSKO PRAVO I NEKA POREDBENOPRAVNA RJEŠENJA PITANJA ODGOVORNOSTI REVIZORA PREMA TREĆIMA**

### **2.1. Preporuka Komisije o ograničenju građanskopravne odgovornosti revizora i Direktiva 2014/56/EU**

Kako je uvodno navedeno, na europskoj je razini revizija kao profesija detaljno uređena, ali pitanje odgovornosti revizora za štetu u nadležnosti je država članica. Komisija je prije deset godina donijela preporuku o ograničenju te odgovornosti i to samo za dio profesionalnih usluga revizora. Preporuka 2008/473/EC odnosi se na građanskopravnu odgovornost samostalnih revizora i revizorskih društava koja obavljaju zakonske revizije godišnjih i konsolidiranih financijskih izvještaja društava registriranih u državi članici, čijim se vrijednosnicama trguje na uređenom tržištu u državi članici (t. 1.). Preporuka je da se ta odgovornost ograniči, osim u slučajevima namjernih povreda (t. 2.). Ograničenje odgovornosti trebalo bi se primjenjivati prema samom društvu kod kojeg je revizija izvršena i prema svakoj trećoj osobi koja prema nacionalnom pravu može postaviti zahtjev za naknadu štete (t. 3.), ali ograničenje odgovornosti ne bi smjelo onemogućiti oštećenikovo pravično obeštećenje (t. 4.). Komisija je izbor metoda ograničenja odgovornosti revizora prepustila državama članicama.<sup>14</sup>

12 U objavljenj sudskoj praksi u Republici Hrvatskoj ne nalazimo niti jednu odluku o odgovornosti revizora za štetu, ni prema samom revidiranom društvu, ni prema trećima.

13 NN, br. 127/2017 (dalje u tekstu: ZR).

14 U t. 5. Preporuke posebno je predložila jednu ili više od sljedećih metoda: propisivanje maksimalnog iznosa ili formule kojom bi se takav iznos izračunavao, propisivanje načela na temelju kojih revizor ili revizorsko društvo ne bi bili odgovorni izvan svoga stvarnog doprinosa šteti koju je tužitelj pretrpio i nisu stoga solidarno odgovorni s drugim štetnicima, odredbu koja dopušta da samo društvo u kojem će se obavljati revizija i revizor ili revizorsko društvo ugovorom odrede ograničenje odgovornosti. Država koja ograničenje odgovornosti prepustiti ugovoru o reviziji mora osigurati: sudsku kontrolu takvog ugovora, da u odnosu na društvo u kojem će se provesti revizija o ograničenju odluče kolektivno članovi uprave, menadžment i nadzorna tijela sukladno europskom zakonodavstvu o pravu društava i tu odluku potvrde dioničari toga društva i da se ograničenje i svaka izmjena objavi u bilješkama uz izvješća društva korisnika revizije (t. 6.).

Prije usvajanja neke od predloženih ili neke druge metode ograničenja odgovornosti revizora, a koja je u skladu s točkama 2.-4., država treba uzeti u obzir utjecaj na tržište kapitala i investitore i uvjete za pristup tržištu zakonskih revizija za uvrštena društva, kao i utjecaj na kvalitetu revizije, osigurnost rizika i društva koja trebaju reviziju (t. 7.).

Države su bile pozvane da Komisiju do 5. lipnja 2010. godine izvijeste o mjerama poduzetim u svjetlu te Preporuke (t. 8.).

Direktiva 2014/56/EU, kao ni Direktiva 2006/43/EZ koju mijenja,<sup>15</sup> ne sadrži odredbe o odgovornosti revizora. No, iz osnovnih ciljeva koje ističe jasno je da su izmjene koje donosi usmjerene na sprječavanje mogućih povreda pravila postupanja revizora, tj. na sprječavanje njihovih potencijalnih štetnih radnji i prema revidiranom društvu i prema trećima. Za jačanje povjerenja investitora u istinitost i pravednost financijskih izvještaja koje objavljuju poduzetnici, a što je i cilj Direktive, i to tako da se dodatno poboljša kvaliteta zakonskih revizija koje se provode u Uniji, ističe se da ga države članice ne mogu dostatno ostvariti, već ga treba ostvariti na razini Unije.<sup>16</sup> Stoga se smatra potrebnim daljnje usklađivanje pravila o uvjetima za izdavanje odobrenja i registraciju osoba koje obavljaju zakonsku reviziju, pravila o njihovoj neovisnosti, objektivnosti i profesionalnoj etici te okvira za njihov javni nadzor.<sup>17</sup>

Prema Direktivi 2014/56/EU, primarna odgovornost za pružanje financijskih informacija trebala bi biti na upravi subjekata koji su predmet revizije, a uloga ovlaštenih revizora i revizorskih društava je da “aktivno propitkuje upravu iz perspektive korisnika.”<sup>18</sup> Kako bi se poboljšala kvaliteta revizije smatra se potrebnim ojačati profesionalnu skeptičnost revizora kako bi oni mogli prepoznati mogućnost “bitno pogrešnog prikazivanja činjenica zbog prevare ili greške.”<sup>19</sup> Kao ključni element koji je potrebno poboljšati ističe se neovisnost revizora u odnosu na subjekt koji je predmet revizije. S namjerom da održe tu neovisnost, revizori bi trebali voditi evidenciju o svim prijetnjama svojoj neovisnosti i zaštitnim mehanizmima kojima ih ublažavaju, a kad su te prijetnje pretjerano značajne trebali bi odustati ili se uzdržati od angažmana.<sup>20</sup> “Ishod zakonske revizije jest iskaz mišljenja o tome da financijski izvještaji, u skladu s mjerodavnim okvirom za financijsko izvještavanje, pružaju istinit i pošten pogled na subjekte koji su predmet revizije.”<sup>21</sup> Direktiva 2014/56/EU upozorava na činjenicu da zainteresirane strane ne moraju biti svjesne određenih ograničenja revizije i imati nerealna očekivanja, te da je zato važno razjasniti što sve zakonska revizija obuhvaća.<sup>22</sup>

15 Odredbe Direktive 2006/43/EZ o zakonskim revizijama subjekata od javnog interesa dodatno su razrađene Uredbom (EU) br. 537/2014 o posebnim zahtjevima s obzirom na zakonske revizije subjekata od javnog interesa. Odredbe Direktive 2014/56/EU o zakonskim revizijama subjekata od javnog interesa primjenjuju se na ovlaštene revizore i revizorska društva u mjeri u kojoj oni provode zakonsku reviziju takvih subjekata (recital 2.).

16 Recital 31. Direktive 2014/56/EU.

17 Recital 1. Direktive 2014/56/EU. Detaljna obrada svih novih pravila koja Direktiva donosi o navedenim pitanjima prelazi okvire ovoga rada. Autori će nastojati upozoriti na nova pravila koja mogu neposredno ili posredno utjecati na potencijalnu odgovornost revizor za štetu.

18 Recital 5. Direktive 2014/56/EU.

19 Recital 5. Direktive 2014/56/EU.

20 Recital 6. Direktive 2014/56/EU.

21 Recital 11. Direktive 2014/56/EU.

22 Recital 11. Direktive 2014/56/EU.

## 2.2. Neki poredbenopravni pristupi uređenju građanskopravne odgovornosti revizora prema trećima

Odgovornost revizora za štetu u pojedinom nacionalnom pravnom sustavu može se temeljiti na općim pravilima o odgovornosti, posebnim pravima za odgovornost revizora ili njihovoj kombinaciji. Iako razlike postoje i u uređenju odgovornosti revizora za štetu revidiranom subjektu, tj. njihove ugovorne odgovornosti, posebno su istaknute u pitanju uređenja odgovornosti revizora prema trećim osobama. Temeljni pristupi toj odgovornosti kreću se od moguće neograničene odgovornosti prema svakoj trećoj osobi do određenih, u većem ili manjem stupnju ograničenih pristupa pitanju priznavanja prava na naknadu trećim osobama.

U Njemačkoj je ugovorna odgovornost prema klijentu propisana § 323. HGB-a,<sup>23</sup> dok se na izvanugovornu odgovornost primjenjuju opća pravila o odgovornosti BGB-a,<sup>24</sup> koja traže svjesnu povredu obveze ili grubi nemar.<sup>25</sup> Odgovornost bi revizora njihovom primjenom postojala samo za namjernu nepodudarnost, vjerojatno rijetku i tešku za dokazivanje. Ni sudovi ni pravna teorija nisu u potpunosti usuglasili stajalište o odgovornosti prema trećim stranama.<sup>26</sup> U pokušajima da se prevlada postojeća praznina, razmatrana su tri različita pravna koncepta: prešutni pristanak na prijenos informacija (*bloße Auskunftvertrag*), jamstvo sadržaja revizorskog izvješća (*Garantievertrag*) i ugovor sa zaštitnim djelovanjem prema trećima (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*), od kojih je posljednji najprihvaćeniji.<sup>27</sup>

Prva se dva koncepta temelje na prividnim ugovorima. U prvom se na temelju prividne suglasnosti revizora da se informacije iz njegovog izvješća prenose kada je revizor znao da će njegovo izvješće biti iznimno važno za donošenje odluke treće osobe fingira da su revizor i taj treći u ugovornom odnosu. Prividni ugovor o jamstvu sadržaja revizorskog izvješća temelj ima u posebnom položaju revizora u pravnom sustavu zbog kojeg on zna da će njegov rad koristiti zainteresirane osobe jer će biti objavljen.<sup>28</sup> Najšire prihvaćen, koncept ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema trećima, polazi od ideje da su obje strane ugovora o reviziji prihvatile određene

23 Njemački trgovački zakonik, *Handelsgesetzbuch*, od 10. svibnja 1897., zadnje izmijenjen člankom 11. st. 28. Zakona od 18. srpnja 2017. (BGBl. I S. 2745.). Odgovornost je ograničena po izvršenoj reviziji na jedan milijun eura prema neuvrštenim društvima i četiri milijuna prema uvrštenim. Ograničenje ne vrijedi za namjerne radnje ili grubu nepažnju (§ 323. HGB).

24 Njemački građanski zakonik, *Bürgerliches Gesetzbuch*, od 18. kolovoza 1896., pročišćen tekst od 2. siječnja 2002. (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zadnje izmijenjen člankom 1. Zakona od 20. srpnja 2017. (BGBl. I S. 2787).

25 Vidi: § 823., § 826. i § 831. BGB.

26 George J. Benston, Michael Bromwich, Robert E. Litan, and Alfred Wagenhofer, *Worldwide Financial Reporting: The Development and Future of Accounting Standards*, Financial, Corporate Financial Reporting and Regulation in Germany, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0195305833.001.0001/acprof-9780195305838-chapter-6>, str. 129.

27 De Poorter, Ingrid, Auditor's liability towards third parties within the EU: A comparative study between the United Kingdom, the Netherlands, Germany and Belgium, *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 3, br. 1, 2008., str. 72.-73.

28 Loc. cit.



implikacije njihovog ugovora u korist trećih strana.<sup>29</sup>

I u Velikoj Britaniji, za razliku od zakonom uređene odgovornosti revizora prema revidiranom subjektu<sup>30</sup> na građanskopravnu odgovornost revizora primjenjuju se opća pravila o izvanugovornoj odgovornosti, a to su *common law* pravila, o tzv. *misrepresentation*. Dva su najvažnija slučaja *Hedley Byrne & Co v. Heller & Partners* i *Caparo Industries v. Dickman and others*, kojima je utemeljen stav da treća strana mora dokazati da je revizor njoj dugovao dužnu pažnju (engl. *duty of care*), što pretpostavlja da je revizor znao ili morao znati da će se tužitelj osloniti na njegov rad i/ili njegovo izvješće za posebnu svrhu.<sup>31</sup> U prvom je slučaju *House of Lords* prvi puta priznao mogućnost da odgovornost za čisti ekonomski gubitak zbog netočne izjave ne ovisi o postojanju ugovorne obveze, dok su u drugom detaljno razrađene pretpostavke za postojanje obveze dužne pažnje.<sup>32</sup> U kasnijim su slučajevima, u kojima se koristio test *Caparo*, dodatno istaknuti elementi koji moraju biti prisutni da bi revizor dugovao tu pažnju.<sup>33</sup>

U Francuskoj je odgovornost revizora uređena kombinacijom općih pravila o odgovornosti i posebnih pravila koja se odnose na revizore. Prema općim pravilima, treća strana mora dokazati štetu, krivnju revizora i uzročnu vezu između te krivnje i štete. Opća pravila dopunjena su posebnim odredbama o odgovornosti revizora<sup>34</sup> prema kojima revizor ne može odgovarati za nezakonite radnje uprave, osim ako je za njih znao i nije o njima obavijestio dioničare ili tijelo korporativnog upravljanja.<sup>35</sup>

I u Nizozemskoj je sporno pitanje mogu li se treće osobe oslanjati na informacije iz revizorovog izvještaja. Sudska se praksa fokusira na stupanj stručnosti treće strane. Tako je u jednom slučaju odlučeno da se banka kreditor ne može oslanjati isključivo na revidirana financijska izvješća jer ima vlastitu, odvojenu odgovornost za pozajmljivanje sredstava revidiranom društvu. U drugom je slučaju odlučeno slično, da je kreditna institucija postupala nemarno kada se oslonila na financijska izvješća i revizorsko mišljenje i nije upotrijebila dužnu pažnju.<sup>36</sup>

Za razliku od navedenih, prilično ograničavajućih pristupa mogućoj odgovornosti revizora prema trećima, u Belgiji revizor može odgovarati za štetu svakoj zainteresiranoj trećoj osobi. Izvješće revizora smatra se javnim mehanizmom za

29 Ibid., str. 73.

30 Propisuje je Companies Act iz 2006. godine. Odredbe koje isključuju odgovornost revizora načelno su nišetne (sec. 532 Companies Act 2006.), ali se određeni sporazumi o ograničenju ipak dopuštaju (sec. 524 Companies Act 2006).

31 Mäntysaari, Petri, *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law*, 2010., Springer, str. 464.-465.

32 Vidi: De Poorter, op. cit., str. 69.-70.

33 Tako je u slučaju *James McNaughton Papers v. Hicks Anderson* istaknuto šest ključnih elemenata: 1. svrha za koju je informacija pripremljena, 2. svrha za koju je informacija prenesena, 3. veza između autora izjave (revizora), informiranog (klijent) i svake zainteresirane treće osobe, 4. veličina grupe kojoj pripada treća strana, 5. stupanj znanja i iskustva autora izjave i 6. opseg oslanjanja treće strane. Ibid., str. 70.

34 Art. L. 822-17 i 822-18 Code de Commerce.

35 Annex I to the Commission Staff Working Paper, *The legal systems of civil liability of statutory auditors in the European Union*, str. 3.

36 Ibid., str. 71.

informiranje svih zainteresiranih. Prihvaćeno je stajalište da revizor ne djeluje samo u interesu revidiranog društva, nego i u općem interesu, pa svatko tko dokaže da je zbog njegove krivnje pretrpio štetu, može tu štetu i utužiti.<sup>37</sup> Ipak, nema puno slučajeva o toj odgovornosti u sudskoj praksi. Razlog tomu može biti teškoća dokazivanja uzročne veze između izvješća revizora i odluke treće osobe.<sup>38</sup>

Na odgovornost revizora za štetu u Srbiji primjenjuju se opće odredbe Zakona o obligacionim odnosima.<sup>39</sup> Pitanje građanskopravne odgovornosti vanjskih revizora može se postaviti ako oni postupajući suprotno ugovoru, propisima, standardima revizije i kodeksom profesionalne etike ne ostvare svoju ulogu u vezi sa stručnom provjerom financijskih izvještaja. Zbog toga izdano mišljenje može biti pogrešno i predstavljati temelj odgovornosti revizora prema trećim osobama. Zakonom o reviziji<sup>40</sup> propisano je da društvo za reviziju, odnosno samostalni revizor može obavljati poslove revizije pod uvjetom da se osigura od odgovornosti za štetu koju prouzroči pravnoj osobi kod koje obavlja reviziju, odnosno trećoj osobi u slučaju povrede ugovora o reviziji, odnosno povrede pravila obavljanja revizije (čl. 18. st. 1.).<sup>41</sup>

### **3. GRAĐANSKOPРАВNA ODGOVORNOST REVIZORA U REPUBLICI HRVATSKOJ**

#### **3.1. Primjena općih pravila o odgovornosti za štetu**

Iako je u hrvatskoj pravnoj znanosti već ranije upozoravano na potrebu donošenja posebnih pravila o građanskopravnoj odgovornosti revizora prema trgovačkom društvu u kojem je obavljao reviziju i prema trećim osobama,<sup>42</sup> ZR, kao ni bivši Zakon o reviziji,<sup>43</sup> ih ne sadrži. ZR građanskopravnu odgovornost revizora izričito spominje samo u odredbama kojima propisuje njihovo obvezno osiguranje od odgovornosti i najmanju svotu njegova pokrivača po štetnom događaju. Revizorsko je društvo dužno s osigurateljem sklopiti i obnavljati ugovor o osiguranju od odgovornosti za štetu koju bi trećim osobama moglo počinuti obavljanjem revizorskih usluga, s tim da

37 Ibid., str. 73.

38 Ibid., str. 74.

39 Sl. list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, Sl. list SRJ, br. 31/93 i Sl. list SCG, br. 1/2003 - Ustavna povelja.

40 Sl. glasnik Republike Srbije, br. 62/13.

41 Iznos najniže svote osiguranja na temelju koje se plaća premija osiguranja za pojedinačni osigurani slučaj za svaku poslovnu godinu utvrđuje se kao veći iznos: 1) od najviše cijene za usluge revizije na temelju pojedinačnog ugovora o reviziji pomnoženo s 15; 2) od zbroja cijena za usluge revizije na temelju svih ugovora o reviziji, pomnoženo s 2,5. Pojedinačni osigurani slučaj je šteta nastala u vezi s pojedinačnim izvještajem o reviziji (čl. 18. st. 2. i 3. Zakona o reviziji).

42 Vidi: Čulinović-Herc, op. cit., str. 199. i Jurić, op. cit., str. 351.

43 NN, br. 146/05., 139/08., 144/12. i 78/15. (dalje u tekstu: bivši ZR). Zakon o reviziji iz 1992. godine (NN, br. 90/92.) u čl. 11. je propisivao da je revizorska tvrtka, koja, namjerno ili iz nehata obavljanjem revizije prouzroči štetu, obvezna poduzetniku tu štetu naknaditi. Visina naknade bila je, po jednoj reviziji, ograničena na protuvrijednost od 50.000 DEM u hrvatskim dinarima, a to je bio i iznos na koji se revizorska tvrtka obvezno osiguravala od odgovornosti.

se priznaje i osiguranje od odgovornosti za štetu koje je sklopljeno u drugoj državi članici (čl. 60. st. 1. i 2. ZR).<sup>44</sup> Revizorsko je društvo dužno uredno produljivati osiguranje od odgovornosti i presliku police dostavljati Ministarstvu financija te ga izvijestiti o svakoj promjeni koja nastane tijekom osiguranja i to u roku od osam dana od dana sklapanja police osiguranja ili nastale promjene tijekom osiguranja (čl. 60. st. 3. ZR).<sup>45</sup> Najmanja svota pokrića po štetnom događaju iznosi 300.000,00 kn, a za štetu koju bi moglo prouzročiti obavljanjem zakonske revizije subjekata od javnog interesa 3.000.000,00 kn (čl. 61. st. 1. i 2. ZR). Hrvatska revizorska komora može, kao ugovaratelj osiguranja, u korist svojih članova kao osiguranika sklapati ugovore o osiguranju od odgovornosti (čl. 61. st. 3. ZR).

Ni Zakon o trgovačkim društvima<sup>46</sup> bez obzira na brojne situacije za koje propisuje angažiranje revizora, ne sadrži posebne odredbe o njihovoj odgovornosti za štetu. Stoga se na odgovornost revizora za štetu i prema samom društvu i prema trećim osobama, primjenjuju opća pravila o odgovornosti Zakona o obveznim odnosima.<sup>47</sup>

Međutim, zbog brojnosti i sadržaja pravila koja se odnose na uređenje revizorske profesije i načina njezina obavljanja, pogrešno je reći da odgovornost revizora za štetu uopće nije uređena odredbama ZR-a. Postupanje protivno pravilima toga zakona protupravno je ponašanje revizora, dakle, ispunjenje jedne od općih pretpostavki njihove odgovornosti za štetu. Budući da navedena pravila proizlaze uglavnom iz europskog izvora, možemo reći da kod odgovornosti revizora za štetu protupravnost u pretežnoj mjeri definira europski zakonodavac, dok su ostale pretpostavke repuštene nacionalnim zakonodavcima. Svako protupravno ponašanje ne dovodi do odgovornosti revizora za štetu, budući da moraju biti ispunjene i druge pretpostavke odgovornosti. Zbog bitnih razlika u njihovom uređenju, isto protupravno ponašanje revizora u različitim državama izaziva bitno različite posljedice u pitanju njihove odgovornosti za štetu.

Građanskopravna odgovornost revizora u hrvatskom pravu može biti predugovorna,<sup>48</sup> ugovorna<sup>49</sup> i izvanugovorna. U ovom se radu bavimo pitanjem

44 Prema dosadašnjem uređenju, strano revizorsko društvo moglo je obavljati usluge revizije u Republici Hrvatskoj uz dozvolu Hrvatske revizorske komore, koju nisu mogli dobiti prije no što su se osigurali od odgovornosti za štetu kod osiguratelja u Republici Hrvatskoj u iznosima propisanim čl. 19. starog ZR-a.

45 Za neispunjavanje ove obveze Ministarstvo će izreći nadzornu mjeru iz članka 94. stavka 1. točke 4. ZR-a (privremenu zabranu).

46 NN, br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 111/12., 152/11., 68/13. i 110/15. (dalje: ZTD).

47 NN, br. 35/05., 41/08., 125/11. i 78/15. (dalje u tekstu: ZOO).

48 U slučaju da su prije sklapanja ugovora o reviziji vođeni pregovori i na strani revizora budu ispunjene pretpostavke iz čl. 251. st. 2.-4. ZOO-a.

49 Ugovor o reviziji regulira čl. 40. ZR-a:

“(1) Međusobna prava i obveze revizorskog društva i revidiranog subjekta u vezi sa zakonskom revizijom uređuju se ugovorom o reviziji.

(2) Ugovor o reviziji sklapa se nakon imenovanja revizorskog društva. Revizorsko društvo dužno je obavijestiti Ministarstvo financija o prvom sklapanju ugovora o reviziji sa subjektom od javnog interesa u tekućoj poslovnoj godini.

(3) Ugovor o reviziji sklapa se u pisanom obliku. Ugovor o reviziji mora sadržavati iznos naknade za obavljanje zakonske revizije.

odgovornosti revizora za štetu prema trećim osobama, dakle njihovom izvanugovornom odgovornosti. To je odgovornost za štetu koju treće osobe pretrpe kao posljedicu "oslanjanja" na njegovo mišljenje. Budući da ne postoje posebne odredbe, u našem se pravu ta odgovornost temelji na povredi općeg načela zabrane prouzročenja štete.<sup>50</sup> Primijenjeno na odgovornost revizora prema trećim osobama – svim potencijalnim korisnicima izvješća neovisnog revizora, ovo načelo znači zabranu obavljanja usluga revizije suprotno propisima, pravilima struke i običajima, dakle bez primjene pažnje dobrog stručnjaka.

### **3.2. Pružatelji usluge zakonske revizije kao potencijalni štetnici**

Revizorske usluge<sup>51</sup> pružaju ovlašteni revizori<sup>52</sup> kao samostalni revizori<sup>53</sup> ili zaposlenici revizorskog društva.<sup>54</sup> Revizorsko društvo mora imati zaposlenog najmanje jednog ovlaštenog revizora (čl. 5. st. 1. ZR). Ovlašteni revizor ne može zaključiti ugovor o radu niti smije za svoj ili tuđi račun na bilo koji način obavljati

- 
- (4) Revizorsko društvo ne smije ugovorene revizorske usluge ustupati drugim revizorskim društvima.
- (5) Ugovor o reviziji može se raskinuti u skladu sa zakonom kojim se uređuju obvezni odnosi. Razlike u mišljenjima, koje se odnose na područja računovodstva i revizije, predstavnika revidiranog subjekta i revizorskog društva ne mogu biti opravdana osnova za raskid ugovora.
- (6) Revizorsko društvo dužno je obavijestiti Ministarstvo financija o raskidu ugovora iz stavka 1. ovoga članka, u roku od 15 dana od datuma raskida, uz detaljno obrazloženje razloga koji su doveli do raskida ugovora. U vezi s primljenom obavijesti Ministarstvo financija može odlučiti o provedbi postupka nadzora nad revizorskim društvom.
- (7) Odredbe stavaka 1.–5. ovoga članka na odgovarajući se način primjenjuju i na druge ugovore o obavljanju revizorskih usluga.
- 50 Čl. 8. ZOO: "Svatko je dužan uzdržati se od postupka kojim se može drugome prouzročiti šteta."
- 51 "Revizorske usluge su zakonska revizija, druge revizije financijskih izvještaja, uvid u financijske izvještaje, ostali revizijski angažmani s izražavanjem uvjerenja te usluge povezane s revizijom financijskih izvještaja. Revizorske usluge obuhvaćaju i druge poslove čije je obavljanje posebnim propisom povjereno revizorskim društvima." (čl. 4. t. 1. ZR).
- 52 "Ovlašteni revizor je fizička osoba koja ima odobrenje za rad koje je izdalo Ministarstvo financija u skladu s odredbama ovoga Zakona." (čl. 4. t. 9. ZR). "Ovlašteni revizor iz druge države članice je fizička osoba koja ima odobrenje za rad nadležnog tijela te druge države članice i koja ima odobrenje za rad za obavljanje zakonske revizije koje je izdalo Ministarstvo financija u skladu s odredbama ovoga Zakona." (čl. 4. t. 10. ZR).
- 53 "Samostalni revizor je ovlašteni revizor koji ima odobrenje za rad u obliku samostalne djelatnosti koje je izdalo Ministarstvo financija u skladu s odredbama ovoga Zakona." (čl. 4. t. 7. ZR).
- 54 "Revizorsko društvo je pravna osoba sa sjedištem u Republici Hrvatskoj osnovana kao trgovačko društvo u jednom od pravnih oblika u skladu sa zakonom kojim se uređuju trgovačka društva i koje ima odobrenje za rad koje je izdalo Ministarstvo financija u skladu s odredbama ovoga Zakona." (čl. 4. t. 6. ZR).
- "Revizorsko društvo iz druge države članice je pravna osoba i/ili neki drugi subjekt bez obzira na njegov pravni oblik iz druge države članice koja ima odobrenje za rad nadležnog tijela te druge države članice i koju je registriralo Ministarstvo financija u skladu s odredbama ovoga Zakona." (čl. 4. t. 8. ZR).

revizorske usluge s drugim revizorskim društvom (čl. 5. st. 3. ZR).

Revizori su pripadnici jedne, od tzv. intelektualnih profesija,<sup>55</sup> djelatnosti u kojoj prevladava intelektualni karakter činidbe koju duguju, njihove su obveze strogo osobnog karaktera, a u svom su radu autonomni i neovisni.<sup>56</sup> Revizorske usluge moraju se obavljati neovisno, samostalno i objektivno u skladu sa ZR-om, Međunarodnim revizijskim standardima te drugim propisima i pravilima (čl. 5. st. 6. ZR). Od revizora se očekuje profesionalna skeptičnost koju ZR definira kao “pristup koji podrazumijeva pronicljivost, spremnost na prepoznavanje stanja koje može upućivati na moguće pogrešno prikazivanje zbog pogreške ili prijekave te pažljivu procjenu dokaza prikupljenih tijekom revizije” (čl. 4. t. 24. ZR).<sup>57</sup>

Kao nadležno tijelo, odnosno tijelo koje je u Republici Hrvatskoj odgovorno za uređenje i/ili nadzor i javni nadzor ovlaštenih revizora, samostalnih revizora i revizorskih društava ZR-om imenovano je Ministarstvo financija (čl. 4. t. 5. ZR). ZR vrlo detaljno regulira pretpostavke i postupak za izdavanje odobrenja za rad ovlaštenom revizoru i revizorskom društvu,<sup>58</sup> odobrenja za rad ovlaštenom revizoru i registraciju revizorskog društva iz druge države članice<sup>59</sup> te odobrenja za rad ovlaštenom revizoru iz treće zemlje i registraciju revizora u trećoj zemlji i subjekta za obavljanje revizije u trećoj zemlji.<sup>60</sup> O svim se navedenim subjektima kojima je Ministarstvo financija izdalo odobrenje za rad ili odobrilo registraciju vode odgovarajući, javno dostupni registri.<sup>61</sup> Uloga Hrvatske revizorske komore kao strukovne organizacije revizora i njene ovlasti novim su ZR-om bitno promijenjeni.<sup>62</sup> Promjene su usmjerene na jačanje javnog nadzora nad ovlaštenim revizorima i revizorskim društvima, zbog čega je velik dio dosadašnjih javnih ovlasti komore prešao na Ministarstvo financija, kao nadležno tijelo.<sup>63</sup>

### **3.3. Pogrešno stručno mišljenje kao štetna radnja revizora**

#### **3.3.1. Definicija zakonske revizije kao vrste revizije financijskih izvještaja**

Revizija financijskih izvještaja je: “provjera i ocjenjivanje godišnjih financijskih

55 Uz njih tu spadaju liječnici, odvjetnici, javni bilježnici, arhitekti, ovlašteni graditelji i sl.

56 O navedenim karakteristikama profesionalnih djelatnosti vidi: Petrić, Silvija, Problem pravne osnove profesionalne odgovornosti za štetu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, 2004., str. 203.-211.

57 To je definicija iz čl. 1. t. 13. b) Direktive 2014/56/EU kojom se mijenja čl. 21. st. 2. Direktive 2006/43. Više o profesionalnoj skeptičnosti vidi *infra* 2.3.4.1.

58 Čl. 7.-21. ZR.

59 Čl. 7.-21. ZR.

60 Čl. 27.-33. ZR.

61 Poglavlje V. (čl. 34.-39.), Registri.

62 Njen pravni položaj, javne ovlasti i zadaće, financiranje, statut, tijela i druga pitanja u svezi s njenim djelovanjem, uređeni su čl. 100.-109. ZR-a. Hrvatska revizorska komora dužna je u roku od tri mjeseca od stupanja ZR-a na snagu uskladiti svoju organizaciju i poslovanje, u roku od dva mjeseca ustupiti podatke iz registara koje vodi u skladu s bivšim Zakonom o reviziji i omogućiti pristup svim podacima koje posjeduje temeljem dodijeljenih javnih ovlasti sukladno tom zakonu (čl. 124. st. 1. i 2. ZR).

63 Vidi poglavlja VIII-X. ZR.

izvještaja i godišnjih konsolidiranih financijskih izvještaja i drugih financijskih izvještaja te podataka i metoda korištenih prilikom njihova sastavljanja i na temelju toga, davanje neovisnog stručnog mišljenja o tome prikazuju li financijski izvještaji u svim značajnim odrednicama istinit i fer prikaz financijskog položaja i uspješnosti poslovanja te novčanih tokova u skladu s primjenjivim okvirom financijskog izvještavanja ili, ako je to primjenjivo, jesu li financijski izvještaji u skladu s propisima” (čl. 4. t. 2. ZR). Ona obuhvaća zakonsku reviziju i druge revizije financijskih izvještaja. Zakonska revizija je revizija godišnjih financijskih izvještaja i godišnjih konsolidiranih financijskih izvještaja koja se zahtijeva prema pravu Europske unije, propisima Republike Hrvatske<sup>64</sup> ili dobrovoljno obavlja na zahtjev malih poduzetnika ako je po opsegu i sadržaju jednakovrijedna s revizijom koja se obavlja na temelju propisa Republike Hrvatske (čl. 4. t. 4. ZR).

### 3.3.2. Pogrešne predodžbe o reviziji

Kako je već navedeno, Direktiva 2014/56/EU upozorava na činjenicu da zainteresirane strane ne moraju biti svjesne određenih ograničenja revizije i od nje imati nerealna očekivanja, te da je stoga važno razjasniti što sve zakonska revizija obuhvaća.<sup>65</sup> Ovo je ZR propisao kroz negativnu formulaciju u članku 55., gdje ističe da “revizija godišnjih financijskih izvještaja i godišnjih konsolidiranih financijskih izvještaja ne obuhvaća izražavanje uvjerenja o budućoj održivosti revidiranog

64 Financijski izvještaji subjekata koji podliježu zakonskoj reviziji propisuje Zakon o računovodstvu (NN, br. 78/15., 134/15. i 102/16.) u čl. 20., st. 1.-6.:

“(1) Obvezi revizije godišnjih financijskih izvještaja podliježu godišnji financijski izvještaji i godišnji konsolidirani financijski izvještaji subjekata od javnog interesa te velikih i srednjih poduzetnika koji nisu subjekti od javnog interesa.

(2) Obvezi revizije godišnjih konsolidiranih financijskih izvještaja podliježu i poduzetnici koji su matična društva velikih i srednjih grupa ako nisu obveznici revizije sukladno stavku 1. ovoga članka.

(3) Matična društva malih grupa koja nemaju obvezu sastavljanja konsolidiranih godišnjih financijskih izvještaja nisu obveznici revizije iz stavka 2. ovoga članka za te godišnje konsolidirane financijske izvještaje.

(4) Ako nisu obveznici revizije sukladno stavicima 1. i 2. ovoga članka, obvezi revizije podliježu i godišnji financijski izvještaji i godišnji konsolidirani financijski izvještaji dioničkih društava, komanditnih društava i društava s ograničenom odgovornošću čiji pojedinačni, odnosno konsolidirani podaci u godini koja prethodi reviziji prelaze pokazatelje u barem dva od sljedeća tri uvjeta:

– iznos ukupne aktive 15.000.000,00 kuna

– iznos prihoda 30.000.000,00 kuna

– prosječan broj radnika tijekom poslovne godine iznosi najmanje 25.

(5) Ako nisu obveznici revizije sukladno stavicima 1., 2. i 4. ovoga članka, obvezi revizije godišnjih financijskih izvještaja podliježu godišnji financijski izvještaji i godišnji konsolidirani financijski izvještaji poduzetnika koji su podnijeli zahtjev za uvrštavanje svojih vrijednosnih papira na uređeno tržište.

(6) Reviziji podliježu i godišnji financijski izvještaji poduzetnika koji su sudjelovali u poslovnim pripajanjima, spajanjima, odnosno podjelama kao preuzimatelji ili novoosnovana društva ako obvezi revizije ne podliježu prema stavicima 1., 2., 4. i 5. ovoga članka.”

65 Recital 11. Direktive 2014/56/EU.

subjekta ili učinkovitosti članova uprave ili upravnog odbora pri dotadašnjem ili budućem vođenju poslova subjekta.”

U javnosti je prisutno mnogo pogrešnih predodžbi o reviziji. U literaturi ih se naziva i raskorakom u očekivanjima (tzv. engl. *gap of Expectation*), kao razlike između onog što korisnici od mišljenja revizora očekuju i onoga što revizori smatraju da mogu dati. Smatramo potrebnim upozoriti na njih, jer se odgovornost revizora za štetu može ispravno sagledati tek nakon što se uklone te pogrešne predodžbe. Kao najčešće pogrešne predodžbe (zablude) o reviziji u SAD-u navode se sljedeće:<sup>66</sup> a) revizor potvrđuje financijske izvještaje, b) pozitivno revizorovo mišljenje ukazuje na to da su financijski izvještaji točni, c) revizori provjeravaju sve transakcije kompanije, d) revizije su predodređene za otkrivanje manjih prijevара, e) pozitivno mišljenje revizora znači da su solidne unutrašnje kontrole kompanije, f) revizor odlučuje koja će se računovodstvena načela primjenjivati, g) revizori sastavljaju financijske izvještaje i h) standardno revizorovo izvješće pruža jamstvo za sigurnost ulaganja. Za većinu navedenih pogrešnih predodžbi Krajačić zaključuje da manje ili više vrijede i u Hrvatskoj, dok za pogrešnu predodžbu da revizor potvrđuje financijske izvještaje navodi da je u našoj praksi, čak i izraženija, no u SAD-u.<sup>67</sup> Dodaje i nekoliko vezanih za naše uvjete: a) revizori provjeravaju poslovanje, b) teret dokaza je na revizoru, c) revizija je beskorisna jer je 99,9 % izvješća revizora pozitivno, d) revizor ima pravo mijenjati sadržaj financijskih izvještaja, e) revizori trebaju sastavljati bilješke uz financijske izvještaje i f) revizori su u sukobu interesa kada pružaju klijentu i druge usluge.<sup>68</sup>

Smatramo da je moguće zaključiti da europski, a posljedično tomu ni hrvatski zakonodavac ne želi ostaviti otvorenom mogućnost da treće osobe, ako se pokaže da financijska situacija i poslovanje revidiranog subjekta ne odgovaraju onima prikazanim u njegovim godišnjim financijskim izvještajima, a o kojima je revizor dao pozitivno mišljenje, samo na temelju takvog mišljenja ostvaruju pravo na naknadu štete od revizora. Drugim riječima, mišljenje revizora kao rezultat provedene zakonske revizije, treća osoba ne smije smatrati potvrdom revizora kojom bi on preuzeo odgovornost za sadržaj financijskih izvještaja revidiranog društva.

“Mišljenje je revizorova ocjena koja uključuje visoku razinu njegovog uvjerenja da u zabludu neće biti dovedeni svi oni korisnici revidiranih financijskih izvještaja, koji se u poslovnom odlučivanju budu oslanjali na u njima sadržane informacije.”<sup>69</sup> Njegovo mišljenje nije jamstvo buduće sposobnosti dobrog poslovanja klijenta. Za financijske izvještaje odgovoran je menadžment klijenta, a revizor je odgovoran za svoje mišljenje.<sup>70</sup>

66 Krajačić, Damir, *Izvješće neovisnog revizora*, Krajačić-Karl, Zagreb, 2007., str. 13.-22. Ovaj autor citira članak: Abraham D. Akresh, *Common myths about audits*, *Journal of Accountancy*, svibanj 1990., str. 110.-111., cit. prema Krajačić, op. cit. str. 13. i analizira koliko su američke spoznaje o najčešćim zabludama o reviziji primjenjive za našu praksu.

67 Krajačić, op. cit., str. 14.

68 *Ibid.*, str. 19.-22.

69 *Ibid.*, str. 9.

70 Tušek, Boris, Žager, Lajoš, *Revizija, Hrvatska zajednica računovođa i financijskih djelatnika*, Zagreb, 2006., str. 129.

### 3.3.3. Revizorsko izvješće

Rezultat provedene zakonske revizije je: “iskaz mišljenja o tome da financijski izvještaji, u skladu s mjerodavnim okvirom za financijsko izvještavanje, pružaju istinit i pošten pogled na subjekte koji su predmet revizije,<sup>71</sup> odnosno, riječima našeg zakonodavca: “neovisnog stručnog mišljenja o tome prikazuju li financijski izvještaji u svim značajnim odrednicama istinit i fer prikaz financijskog položaja i uspješnosti poslovanja te novčanih tokova u skladu s primjenjivim okvirom financijskog izvještavanja.”<sup>72</sup>

Revizorsko izvješće o obavljenoj zakonskoj reviziji mora biti sastavljeno u skladu s Međunarodnim revizijskim standardima, odredbama ZR-a i drugim propisima (čl. 58. st. 1. ZR). Ono mora biti u pisanom obliku i sadržavati podatke propisane člankom 58. stavak 2 ZR-a.<sup>73</sup> Od navedenih je obveznih dijelova ključan onaj u kojem revizor izražava svoje mišljenje koje može biti pozitivno, s rezervom ili negativno o tomu, pružaju li godišnji financijski izvještaji ili godišnji konsolidirani financijski izvještaji istinit i fer prikaz u skladu s primjenjivim okvirom financijskog izvještavanja i, ako je to primjenjivo, jesu li godišnji financijski izvještaji u skladu s propisima. To je bit samoga revizorskog izvješća i ako ovlašteni revizor ili revizorsko

71 Recital 11. Direktive 2014/56/EU.

72 Čl. 4. t. 2. ZR.

73 Čl. 58. st. 2:

“Revizorsko izvješće mora biti u pisanom obliku te mora sadržavati:

1. identifikacijske podatke o revidiranom subjektu čiji su godišnji financijski izvještaji ili godišnji konsolidirani financijski izvještaji predmet zakonske revizije
2. naziv godišnjeg financijskog izvještaja ili godišnjeg konsolidiranog financijskog izvještaja i naznaku datuma te razdoblje na koje se odnosi
3. okvir financijskog izvještavanja koji je primijenjen prilikom sastavljanja godišnjeg financijskog izvještaja ili godišnjeg konsolidiranog financijskog izvještaja
4. opis opsega zakonske revizije i revizijske standarde u skladu s kojima se obavila zakonska revizija
5. revizorsko mišljenje koje može biti pozitivno, s rezervom ili negativno te u njemu mora biti jasno navedeno mišljenje ovlaštenog revizora ili revizorskog društva o sljedećem:
  - a) pružaju li godišnji financijski izvještaji ili godišnji konsolidirani financijski izvještaji istinit i fer prikaz u skladu s primjenjivim okvirom financijskog izvještavanja i
  - b) ako je to primjenjivo, jesu li godišnji financijski izvještaji u skladu s propisima
6. upućivanje na sva pitanja na koja je revizorsko društvo upozorilo u posebnom naglasku koji ne predstavlja ograđivanje u revizorskom mišljenju
7. mišljenje i izjavu je li izvješće posloводства usklađeno s godišnjim financijskim izvještajima za istu poslovnu godinu, je li izvješće posloводства sastavljeno u skladu sa zakonom kojim se uređuje računovodstvo poduzetnika i ostalim propisima te je li, a na temelju znanja i razumijevanja stečenih tijekom zakonske revizije o revidiranom subjektu i njegovu okruženju, ovlašteni revizor utvrdio značajne pogrešne prikaze u izvješću posloводства uz opis prirode tih utvrđenih značajnih pogrešnih prikaza
8. izjavu u vezi s bilo kakvom značajnom neizvjesnošću u vezi s događajima ili okolnostima koji značajno mogu dovesti u pitanje sposobnost revidiranog subjekta za nastavak vremenski neograničenog poslovanja
9. podatak o sjedištu revizorskog društva
10. u slučaju zakonske revizije subjekata od javnog interesa dodatno i elemente propisane člankom 10. Uredbe (EU) br. 537/2014.”



društvo svoje mišljenje ne može izraziti, revizorsko izvješće mora sadržavati navod o suzdržavanju od izražavanja mišljenja (čl. 58. st. 3. ZR). Upravo se uz pozitivno revizorsko mišljenje, nakon otkrića da stanje revidiranog subjekta nije onakvo kakvo je bilo prikazano u financijskim izvješćima, povlači pitanje odgovornosti revizora za štetu prema onim trećim osobama koje su se pouzdale u to mišljenje i na temelju njega donosile odluke koje su rezultirale njihovim financijskim gubitcima. Revizor je dao pogrešno mišljenje ako je dao pozitivno mišljenje, a trebao je dati mišljenje s rezervom ili negativno ili se suzdržati od izražavanja mišljenja. Naravno, pogrešna su i mišljenja u svim drugim kombinacijama kada je trebalo biti izraženo drugačije mišljenje od onog koje je izraženo, ali će ona rjeđe dovesti do pozivanja na odgovornost prema trećima.<sup>74</sup>

S obzirom na već navedeno, samo izražavanje pogrešnog mišljenja ne može se definirati kao protupravno postupanje revizora. Takvo je pogrešno mišljenje protupravno, samo ako je ono posljedica postupanja revizora protivno propisima i pravilima struke, odnosno bez upotrebe pažnje dobrog stručnjaka, a do njegove odgovornosti za štetu može dovesti ako je u uzročnoj vezi sa štetom koju pretrpi revidirani subjekt ili treća osoba.

### *3.3.4. Pažnja dobrog stručnjaka*

#### *3.3.4.1. Pravila struke i profesionalna etika revizora*

ZOO od profesionalaca zahtijeva da pri ispunjavanju obveza iz profesionalne djelatnosti postupaju s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običaja (pažnja dobrog stručnjaka, čl. 10. st. 2. ZOO).<sup>75</sup> Budući da ZOO ne sadrži druge posebne odredbe o profesionalnoj odgovornosti, za ocjenu odgovornosti revizora, kao i pripadnika drugih profesija, u svakom će konkretnom slučaju biti potrebna procjena jesu li postupali s pažnjom dobrog stručnjaka. Odgovor na to pitanje daju pravila njihove profesije. Kada se pravila struke koriste za procjenu standarda dobrog stručnjaka, objektivna protupravnost (povreda pravila struke) i subjektivna protupravnost (krivnja) čine jedinstvo. I dok je stari ZR samo načelno spominjao stručnost i neovisnost kao temeljne karakteristike revizora, novi ZR donosi niz pravila o postupanju revizora, jer je europski zakonodavac smatrao potrebnim neke standarde i etička pravila struke podignuti na razinu propisa.

Profesionalne revizorske tvrtke rano su uočile potrebu ujednačavanja metoda i tehnika ispitivanja financijskih izvještaja, budući da se mišljenje revizora, kako bi imalo stručnu i informacijsku podlogu, mora oslanjati na općeprihvaćene metodološke

74 Npr. kada bi negativno mišljenje revizora odvratilo treću osobu od ulaganja koje bi se kasnije pokazalo kao vrlo isplativo ili slično. Ova druga pogrešna mišljenja revizora češće mogu oštetiti samo revidirano društvo, dakle dovesti do ugovorne odgovornosti prema revidiranom subjektu. Za treće bi predstavljala ono što se u oštetnom pravu kvalificira kao čisti ekonomski gubitak i relativno restriktivno priznaje.

75 “Sudionik u obveznom odnosu dužan je u ispunjavanju obveze iz svoje profesionalne djelatnosti postupiti s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka)” (čl. 10. st. 2. ZOO).

postupke.<sup>76</sup> Najvažniji izvor pravila revizorske struke jesu Međunarodni revizijski standardi čija je primjena obvezatna nakon što se prevedu i objave u Narodnim novinama.<sup>77</sup> Njihovo prevođenje i objava na hrvatskom jeziku jedna je od javnih ovlasti Hrvatske revizorske komore (čl. 101. st. 1. t. 1. ZR). Predstavljaju skup pravila uopćenih na međunarodnoj razini, a sadrže detaljne odrednice za postupanje revizora u različitim situacijama, odnosno aspektima njihova djelovanja.

Osim standarda i smjernica za rad, pri obavljanju revizije, revizor je dužan pridržavati se načela i pravila profesionalne etike. Kodeks etike za profesionalne računovođe<sup>78</sup> sadrži temeljna načela: poštenje, objektivnost, profesionalnu kompetentnost i dužnu pažnju, povjerljivost i profesionalno ponašanje.<sup>79</sup> Ova su etička temeljna načela obuhvaćena i posebnom odredbom ZR-a: “Revizorsko društvo i ovlašteni revizor moraju djelovati u skladu s temeljnim načelima profesionalne etike o integritetu, objektivnosti, profesionalnoj kompetentnosti i dužnoj pažnji” (čl. 47. st. 1. ZR).

Temeljno je pravilo da se revizor ne smije svjesno angažirati ako mogu biti

76 Popović, Žarko, Vitezić, Neda, Revizija i analiza, Instrumenti uspješnog donošenja poslovnih odluka, Sveučilište u Rijeci, Rijeka, 2009., str. 30.

77 ZR čl. 4. t. 20.: “Međunarodni revizijski standardi su Međunarodni revizijski standardi, Međunarodne smjernice revizijske prakse (engl. IAPN), Međunarodni standardi za angažmane uvida, druge angažmane s izražavanjem uvjerenja, odnosno za povezane usluge i Međunarodni standardi kontrole kvalitete ako je navedene standarde i smjernice usvojio Odbor za Međunarodne standarde revidiranja i izražavanja uvjerenja (engl. IAASB) te ako su prevedeni i objavljeni u “Narodnim novinama” ili ako su propisani pravom Europske unije. U smislu ovoga Zakona Međunarodnim revizijskim standardima smatraju se i odredbe kodeksa etike za profesionalne računovođe koje donosi Međunarodni odbor za etičke standarde računovodstvene struke (engl. IESBA) koji su prevedeni i objavljeni u “Narodnim novinama,” ako nisu u suprotnosti s odredbama ovoga Zakona.”

78 Kodeks etike za profesionalne računovođe kojeg je pripremio Odbor za međunarodne standarde etike za računovođe (International Ethics Standards Board for Accountants, IESBA), u izvorniku je objavila Međunarodna federacija računovođa (International Federation of Accountants; IFAC), u svibnju 2015. godine, a Hrvatska revizorska komora uz odobrenje IFAC-a prevela ga je na hrvatski jezik i objavljen je u Narodnim novinama, br. 106/2016.

79 U Kodeksu (100.5) su navedena načela definirana na sljedeći način:

“(a) Poštenje – biti iskren i pošten u svim profesionalnim i poslovnim odnosima.

(b) Objektivnost – ne dopustiti da pristranost, sukob interesa ili neprimjeren utjecaj drugih nadvlada njegove profesionalne ili poslovne prosudbe.

(c) Profesionalna kompetentnost i dužna pažnja – održavati profesionalna znanja i vještine na razini potrebnoj za osiguranje da će klijent ili poslodavac primiti kompetentnu profesionalnu uslugu temeljenu na suvremenim dostignućima prakse, zakonodavstva i tehnika te djelovati marljivo i u skladu s primjenjivim stručnim i profesionalnim standardima.

(d) Povjerljivost – poštivati povjerljivost informacija stečenih temeljem profesionalnih i poslovnih odnosa te stoga ne objavljivati bilo koju takvu informaciju trećim osobama bez posebnog i odgovarajućeg odobrenja, osim ako nema zakonskog ili profesionalnog prava ili obveze da se objavi, niti koristiti informacije za osobnu korist profesionalnog računovođe ili trećih stranaka.

(e) Profesionalno ponašanje – postupati u skladu s relevantnim zakonima i regulativama te izbjeći svaku radnju koja diskreditira profesiju.”

Svako od tih temeljnih načela detaljno je razrađeno kroz primjere i specifične situacije u kojima se obavljajući svoju djelatnost revizori mogu naći.

ugroženi poštenje, objektivnost ili dobar ugled profesije i taj bi angažman mogao biti nespojiv s temeljnim načelima (200.2). Sve okolnosti i odnosi koji potencijalno mogu ugroziti ta načela zovu se prijetnjama i mogu se ubrojiti u neku od idućih kategorija: osobni interes, samoprovjera, propagiranje, zbliženost i zastrašenost (200.3.).

Pri planiranju i obavljanju revizije, revizor mora polaziti od profesionalnog skepticizma, tj. prihvatiti mogućnost da postoje okolnosti koje mogu uzrokovati da su financijski izvještaji uvelike pogrešno prikazani, što uključuje i prijevare i pogreške, a neovisno o dosadašnjem iskustvu o iskrenosti i integritetu članova uprave ili upravnog odbora revidiranog subjekta (čl. 47. st. 2. ZR). Posebno je naglašena potreba pridržavanja profesionalne skeptičnosti pri provjeravanju procjena upravljačkih struktura u vezi s fer vrijednostima, umanjenjem imovine, rezerviranjima i budućem toku novca koji su relevantni za sposobnost subjekta za vremenski neograničeno poslovanje (čl. 47. st. 3. ZR).

#### *3.3.4.2. Prijetnje neovisnosti revizora*

Osim samih revizora, sve osobe koje mogu izravno ili neizravno utjecati na rezultat revizorskih usluga moraju biti neovisni u odnosu na revidirani subjekt i tijekom razdoblja koje obuhvaćaju financijski izvještaji i tijekom obavljanja revizijskih usluga. Revizori ne smiju obavljati reviziju ako postoji prijetnja “samopregleda, koristoljublja, zagovaranja, rodbinske povezanosti ili zastrašivanja” koja proizlazi iz određene vrste odnosa i povezanosti revizora i revidiranog subjekta.<sup>80</sup> Detaljno su u tu svrhu propisani načini na koje se neovisnost revizora osigurava zabranom ostvarivanja materijalnih i izravnih koristi, dokumentiranjem svih potencijalnih prijetnji neovisnosti, zabranom zapošljavanja revizora kod revidiranog subjekta, pripremanja revizorske usluge i procjenama prijetnji neovisnosti, uspostavom odgovarajućih organizacijskih i administrativnih mehanizama njihova sprječavanja... itd.<sup>81</sup>

#### *3.3.4.3. Razumno uvjerenje s obzirom na primijenjeni financijski okvir izvještavanja*

Revizijski se postupak obavlja na način da se osigura razumno uvjerenje (visoka razina uvjerenja) o otkrivenim bitnim pogreškama u financijskim izvještajima koji su predmet revizije.<sup>82</sup> Visoka razina uvjerenja ne podrazumijeva da revizor jamči za točnost informacija sadržanih u financijskim izvještajima. Za potvrđivanje točnosti bilo bi nužno ispitati sve transakcije i prikupiti niz revizorskih dokaza što bi bilo neekonomično, jer bi takva revizija trajala nerazumno dugo i bila nerazumno skupa. Revizor, dakle, nije u mogućnosti steći apsolutno uvjerenje. “Revizor ima pokriće u

80 “... financijskih, osobnih, poslovnih odnosa, odnosa u vezi sa zaposlenjem ili drugih odnosa između revizorskog društva i ovlaštenog revizora, njegove mreže i bilo koje fizičke osobe koji mogu utjecati na rezultat zakonske revizije i revidiranog subjekta, a zbog koje bi objektivna, razumna i informirana treća strana, uzimajući u obzir primijenjene zaštitne mehanizme, zaključila da je neovisnost revizorskog društva ili ovlaštenog revizora ugrožena” (čl. 48. st. 3. ZR).

81 Čl. 49.-54. ZR.

82 Popović, Vitezić, op. cit., str. 51.

revizijskim standardima u slučaju da ne otkrije bitne pogreške u revizijskom postupku. Revizor nije niti može biti odgovoran za neprimjenjivanja zakona i propisa, i uvijek postoji rizik neotkrivanja nekih značajnijih pogrešaka u financijskim izvještajima.”<sup>83</sup>

Koliko će revizor prikupljati revizijskih dokaza ovisi o njegovoj profesionalnoj procjeni, ali u svakom izvješću mora navesti koja je pravila revidiranja primijenio. U slučaju pozivanja na odgovornost, u postupku dokazivanja ispitat će se je li revizor stvarno obavio sve postupke koje je prema pravilima revidiranja trebao obaviti. Kod procjene koje i kakve revizijske dokaze prikupiti, ako prikupi više no što je potrebno, revizor će biti sigurniji, ali manje učinkovit, ako prikupi manje dokaza ili oni prikupljeni nisu odgovarajući, riskira da će njegovo mišljenje biti pogrešno. Bitno je naglasiti da se revizorovo izvješće uvijek odnosi na cjelinu financijskih izvještaja, dakle i na one transakcije koje nisu bile obuhvaćene njegovim ispitivanjima. Revizor mora planirati i provoditi postupke ispitivanja tako da na optimalan način pronađe sva značajna pogrešna prikazivanja u financijskim izvještajima.<sup>84</sup> Jesu li sadržaj i prikaz financijskih izvještaja odgovarajući, revizor procjenjuje s obzirom na primijenjeni financijski okvir izvještavanja. Postoje, naime različiti okviri financijskog izvještavanja i nisu uvijek svi primjenjivi s obzirom na zakonsku i strukovnu regulativu, djelatnost subjekta i svrhu financijskog izvještaja. Onaj financijski okvir izvještavanja koji je uprava primijenila može i ne mora biti primjenjiv.<sup>85</sup>

Za obavljanje revizije vrijedi načelo značajnosti. To znači da revizor ispituje sadrže li financijski izvještaji značajne nepravilnosti (pogreške ili prijevare). Postupak određivanja je li neka nepravilnost značajna prepušten je profesionalnoj prosudbi revizora. Time je otvoren prostor za nenamjerne i namjerne propuste koji mogu dovesti do netočnog izvješćivanja. Neki je iznos za određeno društvo značajan, dok za drugo nije, a neka je informacija za neke korisnike izvješća značajna a za druge nije. Značajna je ona informacija čije izostavljanje ili pogrešno prikazivanje može uvjetovati pogrešnu odluku ili prosudbu korisnika financijskih izvještaja. Temeljna ideja ovog standarda je u tomu da revizor pozornost usmjerava na materijalno značajne informacije.<sup>86</sup>

#### 3.3.4.4. Razmatranje prijevара i pogrešaka

Poseban međunarodni standard (MRev 240) odnosi se na razmatranje prijevара i pogrešaka. “Pri planiranju i obavljanju postupaka revizije, kao i pri procjeni rezultata i izvješćivanju o rezultatima revizije, revizor treba razmotriti rizik značajnih pogrešnih prikaza nastalih uslijed prijevара ili pogreške.” (MRev 240., t. 2.) Pritom izraz prijevара označava namjerno pogrešan iskaz, dok pogreška označava nenamjerne pogreške u financijskim izvještajima. “Izraz “prijevара” odnosi se na namjernu radnju stjecanja nepravedne ili nezakonite prednosti varanjem, koju provode jedna ili više osoba iz menadžmenta, osobe iz nadzornog odbora, zaposlenici ili treća stranka. Prijevара je široki pravni pojam, međutim revizor je usmjeren samo na one radnje prijevара

83 Ibid., str. 52.

84 Krajačić, op. cit., str. 10.-11.

85 Ibid., str. 11.

86 Tušek, Žager, op. cit., str. 133.

koje uzrokuju materijalno značajne pogrešne prikaze u financijskim izvještajima. Pogrešan prikaz financijskih izvještaja ne mora biti cilj prijevare. Revizori ne donose pravne odluke o tomu je li se prijevara doista dogodila. Prijevara u koju su uključeni jedan ili više članova menadžmenta ili nadzornog odbora, naziva se “prijevara menadžmenta”, a prijevara koja uključuje samo zaposlenike poslovnog subjekta naziva se “prijevara zaposlenika”. U oba slučaja može postojati i povezanost s trećim osobama izvan poslovnog subjekta (MRev 240, t. 4.). Prijevarno se prikazivanje može javiti u obliku prijevarnoga financijskog izvještavanja i protupravnog prisvajanja imovine. “Prijevarno financijsko izvještavanje uključuje namjerni pogrešni prikaz, izostavljanje iznosa ili neobjavljivanje podataka u financijskim izvještajima u cilju prijevare korisnika financijskih izvještaja.” (MRev 240, t.6.)

Odgovorani za sprječavanje prijevara i pogreški je menadžment, stoga i postoje sustavi unutrašnjih kontrola. Revizijski rizik koji proizlazi iz neotkrivanja prijevara i pogrešaka u pravilu je znatno veći kod prijevara nego pogrešaka. Kada otkrije prijevaru ili pogrešku revizor mora procijeniti njihov mogući učinak na financijske izvještaje klijenta i o tomu izvijestiti odgovorne osobe. Ako su u to uključene najviše rangirane osobe revizor treba “zatražiti pravni savjet i razmotriti svoju odgovornost izvješćivanja prema tijelima vlasti.”<sup>87</sup> Nesuglasje glede pogreške i prijevare između revizora i klijenta može biti razlog za odustajanje od preuzete obveze revizije. Revizor može utjecati na sprječavanje pogreške ili prijevare, ali nije, niti može biti odgovoran za sprječavanje prijevare i pogreške.<sup>88</sup>

### ***3.4. Uzročna veza između pogrešnog revizorskog izvješća i štete koju trpe treće osobe***

Prema općim pravilima izvanugovorne odgovornosti za štetu, oštećenik mora dokazati uzročnu vezu između štetne radnje i štete koju je pretrpio. Ako se pogrešno revizorsko izvješće kvalificira kao štetna radnja revizora, u svakom pravnom sustavu koji na odgovornost revizora prema trećima primjenjuje opća pravila o izvanugovornoj odgovornosti, na njima je teret toga dokaza.

Neposredna (direktna) uzročna veza između štete koju netko pretrpi zbog ulaganja u društvo čija su godišnja izvješća krila prijevare postoji između lošeg upravljanja društvom, lošeg poslovanja, pogrešnih odluka i malverzacija i štete, a ne revizorovog mišljenja i pretrpljene štete (osim ako je i revizor sudionik prijevare). Šteta koju treći pretrpe neposredna su posljedica stanja u društvu, a ne pogrešnog izvješća o tom stanju. Revizor odgovara za svoj rad, odnosno njegov rezultat, a to je izvješće u kojem je dao svoje mišljenje, a ne za financijska izvješća i poslovanje društva koje je bilo subjekt revizije. Sama činjenica da je revizorovo (pogrešno) mišljenje bilo objavljeno, dakle, dostupno trećim osobama, ne može se nametnuti kao dokaz postojanja uzročne veze između tog mišljenja i štete koju su treći pretrpjeli.

Zbog navedenog je, za donošenje odluke o odgovornosti revizora za štetu prema općim pravilima odštetnoga prava potrebno uspostaviti i dvije dodatne veze: vezu

<sup>87</sup> Ibid., str. 131.

<sup>88</sup> Loc. cit.

između stanja u društvu i pogrešnog mišljenja koje je revizor iskazao te vezu između pogrešnog mišljenja i radnje koju je oštećena osoba poduzela ili propustila poduzeti i zbog toga trpi štetu. U tom će smislu oštećenik tvrditi da je revizor, da je upotrijebio dužnu pažnju, trebao otkriti nepravilnosti u financijskim izvješćima, dok će revizor tvrditi da je upotrijebio dužnu pažnju, ali niti uz nju te nepravilnosti nije otkrio niti mogao otkriti. Oštećenik će, nadalje, tvrditi da bi, da mišljenje revizora nije bilo pogrešno, postupio drugačije.

Zbog ranije navedenih pravila struke koja se primjenjuju na revizore, a što je potvrdila i sudska praksa u pojedinim državama, uzročna je veza najspornija pretpostavka kod ove odgovornosti za štetu. Bez obzira na različitost temeljnih pravila odštetnoga prava, i *common law* sustavi se bave istim načelnim pitanjem – kako povezati pogrešnost mišljenja revizora i štetu koju trpi treća osoba.

Oštećenik će u pravilu biti u boljem položaju ako dokaže da je razlog pogrešnosti mišljenja bio neki oblik sudjelovanja revizora u pogrešnom prikazivanju stanja u društvu (da je revizor znao ili morao znati za to stanje). Ako i kada to dokaže, onda je revizor zapravo sudionik prijevare i pitanje njegove građanskopravne odgovornosti, odnosno uzročne veze kao njezine pretpostavke, nije više sporno. U svim drugim slučajevima, mogućnost ostvarivanja naknade štete od revizora vrlo je mala, odnosno na razini teorijske.

#### 4. ISTRAŽNE RADNJE I SANKCIJE

Zbog činjenice da se u pitanju prevencije štetnih radnji revizora europski ni nacionalni zakonodavac ne može u potpunosti osloniti na pravila o odgovornosti za štetu, novim se europskim pravilima jačanjem javnog nadzora i dodjelom ovlasti za provođenje istraga i određivanja sankcija nastoji osigurati takav, preventivni učinak.

Države moraju osigurati djelotvorne sustave radnji i sankcija za otkrivanje, uklanjanje i sprječavanje neprimjerenog izvršavanja zakonske revizije. Bez dovođenja u pitanje sustava građanskopravne odgovornosti, države članice moraju propisati “djelotvorne, proporcionalne i odvratajuće sankcije” za ovlaštene revizore i revizorska društva, ako se zakonska revizija ne provodi na propisan način te iste na primjeren način objavljujati.<sup>89</sup> Hrvatski je zakonodavac propisao prekršajne kazne velikih raspona, općenito gledajući najviše prekršajne kazne u našem pravu.<sup>90</sup>

89 Čl. 30. Direktive 2006/43/EZ. Direktivom 2014/56/EU zamijenjeno je čitavo poglavlje VII. Direktive 2006/43/EZ (čl. 1. t. 25. Direktive 2014/56/EU).

90 Za prekršaje revizorskih društava koja obavljaju zakonsku reviziju subjekata od javnog interesa, prekršaje subjekata od javnog interesa i prekršaje Hrvatske revizorske raspon kazni iznosi od 200.000,00 kn do 800.000,00 kn (vidi čl. 116. st. 1., čl. 118. st. 1. i čl. 119. st. 1. ZR), a za u njima odgovorne osobe u rasponu od 20.000,00 do 100.000,00 kn (čl. 116. st. 3., čl. 118. st. 2. i čl. 119. st. 2. ZR). Za prekršaje revizorskih društava koja ne obavljaju zakonsku reviziju subjekata od javnog interesa te takve samostalne revizore, novčane se kazne kreću od 50.000,00 do 200.000,00 kn, a odgovorne osobe u revizorskim društvima od 5.000,00 do 20.000,00 kn (čl. 116. st. 2.-5. ZR).

## 5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Novi ZR donosi bitne promjene u regulaciji revizorske profesije u Republici Hrvatskoj. One su posljedica promjena na europskoj razini, u smjeru jačanja kvalitete i javnopravne kontrole nad pružanjem usluga revizije, uz istodobno postavljanje niza pravila revizorske struke na razinu propisa. Novine koje ovo uređenje donosi, samo se naizgled ne odnose na građanskopravnu odgovornost revizora. Njima je europski zakonodavac ujednačio bitne elemente protupravnosti ponašanja revizora kao opće pretpostavke njihove odgovornosti za štetu. Budući da se kao cilj ističe jačanje povjerenja investitora u istinitost i pravednost financijskih izvještaja, a istodobno se upozorava na moguća nerealna očekivanja korisnika tih izvještaja, možemo zaključiti da novo uređenje treba dovesti do prevladavanja postojećih razilaženja između očekivanja koja javnost ima od revizora i mogućnosti da oni udovolje tim očekivanjima. U europskom i poredbenom pravu uobičajilo se shvaćanje kako se revizija provodi u javnom interesu i stoga se od revizora očekuje da otkriju i spriječe prijevare i nepravilnosti u financijskim izvještajima, ali tu javnopravnu funkciju revizori ne prihvaćaju i ne mogu u potpunosti izvršiti. Iako se investitori oslanjaju na mišljenja revizora i poklanjaju im vjeru, revizori ne preuzimaju jamstvo za točnost informacija sadržanim u financijskim izvještajima.

Pri donošenju ZR-a nije se, nažalost, iskoristila prilika i posebno uredilo pitanje odgovornosti revizora za štetu ni prema društvu kojeg revidira niti prema trećim osobama, što je odavno predlagano u našoj pravnoj znanosti. Prema općim pravilima ZOO-a, revizori odgovaraju neograničeno i prema revidiranom subjektu i prema trećima. Međutim, ta načelna neograničena odgovornost za štetu nije još našla potvrdu u sudskoj praksi. Smatramo da je i bez toga moguće zaključiti da opća pravila o odgovornosti za štetu nisu pogodna za primjenu u toliko složenim odnosima povezanim s visokim financijskim rizikom. Treba razmotriti uvođenje neke od metoda ograničenja odgovornosti revizora koje je predložila Komisija, pri čemu neograničena odgovornost i dalje treba vrijediti za namjeru i krajnju nepažnju revizora.

I europski i nacionalni zakonodavac veću preventivnu funkciju priznaju pravilima o nadzoru i nadzornim mjerama te prekršajnoj odgovornosti revizora, nego njihovoj potencijalnoj odgovornosti za štetu. Hoće li taj novi, pojačani javnopravni nadzor zaista imati za posljedicu povećanje kvalitete pružanja revizorskih usluga, a visina kazni djelovati preventivno, tek predstoji vidjeti. Treba upozoriti i da takav, naglašen javni upliv u tu profesiju može imati i neke druge posljedice, posebno u smislu umanjenja atraktivnosti profesije i gubitka njezine samostalnosti i autonomnosti pretvaranjem revizora u neki oblik paradržavnih tijela, a bez preuzimanja odgovornosti države za njihov rad.

LITERATURA

1. Benston, George J., Bromwich, Michael, Litan, Robert E., Wagenhofer, Alfred, *Worldwide Financial Reporting: The Development and Future of Accounting Standards*, Financial, Corporate Financial Reporting and Regulation in Germany, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0195305833.001.0001/acprof-9780195305838-chapter-6> (15.01.2018.).
2. Bukovac Puvača, Maja, Utjecaj pravila o građanskopravnoj odgovornosti revizora na tržišnu utakmicu revizorskih usluga, *Zbornik radova - VI. majsko savetovanje, Liberalizam i zaštita konkurencija*, Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet, Kragujevac, 2010., str. 385.-406.
3. Čulinović - Herc, Edita, Aktualna pitanja financijskog izvještavanja dioničkih društava – odgovornost revizora, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, br. 1, 2004., str. 167.-202.
4. Davies, Martin, *The Liability of Auditors to Third Parties in Negligence*, *UNSW Law Journal*, vol. 14, br. 1, 1991., str. 171.-197.
5. De Poorter, Ingrid, *Auditor's liability towards third parties within the EU: A comparative study between the United Kingdom, the Netherlands, Germany and Belgium*, *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 3, br. 1, 2008., str. 68.-75.
6. Enriques, Luca, *Bad Apples, Bad Oranges: A Comment From Old Europe On Post-Enron Corporate Governance Reforms*, *Wake Forest Law Review*, 2003., str. 911.-934.
7. Jurić, Dionis, *Uloga revizora u dioničkom društvu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, br. 1, 2004., str. 323.-352.
8. Krajačić, Damir, *Izvjeste neovisnog revizora*, Krajačić-Karl, Zagreb, 2007.
9. Mäntysaari, Petri, *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law*, 2010., Springer-Verlag Berlin Heidelberg.
10. Nguyen, Vylan, Rajapakse, Pelma, *An Analysis of the Auditors' Liability to Third Parties in Australia*, *Common Law World Review*, vol. 37, 2008., str. 9.-44., <http://journals.sagepub.com/doi/10.1350/clwr.2008.37.1.9>. (15.01.2018.).
11. Petrić, Silvija, *Problem pravne osnove profesionalne odgovornosti za štetu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, br. 1, 2004., str. 203.-245.
12. Popović, Žarko, Vitezić, Neda, *Revizija i analiza*, *Instrumenti uspješnog donošenja poslovnih odluka*, Sveučilište u Rijeci, Rijeka, 2009.
13. Tušek, Boris, Žager, Lajoš, *Revizija*, *Hrvatska zajednica računovoda i financijskih djelatnika*, Zagreb, 2006.

Pravni izvori:

1. *A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a single market for auditing services in the European Union*, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/auditing/docs/liability/auditliability\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditliability_en.pdf) (15.01.2018.).
2. Annex I to the Commission Staff Working Paper, *The legal systems of civil liability of statutory auditors in the European Union*, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/auditing/docs/liability/consultation\\_annex1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/consultation_annex1_en.pdf) (15.01.2018.).
3. BGB, *Njemački građanski zakonik*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, od 18. kolovoza 1896., pročišćen tekst od 2. siječnja 2002. (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zadnje izmijenjen člankom 1. Zakona od 20. srpnja 2017. (BGBl. I S. 2787).
4. *Commission Recommendation of 5 June 2008 concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms (2008/473/EC)*, OJ L 162, 21.6.2008.
5. *Direktiva 2014/56/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o izmjeni Direktive 2006/43/EZ o zakonskim revizijama godišnjih financijskih izvještaja i konsolidiranih financijskih izvještaja*, SI L 158, 27.5.2014., str. 196.



6. HGB, Njemački trgovački zakonik, Handelsgesetzbuch, od 10. svibnja 1897., zadnje izmijenjen člankom 11. st. 28. Zakona od 18. srpnja 2017. (BGBl. I S. 2745.).
7. Kodeks etike za profesionalne računovođe, NN, br. 106/16.
8. Uredba (EU) br. 537/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o posebnim zahtjevima u vezi zakonske revizije subjekata od javnog interesa i stavljanju izvan snage Odluke Komisije 2005/909/EZ, SL 158, str. 77.
9. Zakon o obligacionim odnosima, Sl. list SFRJ, br. 29/78., 39/85., 45/89. - odluka USJ i 57/89., Sl. list SRJ, br. 31/93. i Sl. list SCG, br. 1/03. - Ustavna povelja.
10. Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15.
11. Zakon o računovodstvu, NN, br. 78/15., 134/15. i 102/16.
12. Zakon o reviziji, NN, br. 127/17.
13. Zakon o reviziji, NN, br. 146/05., 139/08., 144/12. i 78/15.
14. Zakon o reviziji, NN, br. 90/92.
15. Zakon o reviziji, Sl. glasnik Republike Srbije, br. 62/13.
16. Zakon o trgovačkim društvima, NN, br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 111/12., 152/11., 68/13. i 110/15.

**Miodrag Mićović\***

**Maja Bukovac Puvača\*\***

Summary

## **LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED TO THIRD PARTIES BY PERFORMING A STATUTORY AUDIT**

The authors deal with the issue of possible liability of auditors for damage caused to third parties (shareholders, creditors, potential investors...) by performing a statutory audit. They present some of the comparative solutions to these issues and the changes at the European jurisdiction caused by major financial scandals at the beginning of this century. The main objective of Directive 2014/56 / EU is to strengthen the public-law supervision of auditors and their services, which should enhance the quality of their services and the confidence of third parties in their work. There are a number of rules of auditor's professional standards and ethical rules, raised to the level of regulation. The professional skepticism and independence of auditors, the underlying assumption that the auditor's opinion is not misleading, are particularly pronounced. The professional skepticism and independence of auditors are particularly pronounced, the underlying assumption that the auditor's opinion is not misleading. However, the responsibility for providing financial information is at the management of the audited entities, and the auditors only actively question this information, not affirming them. Third parties are often unaware of the limitations of an audit which lead to an expectation gap. In Croatia there are no specific rules on auditors' liability for damage and according to general rules liability is unlimited, to the audited company and to third parties.

**Keywords:** *audit services, statutory audit, civil liability, liability insurance.*

Zusammenfassung

## **HAFTUNG FÜR DEN AN DRITTEN DURCH GESETZLICHE ABSCHLUSSPRÜFUNG VERURSACHTEN SCHADEN**

In der Arbeit wird die Frage der potentiellen Haftung der Abschlussprüfer für den an Dritten (Aktionäre, Kreditoren, potentielle Investoren) durch gesetzliche Abschlussprüfung verursachten Schaden besprochen. Manche Lösungen dieser Frage

---

\* Miodrag Mićović, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac; mmicovic@jura.kg.ac.rs.

\*\* Maja Bukovac Puvača, Ph. D., Faculty of Law, University of Rijeka; bukovac@pravri.hr.

werden aus rechtsvergleichender Sicht dargestellt. Ebenfalls bespricht die Arbeit die Änderungen, zu welchen es durch große finanzielle Skandale anfangs dieses Jahrhunderts in der EU gekommen ist. Das Hauptziel der Richtlinie 2014/56/EU ist die Stärkung der öffentlichen Aufsicht über die Arbeit der Abschlussprüfer, die die Erhöhung der Qualität ihrer Dienste und des Vertrauens von Dritten in ihre Arbeit als Ziel hat. Zahlreiche professionelle Standards und ethische Regeln aus der Praxis der Abschlussprüfer sind zu geltenden Vorschriften geworden. Besonderen Wert legt man in der Arbeit auf kritische Grundhaltung und Unabhängigkeit der Abschlussprüfer, welche die Hauptvoraussetzungen für eine richtige Prüfung sind. Das Management des geprüften Unternehmens haftet aber für die Richtigkeit finanzieller Informationen, welche die Abschlussprüfer nur hinterfragen, aber nicht feststellen. Die Dritten sind sich meistens dieser Beschränkung nicht bewusst, was zu ihren unrealistischen Erwartungen führt. In der Republik Kroatien gibt es keine spezifischen Regeln für Schadenshaftung der Abschlussprüfer, weshalb die allgemeinen Haftungsregeln darauf anzuwenden sind, gemäß welchen diese Haftung unbeschränkt sowohl gegenüber den geprüften Gesellschaften und den Dritten ist.

***Schlüsselwörter:** Dienste der Abschlussprüfer, gesetzliche Abschlussprüfung, Schadenshaftung, Haftpflichtversicherung.*

Riassunto

## **LA RESPONSABILITÀ PER DANNI CAGIONATI A TERZA A SEGUITO DELLA REVISIONE LEGALE DEI CONTI**

Gli autori trattano la questione della possibile responsabilità dei revisori dei conti per i danni cagionati a terzi (azionisti, creditori, potenziali investitori...) a seguito dell'espletamento della revisione legale.

Illustrano alcune soluzioni di diritto comparato relative a detta questione, come anche le modifiche apportate sul piano europeo dai grandi scandali finanziari risalenti agli inizi di questo secolo. Il fine primario della Direttiva 2014/56/UE, è dato dal rafforzamento del controllo di diritto pubblico sui revisori e sulle loro attività, il quale controllo dovrebbe innalzare sia la qualità dei loro servizi, che l'affidamento dei terzi nel loro operato. Si contano numerose regole provenienti dagli standard professionali e dalle regole deontologiche che sono state elevate a rango di legge. In particolare sono evidenziati lo scetticismo professionale e l'imparzialità dei revisori, quali presupposti di fondo per la redazione di un parere che non sia sbagliato. Per converso, la responsabilità per la prestazione di informazioni finanziarie è in capo alle amministrazioni dei soggetti sottoposti a revisione: i revisori possono infatti soltanto scrutare tali dati, senza confermarli. I terzi spesso non sono consapevoli delle limitazioni della revisione, il che li porta a crearsi aspettative irreali. Nella Repubblica di Croazia non esistono particolari regole sulla responsabilità per danni cagionati dai revisori; si applicano pertanto le regole generali in materia di illecito civile, in base

alle quali tale responsabilità è illimitata sia nei confronti dei soggetti sottoposti a revisione, sia nei confronti dei terzi.

***Parole chiave:*** *servizi di revisione, revisione legale, responsabilità per danni, assicurazione.*

## PRAVO MJERODAVNO ZA POVREDE PRAVA TRŽIŠNOG NATJECANJA

Izv. prof. dr. sc. Ivana Kunda\*

UDK 341.9:347.776.01

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.6>

Ur.: 23. siječnja 2018.

Pr.: 26. siječnja 2018.

Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Brojna su i složena pitanja koja se postavljaju u okviru teme prava mjerodavnog za povrede pravila tržišnog natjecanja. To nije promijenilo niti usklađivanje nacionalnih pravila nedavno usvojenom Direktivom o naknadi štete za kršenje odredba prava tržišnog natjecanja. U ovom radu obrađuju se neka od tih pitanja, poglavito tumačenje pojmova iz odredbe članka 6. stavka 3. Uredbe Rim II o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze te s time povezani aspekti interakcije prava tržišnog natjecanja EU-a i nacionalnog prava tržišnog natjecanja. Počevši od polja primjene *ratione materiae* navedene posebne kolizijske odredbe, preko definiranja "tržišta" kao bitne komponente poveznice *lex mercati*, pa do funkcioniranja općih odredbi kojima se štite javni interesi suprotstavljaju se oprečna stajališta u doktrini i ukazuje se na moguća načela koja bi trebala biti uzeta u obzir u analizi. Dodatni naglasak je na problematičnim pitanjima proizašlima iz pogrešnog prijevoda relevantnih propisa EU-a na hrvatski jezik.*

**Ključne riječi:** *pravo EU-a, međunarodno privatno pravo, pravo tržišnog natjecanja, doktrina učinka, naknada štete, privatnopravna provedba.*

### **1. UVOD**

Cilj prava tržišnog natjecanja u Europskoj uniji je osigurati učinkovito funkcioniranje unutarnjeg tržišta, a posljedično i brojne druge ciljeve koji iz toga slijede.<sup>1</sup> Primarna zadaća pritom leži na Europskoj komisiji i nacionalnim tijelima

\* Dr. sc. Ivana Kunda, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta u Rijeci; [ikunda@pravri.hr](mailto:ikunda@pravri.hr). Ovaj rad sufinancirali Hrvatska zaklada za znanost projektom br. 9366 "Pravni aspekti korporativnih akvizicija i restrukturiranje društava utemeljenih na znanju" te Sveučilište u Rijeci projektom br. 13.08.1.2.01 "Zaštita korisnika na hrvatskom i europskom tržištu financijskih usluga". Veliku zahvalnost dugujem doc. dr. sc. Vlatki Butorac Malnar koja mi je slijedom svoje stručnosti u području prava tržišnog natjecanja svojim sugestijama uvelike pomogla pri izradi ovoga rada. Eventualne pogreške samo su moje.

javnopravne provedbe te pratećim sudskim instancama.<sup>2</sup> Kako bi se postizanje toga cilja olakšalo, zakonodavni aparat Europske unije prvotno je usvojio Uredbu Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u (dalje u tekstu: Uredba o provedbi pravila o tržišnom natjecanju),<sup>3</sup> koja je poglavito imala zadaću ojačati javnopravnu provedbu prava tržišnog natjecanja, a u manjoj mjeri privatnopravnu. U pogledu mogućnosti i uvjeta za ostvarivanje u parničnim postupcima zahtjeva za zaštitom subjektivnih prava povrijeđenih nekom od zabranjenih radnji u pravu tržišnog natjecanja, postojale su znatne razlike među pravnim sustavima država članica EU-a.<sup>4</sup> Neki od njih uopće nisu predviđali ni osnovna pravila, niti su imali razvijenu praksu utuživanja u tim slučajevima. Te ozbiljne prepreke privatnopravnoj provedbi prava tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu trebala bi umanjiti Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije (dalje u tekstu: Direktiva o naknadi štete)<sup>5</sup> Ona je ograničena samo na zahtjeve za naknadu štete, no time će izravno ispuniti jedan od tri osnovna razloga za ustanovljavanje privatnopravne provedbe – onemogućavanje štetnicima da zadrže sav ili dio koristi stečenih povredom.<sup>6</sup> Direktiva je u hrvatsko zakonodavstvo preuzeta Zakonom o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja (dalje u tekstu: Zakon o postupcima naknade štete).<sup>7</sup>

Privatnopravni mehanizam provedbe prava tržišnog natjecanja u osnovi se sastoji od parnice za naknadu štete na koju se izrijekom odnosi i spomenuta Direktiva o naknadi štete, iako je moguće postojanje i drugih zahtjeva, poput zahtjeva za prestanak povrede i zabranu takve povrede ubuduće ili zahtjeva za određivanje privremene mjere, pa čak i ugovornih poput zahtjeva za utvrđenje ništetnosti

- 1 PECOTIĆ KAUFMAN, Jasminka/PETROVIĆ, Siniša, *The Enforcement of EU Competition Law by National Courts*, u: TOMLJENOVĆ, Vesna et al. (ur.), *EU Competition and State Aid Rules Public and Private Enforcement*, Springer, 2017., str. 49.-66., 51.
- 2 BUTORAC MALNAR, Vlatka i dr. *Pravo tržišnog natjecanja*, Školska knjiga, 2016., str. 32. et seq.
- 3 Službeni list Europske unije (posebno izdanje na hrvatskom jeziku), L 1/1 poglavlje 8, svezak 1, str. 165-189. U skoroj budućnosti bi trebala biti usvojena i nova direktiva koja bi ojačala sustav decentralizirane javnopravne provedbe. Vidi Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, Brussels, 22.3.2017, COM(2017) 142 final, 2017/0063 (COD), <[https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2017-142\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2017-142_en)> (posljednji posjet 10.1.2018.).
- 4 BUTORAC MALNAR, Vlatka i dr., op. cit., str. 72.
- 5 Službeni list Europske unije L 349, 5.12.2014., str. 1.-19. U hrvatsko zakonodavstvo Direktiva je implementirana Zakonom o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja, Narodne novine 69/2017.
- 6 Druga dva osnovna razloga privatnopravna provedba dijeli s javnopravnom provedbom – očuvanje tržišnog natjecanja na korist takmaca i potrošača te odvratanje od povrede prava tržišnog natjecanja. FITCHEN, Johnatan, *Private Enforcement of Competition Law*, u: BEAUMONT, Paul et al. (ur.), *Cross-Border Litigation in Europe*, Hart, 2017., str. 671.-688., 671.
- 7 Narodne novine, 69/17.

ugovora.<sup>8</sup> U današnje vrijeme, kada brojni trgovački subjekti djeluju na tržištu više od jedne države ili čak globalno na internetu, brojni su primjeri situacija prekogranične povrede prava tržišnog natjecanja. Međunarodno obilježje može se očitovati bilo u predmetu ako je, primjerice, zabranjenim djelovanjem zahvaćeno tržište dvaju ili više država, ili u subjektu ako je, primjerice, njegov (štetnikov ili oštećenikov) nastan (ili drugi lokacijski element) izvan države čije je tržište zahvaćeno zabranjenim djelovanjem. U takvim okolnostima neminovno se postavlja pitanje međunarodne nadležnosti i mjerodavnog prava za bit spora. Prvo navedeno pitanje rješava se u okviru Uredbe (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima ("Bruxelles I bis") (dalje u tekstu: Uredba Bruxelles I bis),<sup>9</sup> a potomje Uredbom (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu koje se primjenjuje na izvanugovorne obveze ("Rim II") (dalje u tekstu: Uredba Rim II).<sup>10</sup>

Usprkos Direktivi o naknadi štete i pitanjima koja su ujednačena praksom Suda EU-a,<sup>11</sup> pitanje mjerodavnog prava ostaje vrlo aktualno. Razlog tomu je, prije svega, okolnost da je riječ o direktivi pa je izbor načina ostvarenja njome zadanih ciljeva prepušten državama članicama u propisima kojima ju pretaču u svoje zakonodavstvo. Povrh toga, riječ je o direktivi minimalne harmonizacije s tek nekolicinom odredbi ciljane maksimalne harmonizacije. To znači da država članica može samostalno nadograditi većinu elemenata iz Direktive, pri čemu je ograničena samo time da ne smije ugroziti ostvarivanje načela Direktive, posebice načela učinkovitosti, jednakovrijednosti i lojalne suradnje EU-a i država članica.<sup>12</sup> Takav je primjer zastarnih rokova gdje je propisano samo najkraće trajanje subjektivnoga zastarnog roka, dok je objektivni rok bez dodatnog ograničenja.<sup>13</sup> Naposljetku, Direktiva je ograničena na zahtjev za naknadu štete, no niti taj zahtjev i pitanja koja valja riješiti u takvoj parnici nije iscrpno uredila. Primjerice, izračunavanje iznosa naknade štete i

8 Za razliku od ovih, čini se da se zahtjev za utvrđenje povrede shvaća još uvijek prevladavajuće u domeni javnoga prava pa o njemu treba odlučivati nadležno upravno tijelo, Komisija ili nacionalni tijelo, iako je moguće odrediti i sud kao nadležno tijelo javnopravne provedbe. Vidi čl. 5. i 35. Uredbe o provedbi pravila o tržišnom natjecanju.

9 Službeni list Europske unije (posebno izdanje na hrvatskom jeziku), L 1/1 poglavlje 19, svezak 11, str. 289.-320. O tome vidi više: DANOVIĆ, Mihail, *Cross-Border Aspects of EU Competition Law Enforcement: Comprehensive Reform Needed?*, u: TOMLJENOVIĆ, Vesna et al. (ur.), *EU Competition and State Aid Rules Public and Private Enforcement*, Springer, 2017., str. 197.-218.

10 Službeni list Europske unije (posebno izdanje na hrvatskom jeziku), L 1/1 poglavlje 19, svezak 6, str. 73.-82. Općenito o Uredbi vidjeti KUNDA, Ivana, *Uredba Rim II: ujednačena pravila o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze u Europskoj uniji*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28, br. 2, 2007., str. 1269.-1324.

11 Primjer je ovlaštenje na naknadu štete svima koji su je pretrpjeli kao posljedicu zabranjenog sporazuma, čak i sudionika zabranjenog sporazuma. Vidi Sud EU-a presuda od 20. rujna 2001., *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan protiv Courage Ltd i drugi*, predmet C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465.

12 Vidi točke 11. i 15. Direktive o naknadi štete.

13 Članak 12. Direktive o naknadi štete.

kamata prepušteno je u cijelosti nacionalnim pravima država članica.<sup>14</sup>

Zakonodavni postupak suodlučivanja, koji uključuje Europsku komisiju, Europski parlament i Vijeće, u slučaju donošenja Uredbe Rim II trajao je pune četiri godine. U tom razdoblju, pojedine države članice i zainteresirane strane iskazivale su različite interese, pri čemu su se u pojedinim stadijima toga postupka oni sukobljavali kada je u pitanju odredba o pravu mjerodavnom za povrede prava tržišnog natjecanja. Inicijalni tekst Komisije kojime je pozivala na javno savjetovanje iz 2002. godine sadržavao je samo kategoriju vezivanja *unfair competition or other unfair practices*.<sup>15</sup> Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o pravu mjerodavnom za izvaugovorne obveze, poznate kao "Rim I",<sup>16</sup> nije obuhvaćao tržišno natjecanje,

- 14 Valja spomenuti da je Europska komisija usvojila Komunikaciju i pripadajući Vodič koji sadrže neobvezujuće smjernice namijenjene nacionalnim sudovima. Njima se ukazuje na osnovna načela, ali se ističu i tipične vrste šteta koje nastaju u okviru povrede prava tržišnog natjecanja te metode i tehnike koji mogu poslužiti za odmjerenje štete. Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, COM(2013) 3440, Official Journal C 167, 13.6.2013., dostupno na <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52013XC0613%2804%29>> (posljednji posjet 12.1.2018.); Commission Staff Working Document, Practical guide quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union accompanying the Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, {C(2013) 3440}, Strasbourg, 11.6.2013, SWD(2013) 205, <[ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf)> (posljednji posjet 12.1.2018.).
- 15 European Commission, Consultation on a preliminary draft proposal for a Council Regulation on the law applicable to non-contractual obligations, 3 May 2002, <[http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/rome\\_ii/news\\_hearing\\_rome2\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_ii/news_hearing_rome2_en.htm)> (posljednji posjet 10.1.2018.), članak 6.
- 16 COM(2003) 427 final, 2003/0168 (COD), Brussels, 22.7.2003., dostupno na <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2003:0427:FIN>> (posljednji posjet 10.1.2018.). Ovaj je tekst bio predmetom brojnih osvrta u pravnoj književnosti, BEAUMONT, Paul, Private International Law of the European Union: Competence Questions Arising from the Proposed Rome II Regulation on Choice of Law in Non-Contractual Obligations, u: BRAND, Ronald (ur.), *Private Law, Private International Law and Judicial Cooperation in the EU-US Relationship, Volume 2 of the CILE Studies*, Thomson, 2005., str. 15.-26.; BENECKE, Martina, Auf dem Weg zu "Rom II", – Der Vorschlag für eine Verordnung zur Angleichung des IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse, *Recht der internationalen Wirtschaft*, vol. 49, 2003., str. 830.-837. (u pogledu prava intelektualnog vlasništva); FUCHS, Angelika, Zum Kommissionsvorschlag einer "Rome II"-Verordnung, *Recht der internationalen Wirtschaft*, vol. 50, 2004., str. 100.-105.; GEDIP, Position sur l'avant-projet de proposition de Règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II"), Paris 2002., <<https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-12pf2.html>> (posljednji posjet 10.1.2018.); HUBER, Peter/BACH, Ivo, Die Rom-II-VO – Kommissionsentwurf und aktuelle Entwicklungen, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 25, br. 2, 2005., str. 73.-84.; LEIBLE, Stefan/ENGEL, Andreas, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 15, 2004., str. 7.-17.; NOURISSAT, Cyril/TREPPOZ, Edouard, Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles "Rome II", *Journal du droit international privé*, vol. 130, 2003., str. 7-38.; VON HEIN, Jan, Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrecht: Zur geplanten EU-Verordnung über das auf



već samo nepošteno trgovanje i to pod pojmom *unfair competition*.<sup>17</sup> Smatrajući taj pojam nejasnim i potencijalnim uzrokom problema pravne kvalifikacije, Ujedinjeno Kraljevstvo zalagalo se za uklanjanje ove odredbe iz Uredbe.<sup>18</sup> U tomu su je podržale Austrija i Njemačka smatrajući da je riječ o području koje je toliko blisko javnom pravu da ne bi trebalo biti predmetom kolizijskog pravila.<sup>19</sup> U zadržavanju i konačnom sadržaju odredbe Švedska je odigrala ključnu ulogu i dala potporu Komisiji. Ona je odmah predložila odvojeno pravilo za nepošteno trgovanje i tržišno natjecanje, imajući u vidu Uredbu o provedbi pravila o tržišnom natjecanju i njezinu svrhu da potakne jačanje privatnopravne provedbe prava tržišnog natjecanja u EU-u,<sup>20</sup> da bi kasnije predložila i poveznicu *affected market*.<sup>21</sup> Usprkos tomu što je Europski parlament želio izbrisati od Komisije naknadno predloženu i Vijeća podržanu posebnu odredbu,<sup>22</sup> ona je zadržana kao dio kompromisa u završnom stadiju zakonodavnog postupka.<sup>23</sup>

Kao što su mnogi istaknuli, ova odredba predstavlja dio napora u poticanju privatnopravne provedbe prava tržišnog natjecanja.<sup>24</sup> Hoće li u tomu biti uspješna

---

außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, vol. 102, 2003., str. 528.-562.

- 17 Na ovom mjestu čini se uputnim dati kraći terminološki osvrt. Naime, pojmovima "tržišno natjecanje" i "nepošteno trgovanje" dana je prednost pred drugim mogućim pojmovima jer su u uporabi u pozitivnom hrvatskom pravu, i u tom se smislu rabe i u ovom radu. Vidi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, Narodne novine 79/09. i 80/13. (dalje u tekstu: ZZTN), i Zakon o trgovini, Narodne novine 87/08., 96/08., 116/08., 76/09., 114/11., 68/13. i 30/14., poglavlje VII. "Nepošteno trgovanje".
- 18 House of Lords, European Union Committee, 8th Report of Session 2003-04, The Rome II Regulation, Report with Evidence, HL Paper 66, 7 April 2004, London: The Stationery Office Limited, dostupno na <<https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/lducom/66/66.pdf>> (posljednji posjet 10.1.2018.), str. 34.-35.
- 19 Council documents 9009/04, ADD 1, 3.5.2004., str. 2. (Austrija); *ibid.*, ADD 11, 24.5.2004., str. 4. i 7. (Njemačka).
- 20 Council documents 9009/04, ADD 8, 18.5.2004., str. 9.
- 21 Council documents 5805/06, ADD 1, 31.1.2006.
- 22 European Parliament, Recommendation for second reading on the Council common position for adopting a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("ROME II") (2003/0168(COD)), Committee on Legal Affairs, Rapporteur: Diana Wallis, FINAL, A6-0481/2006, 22.12.2006., <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?jsessionid=958247FCE36E75EAEA99176B6E016F99.node1?pubRef=-//EP//TEXT%20REPORT%20A6-2006-0481%20%20NOT%20XML%20V0//en>> (posljednji posjet 10.1.2018.), Amendment 17. Vidi, međutim, pozitivni komentar izjaviteljice Diane Wallis glede unosa odredbe o tržišnom natjecanju u konačni tekst Uredbe Rim II, WALLIS, Diana, Introduction: Rome II – A Parliamentary Tale, u: AHERN, John/BINCHY, William (ur.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Brill/Nijhoff, 2009., str. 1.-7., 4.
- 23 European Parliament, Report on the joint text approved by the Conciliation Committee for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II"), (PE-CONS 3619/2007 – C6 0142/2007 – 2003/0168(COD)), European Parliament delegation to the Conciliation Committee, Delegation chairwoman: Mechthild Rothe, Rapporteur: Diana Wallis, A6-0257/2007, 28.6.2007., <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0257+0+DOC+XML+V0//EN>> (posljednji posjet 10.1.2018.), str. 7.
- 24 FRANCO, Stéphanie/WURMNEST, Wolfgang, International Antitrust Claims under the Rome

ovisi o njezinoj jasnoći i jednostavnosti za primjenu. Stoga se u nastavku posebna pozornost posvećuje analizi navedene odredbe, prvo njezine kategorije vezivanja, a potom i poveznica. Pritom se raščlanjuju pojedini dijelovi odredbi ne bi li se utvrdila njihova precizna značenja. Uz pomoć stajališta brojnih autora ispituju se moguća tumačenja u cilju pronalaska onog koje najbolje odgovara tekstu i ciljevima odredbi u pitanju, i općenito međunarodnog privatnog prava i prava tržišnog natjecanja. Zatim slijede osnovni elementi prosudbe kada je riječ o javnom poretku, međunarodno prisilnim pravilima i pravilima sigurnosti i postupanja te na kraju zaključak.

## 2. KATEGORIJA VEZIVANJA

Govoreći o kategoriji vezivanja zapravo govorimo o pravnim odnosima na koje se primjenjuje određena kolizijska odredba. Tako se članak 6. Uredbe Rim II primjenjuje na dvije kategorije pravnih odnosa koje smo prethodno i naznačili. Jedna je “nepošteno trgovanje” (engl. *unfair competition*, njem. *unlauterer Wettbewerb*, tal. *concorrenza sleale*, franc. *concurrency déloyale*, španj. *competencia desleal*, slov. *nelojalna konkurencija*), koje je prevedeno u službenom tekstu Uredbe Rim II kao “nelojalna konkurencija”, što je i više nego zastarjeli pojam u hrvatskoj pravnoj terminologiji.<sup>25</sup> Drugu kategoriju čini ono što podrazumijevamo pod pojmom “tržišno natjecanje”, odnosno u službenom cjelovitom prijevodu “radnje koje ograničavaju slobodu tržišnog natjecanja” (engl. *acts restricting free competition*, njem. *den freien Wettbewerb einschränkendes Verhalten*, franc. *actes restreignant la libre concurrence*, tal. *atti limitativi della libera concorrenza*, španj. *actos que restrinjan la libre competencia*, slov. *akti, ki omejujejo svobodno konkurenco*). U članku 6. nepošteno trgovanje uređeno je odredbama stavaka 1. i 2., a tržišno natjecanje odredbom stavka 3. stavak 4. zajednički je za obje kategorije pravnih odnosa. U daljnjem tekstu naglasak je na dijelu članka 6. koji se odnosi na tržišno natjecanje.

Kategorija vezivanja je “izvanugovorna obveza nastala zbog ograničavanja tržišnog natjecanja” (engl. *non-contractual obligation arising out of a restriction of competition*, njem. *auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus einem den Wettbewerb einschränkenden Verhalten*, franc. *obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence*, tal. *obbligazione extracontrattuale che deriva da una restrizione della concorrenza*, španj. *obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia*, slov. *nepogodbene obveznosti, nastale zaradi omejevanja konkurence*). Osnovno pravilo u pogledu tumačenja ovog<sup>26</sup> i drugih pojmova u Uredbi Rim II autonomno je tumačenje koje ne ovisi o sadržaju tih i sličnih pojmova u bilo kojem nacionalnom pravu, već se utvrđuje nezavisno u okviru Uredbe Rim II.

II Regulation, u: BASEDOW, Jurgen/FRANCQ, Stephanie/IDOT, Laurence (ur.), *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Hart, 2012., str. 91.-129., 92.; PINEAU, Elena Rodriguez. Conflict of Laws Comes to the Rescue of Competition Law: The New Rome II Regulation, *Journal of Private International Law*, vol. 5, br. 2, 2009., str. 311.-336., 312. *et seq.*

25 KUNDA, Ivana, Neke uobičajene pogreške u prijevodima propisa Europske unije, *Prevoditelj*, vol. 38, br. 94, 2015., str. 13.-18., 17.

26 DICKINSON, op. cit., str. 399.; FRANCQ/WURMNEST, op. cit., str. 104.

## 2.1. “Izvanugovorna obveza”

Iz navedene kategorije vezivanja ponajprije je moguće zaključiti da se odredba članka 6. stavka 3. Uredbe Rim II primjenjuje samo na izvanugovorne obveze, dok su moguće ugovorne povrede izvan njezinog dosega. To je razumljivo jer je i sama Uredba Rim II ograničena *ratione materiae* na izvanugovorne odredbe.<sup>27</sup> To znači da će, primjerice, kupci proizvoda čija je cijena bila fiksirana kartelnim sporazumom biti u odnosu prema prodavatelju (kao i drugim članovima toga kartelnog sporazuma) u izvanugovornom odnosu u pogledu zahtjeva za naknadu štete zbog preplaćenog iznosa jer se njihov zahtjev ne temelji na povredi ugovora, već zakonske obveze. S druge strane, ako je riječ o zahtjevu za utvrđenje ništetnim ugovora kojime se ograničava sloboda tržišnog natjecanja tada taj zahtjev počiva na “ugovornoj obvezi” i mjerodavno pravo utvrđuje se temeljem Uredbe (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze (“Rim I”).<sup>28</sup>

Na ovo se nastavlja i dodatno ograničenje koje proizlazi iz polja primjene Uredbe Rim II samo na “građanske i trgovačke stvari”. Sud EU-a takvim je kvalificirao zahtjev trgovačkog društva koje obavlja zrakoplovnu djelatnost za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja upućen protiv trgovačkog društva koje upravlja zračnom lukom i koje je u stopostotnom vlasništvu države, jer ovdje nije bilo djelovanja temeljem javnih ovlasti. Naime, pružanje usluga zrakoplovne luke u zamjenu za naknadu ekonomska je aktivnost i na to ne utječe okolnost da su naknada i njezina umanjena utvrđeni tarifom koja je podložna litavskim nacionalnim zakonskim odredbama.<sup>29</sup> Jednako tako, i Direktiva o naknadi štete primjenjuje se na kršenje članaka 101. i 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije<sup>30</sup> (dalje: UFEU) ako su kršitelji javna poduzeća ili poduzeća kojima su države članice dodijelile posebna ili isključiva prava u smislu članka 106. UFEU-a.<sup>31</sup> Pritom je bitno da je riječ o zahtjevu koji se odnosi na privatnopravnu provedbu, jer javnopravna provedba pravila tržišnog natjecanja koja se primjenjuju temeljem javnih ovlasti (uključujući upravno-kaznene sankcije) nije obuhvaćena poljem primjene Uredbe Rim II.<sup>32</sup> Jednako tako odnos između države i primatelja nezakonite državne potpore te države i oštećenika izvan je polja primjene Uredbe Rim II.<sup>33</sup>

27 Članak 1. Uredbe Rim II.

28 Službeni list Europske unije (posebno izdanje na hrvatskom jeziku), L 1/1 poglavlje 19, svezak 6, str. 109.-119.

29 Sud EU-a, presuda od 23. listopada 2014., *flyLAL-Lithuanian Airlines AS v Starptautiskā lidosta Rīga VAS and Air Baltic Corporation AS*, Case C-302/13, ECLI:EU:C:2014:2319, para. 23.-38.

30 Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena verzija), Službeni list Europske unije C 202, 7.6.2016., str. 47.-197.

31 Točka 3. preambule Direktive o naknadi štete.

32 PINEAU, op. cit., str. 319.

33 ILLMER, Martin, u: HUBER, Peter, *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2011., str. 183.

U tumačenju ovog dijela odredbe pojavljuje se još jedno važno pitanje – je li odredba članka 6. stavka 3. namijenjena određivanju mjerodavnog prava samo za pitanja naknade štete i slično ili i ključna pitanja prava tržišnog natjecanja (primjerice je li riječ o povredi ili ne). To je pitanje posljedica shvaćanja prava tržišnog natjecanja kao javnog prava koje po svojoj naravi ne može biti predmetom upućivanja kolizijskim pravilima, a prema načelu suvereniteta ni predmetom primjene pred stranim sudovima. Kao takvo, pravo tržišnog natjecanja redovito je označavano kao područje *par excellence* u kojem su prisutna međunarodno prisilna pravila.<sup>34</sup> Znači li to da su pravila tržišnog natjecanja stoga izvan kolizijskopravne metode, pa tako i članka 6.? Drugim riječima, je li članak 6. primjenjiv samo na građanskopravnu zaštitu, ili čak samo na naknadu štete?<sup>35</sup> Potonjemu bi u prilog mogla ići i činjenica da je Direktiva o naknadi štete, ograničena samo na taj građanskopravni zahtjev. Dodatno tomu, neki ističu da je sasvim sigurno kako su odredbe članaka 101. i 102. UFEU-a izvan dosega članka 6. i kolizijskih odredbi Uredbe Rim II općenito, a slijedom načela nadređenosti primarnog prava sekundarnom pravu.<sup>36</sup> Posljedica toga je da u slučaju samostalnih postupaka (engl. *stand-alone action*) nacionalni sud mora prvo provjeriti je li povreda podvrgnuta člancima 101. ili 102. UFEU-a, a tek ako utvrdi da nije, primjenom odredbe članka 6. stavka 3. utvrđuje nacionalno pravo mjerodavno i za pitanje povrede i za sva druga pitanja u okviru građanskopravne zaštite.<sup>37</sup> Tu se očigledno zagovara bitna razlika u odnosu na javnopravnu provedbu gdje je nacionalno tijelo provedbe obvezno pri primjeni nacionalnih propisa istovremeno primijeniti i članke 101. i 102. UFEU-a ako postoji dimenzija Unije.<sup>38</sup>

S druge strane, odredba članka 6. mogla bi se shvatiti kao neokolizionizam budući da su stvorena posebna višestrana kolizijska pravila koja utvrđuju pravo mjerodavno za pitanja što su do nedavno bila predmetom primjene samo kroz mehanizam međunarodno prisilnih pravila.<sup>39</sup> To je moguće objašnjenje jer među državama članicama danas postoji dostatan stupanj zajedničkih standarda koji se smatraju preduvjetom uspješne bilateralizacije.<sup>40</sup> Također, ništa u tekstu odredbe ili preambule

34 Vidi primjerice, RENOLD, Marc-André, *Les conflits de lois en droit antitrust : contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991., str. 39.-74.; IDOT, Laurence, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, *Journal du droit international privé*, vol. 122, br. 2, 1995., str. 321.-341.; ROSENKRANZ, Timo/ROHDE, Eva, *The law applicable to non-contractual obligations arising out of acts of unfair competition and acts restricting free competition under Article 6 Rome II Regulation*, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, posebni broj, 2008., str. 435.-439.

35 U tom smislu vidi WAUTHÉLET, Patrick, *Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence*, *Revue de droit commercial belge*, br. 6, 2008., str. 502.-514., 506.; BÉHAR-TOUCHAIS, Martine, *Abus de puissance économique et droit international privé*, *Revue internationale de droit économique*, br. 1, 2010., str. 37.-59., 43.-49.

36 FRANCO/WURMNEST, op. cit., str. 110.-111.

37 ILLMER, op. cit., str. 187.

Vidi točku 10. preambule Direktive o naknadi štete.

39 KRÖLL, Stefan, *Future Perspectives of Conflict Mandatory Rules in International Contracts*, in: BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz (ur.), *Perspectives of Air Law, Space Law, and International Business Law for the Next Century*, Carl Heymans Verlag KG, 1995., str. 87-105., 99.

40 MEZGHANI, Ali, *Méthodes de droit international privé et contrat illicite*, *Recueil des cours*, vol. 303, 2003., str. 129-430., 339.

ne ukazuje na to da postoji ograničenje primjene članka 6. glede pitanja je li došlo do povrede prava tržišnog natjecanja. I dokumenti Komisije koji komentiraju Direktivu o naknadi štete, kao i neki drugi akti ne samo da ne isključuju mogućnost donošenja odluke o povredi od strane suda u građanskopravnom postupku, već jasno spominju situacije u kojima se privatnopravna provedba zahtijeva, a da prethodno nije donesena odluka nadležnog tijela o povredi prava tržišnog natjecanja.<sup>41</sup> Riječ je o samostalnim postupcima (engl. *stand-alone action*), za razliku od nadovezujućeg postupka (engl. *follow-on actions*) kod kojih je prethodno podnošenju građanskopravnog zahtjeva bila donesena odluka nadležnog tijela o povredi prava tržišnog natjecanja.<sup>42</sup> Dvojba o primjeni članka 6. na utvrđenje povrede i zabranu daljnjeg postupanja, a ne samo naknadu štete (i eventualne druge zahtjeve, poput objave presude) zaokupila je mnoge autore i s obzirom na brojna oprečna stajališta ne bi bilo iznenađujuće da pronađe svoj put i do Suda EU-a u trenutku kada postupci privatnopravne provedbe počnu jačati brojem i vrijednošću predmeta spora.

Za očekivati je da će glavnina zahtjeva biti sročena ograničavajući se upravo na naknadu štete. Ako bi u samostalnom postupku bio istaknut samo zahtjev za naknadu štete, nacionalni sud bi razmatrao pitanje povrede kao prethodno pitanje koje mora riješiti da bi mogao odlučiti o glavnom. S druge strane, ako bi takav zahtjev bio istaknut u nadovezujućem postupku, nacionalni sud države članice bio bi vezan pravomoćnom odlukom Komisije ili nacionalnog tijela javnopravne provedbe te države članice kojom se utvrđuje povreda prava tržišnog natjecanja.<sup>43</sup> Ako je riječ o odluci nadležnog tijela države članice, ona u postupku naknade štete pred sudom druge države članice ima visoku dokaznu snagu (engl. *prima facie evidence*), ako država članica svojim zakonom nije omogućila više od toga. U hrvatskom Zakonu o postupcima naknade štete takvoj je odluci priznata snaga oborive pravne predmnijeve (*presumptio iuris tantum*).<sup>44</sup> Postoji mogućnost i da Komisija odnosno nadležno

41 Vidi, primjerice, European Commission, *The Damages Directive – Towards more effective enforcement of the EU competition rules*, Competition policy brief, br. 1, 2015., str. 2, gdje se spominju samostalni postupci radi naknade štete; Commission Staff Working Document: Executive summary of the impact assessment damages actions for breach of the EU antitrust rules, Accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, Strasbourg, 11.6.2013., SWD/2013/0204 final, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2013:0204:FIN>> (posljednji posjet 11.8.2018.), para. 10.: “Complementarity and interaction of public and private enforcement. Public and private enforcement are complementary tools for the effective application of Articles 101 and 102 TFEU. A private action can be brought before a court without a prior decision by a competition authority (‘stand-alone actions’). However, antitrust damages actions are most often brought once a competition authority has found an infringement of EU competition rules (follow-on actions).”

42 O vrstama postupaka vidi BUTORAC MALNAR et al., op. cit., str. 89.-93.; HOWARD, Anneli/BLACKWOOD, Anneliese, u: ROSE, Vivien/BAILEY, David (ur.), *Bellamy & Child European Union Law of Competition*, 7. izd., Oxford, 2013., str. 1222.-1223.

43 Vidi članak 9. stavak 1. Direktive o naknadi štete i članak 11. stavak 1. Zakona o postupcima naknade štete.

44 Vidi članak 9. stavak 2. Direktive o naknadi štete i članak 11. stavak 2. Zakona o postupcima naknade štete.

nacionalno tijelo ne donese odluku kojom utvrđuje postojanje povrede. Donese li u tom slučaju odluku kojom utvrđuje nepostojanje uvjeta za pokretanje postupka,<sup>45</sup> oštećenik je u položaju kao da pred nadležnim tijelom nije bilo nikakvih radnji i može pokrenuti samostalni postupak za zaštitu svojih subjektivnih prava za koja smatra da su mu povrijeđena djelovanjem protivnim pravu tržišnog natjecanja. S druge strane, moguće je da nacionalno nadležno tijelo odlukom utvrdi da nije narušena sloboda tržišnog natjecanja. To će biti moguće samo ako nacionalni zakon predviđa da nacionalno tijelo donosi takvu odluku,<sup>46</sup> kao što to čini ZZTN u članku 58. stavku 1. podstavku 13.<sup>47</sup> Tada se postavlja pitanje koji učinak takva meritorna odluka ima pred

45 Vidi članak 58. stavak 1. podstavak 15. ZZTN-a.

46 Takva negativna meritorna odluka nije dopuštena ako je riječ o pravu tržišnog natjecanja EU-a, već je moguća jedino odluka o nepostojanju uvjeta za pokretanje postupka. Naime, sukladno o provedbi pravila o tržišnom natjecanju, ovlast donošenja odluka o nepostojanju povrede članka 102. UFEU-a u isključivoj je nadležnosti Europske komisije. To znači da, iako nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja imaju pravu i obvezu izravne primjene navedene odredbe, kada u postupku ustanove da postojanje povrede tržišnog natjecanja nije dokazano, mogu postupak samo okončati bez meritornog odlučivanja. Stoga pri ocjenjivanju konkretnog postupanja na tržištu, nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja mogu, ako to jest slučaj, donijeti odluku o nepostojanju povrede nacionalnih propisa, ali ne i odluku o nepostojanju povrede propisa EU-a o zaštiti tržišnog natjecanja, čak ni ako im to omogućuje nacionalni propis, kao što je to ZZTN. Ovo proizlazi iz odredbe članka 5. Uredbe o provedbi pravila o tržišnom natjecanju, a potvrdio je i Sud EU-a u presudi od 3. svibnja 2011., *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów protiv Tele2 Polska sp. z o.o., kasnije Netia SA.*, predmet C-375/09, EU:C:2011:270.

47 Štoviše, Visoki upravni sud RH-a inzistirao je na donošenju meritorne odluke o nepostojanju povrede u postupku pokrenutom pred Agencijom za zaštitu tržišnog natjecanja smatrajući da Agencija postupak ne može obustaviti u smislu članka 46. stavka 5. Zakona o općem upravnom postupku, Narodne novine 47/09., već mora postupiti u smislu članka 58. ZZTN-a, odnosno meritorno odlučiti je li narušeno tržišno natjecanje ili to nije slučaj. Vidi, UsII-8/15-10, rješenje o obustavi postupka u predmetu *AZTN protiv Hrvatskog Telekomu*, klasa UP/I 034-03/2013-01/007.; UsII-109/15-6, rješenje o obustavi postupka u predmetu *AZTN protiv Hrvatskih šuma*, klasa UP/I 034-03/2014-01/009.; UsII-98/13-13, rješenje o obustavi postupka u predmetu *AZTN protiv Dukata, Vindije, Leda, Meggle Hrvatska. GIU Croatia stočar i Udruga - Hrvatske male mljekare*, klasa UP/I 034-03/13-01/013. To je bila posljedica još jednog lošeg prijevoda propisa EU-a na hrvatski jezik. Naime, odredba članka 5. stavka 2. Uredbe o provedbi pravila o tržišnom natjecanju bila je prevedena na način da je stajalo da nacionalna tijela također mogu odlučiti da "da ne postoji temelj za pokretanje postupka", što ne odgovara drugim jezičnim verzijama, već treba stajati «ne postoji temelj za njihovo daljnje postupanje» jer je riječ bila o tomu da se predmetna odluka donosi zbog nedostatka dokaza i ne bi trebala imati učinak pravomoćnosti. Ta je problematika posebice došla do izražaja u predmetu *AZTN protiv Hrvatskog Telekomu* (VUSRH, presuda poslovni broj UsII-8/15-10, od 29. listopada 2015.), u kojem je AZTN postupak pokrenuo paralelnom primjenom nacionalnog prava (članak 13. ZZTN-a) i europskog prava (članak 102. UFEU-a). Vidi Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Godišnje izvješće o radu Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja za 2015. godinu, Zagreb, svibanj 2016., <[www.aztn.hr/ea/wp-content/uploads/2015/05/GI-AZTN-2015.pdf](http://www.aztn.hr/ea/wp-content/uploads/2015/05/GI-AZTN-2015.pdf)> (posljednji posjet 12.1.2018.), str. 87.-90. Nakon intervencije Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja pri Ministarstvu vanjskih i europskih poslova, prijevod članka 5. stavka 2. Uredbe je ispravljen (Ispravak Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u, Službeni list Europske unije L 173, 30.6.2016, str. 108.-110.) pa je i Visoki upravni sud RH-a ispravio svoju raniju praksu protivnu pravu EU-a. Vidi Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Godišnje izvješće o radu

nacionalnim sudovima u postupcima naknade štete. Naime, Direktiva, kao i Zakon o naknadi štete, izrijeком navode samo učinke odluke kojima je utvrđena povreda,<sup>48</sup> a ne one kojima je utvrđeno da nema povrede. *Argumentum a contrario*, proizlazilo bi da sudove ne obvezuje odluka o negativnom utvrđenju na jednak način kao odluka o pozitivnom utvrđenju. Kada nacionalni sudovi odlučuju o sporazumima, odlukama ili postupanjima iz članka 81. ili 82. Ugovora koji su već bili predmetom odluke Komisije, nacionalni sudovi ne mogu donositi odluke suprotne odluci koju je donijela Komisija.<sup>49</sup> Također, nacionalni sudovi moraju izbjegavati donošenje odluka koje bi bile u suprotnosti s odlukom koju razmatra Komisija u postupku koji je pokrenula. U tu svrhu, nacionalni sud može procijeniti je li svrsishodno nastaviti s postupkom pred nacionalnim sudom. Stoga, ako bi cilj priznavanja učinaka upravne odluke nadležnog nacionalnog tijela u parničnom postupku za naknadu štete bio, između ostalog, jačati pravnu sigurnost i izbjeći nedosljednosti u primjeni nacionalnog prava tržišnog natjecanja, bilo bi poželjno i negativna utvrđenja smatrati obvezujućima.

## 2.2. “Radnje ograničavanja tržišnog natjecanja”

Nakon prethodne rasprave o pojmu “izvanugovorne obveze”, preostaje utvrditi što su “radnje ograničavanja tržišnog natjecanja”. Pri definiranju toga dijela pojma koji čini kategoriju vezivanja nezaobilazna je i preambula Uredbe Rim II u kojoj se pojašnjava da bi izvanugovorne obveze nastale zbog ograničavanja tržišnog natjecanja iz članka 6. stavka 3., trebale obuhvatiti kršenja nacionalnog prava o tržišnom natjecanju i prava o tržišnom natjecanju EU-a.<sup>50</sup> Nadalje stoji da bi pojam ograničavanja tržišnog natjecanja trebao obuhvaćati zabrane dogovora između poduzetnika, odluka udruženja poduzetnika i usklađenih praksi čiji je cilj ili posljedica sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja u državi članici ili na unutarnjem tržištu, kao i zabranu zloupotrebe vladajućeg položaja u državi članici ili na unutarnjem tržištu, ako su takvi dogovori, odluke, usklađene prakse ili zloupotrebe zabranjeni člancima 101. i 102. UFEU-a ili propisima države članice.<sup>51</sup>

Koliko god pojašnjenja iz preambule mogu pomoći u definiranju pojmova iz kategorije vezivanja, katkad su i zbunjujuća. Naime, činjenica da pobrojavaju samo izvanugovorne odnose nastale slijedom povrede odredbi o zabranjenim sporazumima i zluporabama vladajućeg položaja u člancima 101. i 102. UFEU-a, a ne spominju nedopuštena spajanja ili nezakonite državne potpore<sup>52</sup> izazvala je dvojbe u znanstvenoj

---

Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja za 2016. godinu, Zagreb, kolovoz 2017., <[www.aztn.hr/ea/wp-content/uploads/2015/05/AZTN-GI-2016-.pdf](http://www.aztn.hr/ea/wp-content/uploads/2015/05/AZTN-GI-2016-.pdf)> (posljednji posjet 12.1.2018.), str. 63.-65.

48 Članak 9. i točka 34. preambule Direktive o naknadi štete i članak 11. Zakona o naknadi štete.

49 Vidi članak 16. Uredbe o provedbi pravila o tržišnom natjecanju; HOWARD/BLACKWOOD, op. cit., str. 1223.

50 Točka 22. preambule Uredbe Rim II.

51 Točka 23. preambule Uredbe Rim II.

52 O privatnopravnoj provedbi vezano uz nedopuštene državne potpore vidi Commission notice on the enforcement of State aid law by national courts, OJ C 85, 9.4.2009, str. 1.-22., <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0409\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0409(01))> (posljednji posjet

javnosti.<sup>53</sup> Priklonili bismo se mišljenju da bi se odredba stavka 3. trebala shvatiti na način da obuhvaća sve oblike “ograničavanja tržišnog natjecanja”, uz posebnu napomenu da to prethodno trebaju biti “građanski i trgovački predmeti”. Razlog tomu je ne samo pojam “ograničavanja tržišnog natjecanja” koji je u odredbi naveden bez ograničenja u odnosu na vrste ograničavanja, već i prethodna točka iz preambule koja spominje “prava tržišnog natjecanja” EU-a i država članica, ne ograničavajući se samo na pravo EU-a ili samo na zabranjene sporazume i zlouporabe vladajućeg položaja. Stoga se navođenje članaka 101. i 102. UFEU-a treba shvatiti kao ukazivanje na očigledne primjere takvih postupanja, bez namjere pružanja potpunog popisa takvih radnji. To potvrđuju i stajališta prema kojima su pojmovi “nepošteno trgovanje” iz stavaka 1. i 2. te “tržišno natjecanje” iz stavka 3. međusobno isključivi te da je pobrojavanje u točkama 22. i 23. preambule učinjeno radi razlikovanja tih dvaju kategorija.<sup>54</sup>

U tom smislu, daljnja dvojba nastaje ako bi došlo do preklapanja između dvaju kategorija, primjerice u predmetima bojkota (odbijanja prodaje određenog proizvoda), diskriminatornog postupanja ili organizacije sustava distribucije na način da ograničava slobodu tržišnog natjecanja. Dok jedni predlažu da bi prednost valjalo dati primjeni stavka 3. odnosno tržišnom natjecanju,<sup>55</sup> drugi su mišljenja da je opravdano dopustiti primjenu obje odredbe istodobno, i stavka 3., i stavaka 1., odnosno 2. Tako može doći do primjene istih ili različitih mjerodavnih prava na dva aspekta iste radnje – nepošteno trgovanje i tržišno natjecanje. Pritom bi se na svaki od aspekata radnje, obveze koja je iz nje proizašla i s time povezane odgovornosti, primijenila samo pravila mjerodavnog prava koja uređuju odnosno područje.<sup>56</sup> Iako se čini da je ova rasprava više teorijska negoli praktična jer će u glavnini predmeta kolizijska pravila uputiti na isto mjerodavno pravo,<sup>57</sup> smatramo da je uvažavanje dva aspekta smislenije jer se u tom slučaju dosljedno primjenjuju kolizijska, a potom i materijalna pravila koja ih uređuju, na jednak način, kao i u sporovima u kojima je predmet samo jedan ili samo drugi aspekt.

Dodatna nejasnoća koja je proizašla iz navedenih točaka preambule odnosi se na pitanje je li njima ograničena primjena odredbe samo na predmete u kojima je riječ o unutarnjem tržištu ili i tržištima izvan njega, odnosno u kojima je riječ o povredi prava EU-a, odnosno države članice ili i trećih država. Moguće je ove dvojbe razumjeti kao posljedicu tradicionalnih stajališta o suverenosti država u pogledu mogućnosti primjene prava tržišnog natjecanja drugih država kao pravila javnoga prava, a koje

8.1.2018.).

53 PLEDNER, Richard/WILDERSPIN, Michael, *The European Private International Law of Obligations*, 3. izd., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009., str. 613.

54 DICKINSON, Andrew, *The Rome II Regulation*, Oxford, 2008., str. 408.

55 HENNING-BODEWIG, Frauke/SCHRICKER, Gerhard, *New Initiatives for the Harmonisation of Unfair Competition Law in Europe*. Henning-Bodewig *New Initiatives for the Harmonisation of Unfair Competition Law in Europe*, *EIPR*, vol. 24, br. 5, 2002., str. 271.-276., 272.

56 MANKOWSKI, Peter, u: *Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht*, Vol., 1, Beck, 2006., para 7.; ILLMER, op. cit., str. 157. Vidi WAUTHLET, op. cit., 507., koji navodi da bojkot može biti kvalificiran na oba načina i potpasti pod obje kategorije pravila (prema belgijskom pravu).

57 ILLMER, op. cit., str. 157.



bi moglo biti nadvladano unutar EU-a, no ne i da države izvan EU-a.<sup>58</sup> Čini se da gramatičko tumačenje odredbe vodi zaključku da tomu nije tako ako je riječ o stavku 3. podstavku (a). Analogno gornjem zaključku o primjeričnoj naravi ovih odredbi, valjalo bi ovu dvojbu razriješiti u korist širokog tumačenja koje je također i u skladu s univerzalnom primjenom Uredbe sukladno njezinom članku 3.<sup>59</sup> Tomu u prilog govori sama odredba članka 6. stavka 3. podstavka (a) u kojoj se koristi pojam “pravo države”, a ne, primjerice, “pravo države članice”, čime se ukazuje na univerzalnost.<sup>60</sup> S druge strane, odredba podstavka (b) upućuje na pravo države članice suda (*lex fori*) čime jasno ograničava ovu univerzalnost, pa se primjenom gramatičkog tumačenja može zaključiti da nema univerzalnu primjenu, već se primjenjuje samo na situacije koje uključuju unutarnje tržište.<sup>61</sup>

### 3. POVEZNICE

Poveznice za “izvanugovornu obvezu nastalu zbog ograničavanja tržišnog natjecanja” u stavku 3. članka 6. podijeljene su u dva podstavka, (a) i (b). A prethodno tomu kratki osvrt zaslužuje pitanje autonomije volje stranaka.

#### 3.1. Isključenje autonomije volje

Uredbom Rim II u članku 14. omogućeno je pod određenim uvjetima strankama izvanugovornog odnosa izabrati mjerodavno pravo. Međutim, sloboda izbora mjerodavnog prava ograničena je s obzirom na vrstu izvanugovorne obveze. Kako je pojašnjeno u pravnoj literaturi, javni interesi nalažu isključenje u odnosu na neke vrste pravnih odnosa uključujući i povrede prava tržišnog natjecanja.<sup>62</sup>

#### 3.2. *Lex mercati*

Osnovno pravilo za određivanje mjerodavnog prava izvanugovorne obveze nastale kao posljedica radnje ograničavanja slobodnoga tržišnog natjecanja nalazi se u podstavku (a). U njemu je predviđena mjerodavnost “prava države na čijem tržištu ograničenje ima ili je vjerojatno da će imati učinak”. Lako je uočiti da je poveznica koja je ovdje istaknuta različita od službenog prijevoda koji glasi: “pravo one države u kojoj je došlo do štetnog djelovanja po tržište ili postoji vjerojatnost štetnog djelovanja”. No i bez mnogo jezičnog znanja, a s osnovnim pravnim znanjem uočljivo je da službeni prijevod ne odgovara drugim jezičnim verzijama, primjerice, engl. *law of the country where the market is, or is likely to be, affected*, njem. *das*

58 FRANCQ/WURMNEST, op. cit., str. 101.

59 DICKINSON, op. cit., str. 408.

60 PLENDER/WILDERSPIN, op. cit., str. 614.

61 FRANCQ/WURMNEST, op. cit., str. 102.; PINEAU, op. cit., str. 320.

62 HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 67, 2003., str. 1.-56., str. 38.

*Recht des Staates anzuwenden, dessen Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird, franc. la loi du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être, tal. la legge del paese sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto, španj. la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado, slov. pravo države, na katere trgu ima, ali bi lahko imela, taka omejitev učinek.* Tim više iznenađuje neadekvatan prijevod odredbe ako znamo da je u preambuli Uredbe Rim II isti tekst na stranom jeziku preveden kao “pravo države u kojoj tržište jest ili bi moglo biti ugroženo”.<sup>63</sup>

Nije moguće prenatglasiti važnost točnog prijevoda propisa EU-a<sup>64</sup> i opasnost koja se krije u navedenom netočnom prijevodu sadržanom u odredbi članka 6. stavka 3. podstavka a) službene hrvatske inačice Uredbe Rim II. Vrlo slično kao što je pogreška učinjena i u pogledu prijevoda kriterija nadležnosti za izvanugovorne odnose u Uredbi Bruxelles I bis,<sup>65</sup> tako je ovom pogreškom jasno potvrđeno da prevoditelj nije upoznat s osnovnim pravnim pojmovima iz područja izvanugovorne odgovornosti za štetu, a niti međunarodnoga privatnog prava u tom dijelu. Neovisno o tomu za koji se izričaj u hrvatskom jeziku opredijelili, jer dakako da je moguće prihvatiti kao točne više nijansiranih načina prijevoda ovoga dijela teksta (primjerice, “pravo države čije je tržište pogođeno ili bi moglo biti pogođeno” ili “pravo države na čijem tržištu se osjeća učinak ili bi se mogao osjećati” ili čak i izričaj iz točke 22. preambule iako pojam “ugroženo” pogrešno asocira na prijetnju),<sup>66</sup> službeni tekst odredbe nije jedan od prihvatljivih. Naime, izričaj “država u kojoj je došlo do štetnog djelovanja po tržište” nipošto se u odštetnom međunarodnom privatnom pravu ne može shvatiti isto kao bilo koji od izričaja na gore navedenim stranim jezicima. Opasnost je u tome što se može shvatiti upravo i jedino kao njihova suprotnost.

*Travaux préparatoires* spominjanjem kao mjerodavnog “prava države na čijem je tržištu oštećenik zahvaćen protutržišnom praksom”,<sup>67</sup> kao i vodeći komentari spominjanjem “prava tržišta pogođenog ograničenjem tržišnog natjecanja”<sup>68</sup> i “doktrine učinka”<sup>69</sup> jasno navode da je poveznica u članku 6. stavku 3. podstavku a) Uredbe Rim II uputa na mjesto gdje je došlo do posljedice (učinka) djelovanja štetnika. Za razliku od toga, u tekstu službenog prijevoda stoji uputa na mjesto u kojem je došlo do štetnog djelovanja. Uspoređujući to s osnovnom podjelom pojma “mjesta štetnog

63 Točka 22. preambule Uredbe Rim II.

64 KUNDA, Neke uobičajene pogreške, cit., str. 13.

65 Ibid., str. 14.

66 Bouček je predložio sljedeći prijevod: “pravo države na čijem tržištu je povreda nastala ili će vjerojatno nastati” (BOUČEK, Vilim, *Europsko kartelno privatno pravo u Uredbi Rim II, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, br. 5-6, 2012., str. 1731.-1755., 1740.). Iako je daleko od opasnog prijevoda na način kao što je to službeni, ne dočarava dosljedno poveznicu o kojoj je ovdje riječ, pa nam se ne čini najprikladniji.

67 Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules {SEC(2005) 1732}, Brussels, 19.12.2005., COM(2005)672 final, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52005DC0672>> (posljednji posjet 11.1.2018.), str. 10.

68 DICKINSON, op. cit., str. 419.

69 PLENDER/WILDERSPIN, op. cit., str. 621.-623.; ILLMER, op. cit., str. 165. Začetak ovog pravila pripisuje se američkoj sudskoj praksi iz sredine prošlog stoljeća, točnije odluci u sporu *U.S. v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). RENOLD, op. cit., str. 91.-95.

događaja” na “mjesto štetne radnje (ili djelovanja)” (*locus actus*) i “mjesto štetne posljedice” (*locus damni*),<sup>70</sup> postaje jasno da je službeni prijevod moguće shvatiti kao uputu na mjesto djelovanja, a ne posljedice (učinka) toga djelovanja.

Ako bi se dva poduzetnika s poslovnim nastanima u državi članici A sporazumjela u toj državi o cijenama nekog proizvoda koji stavljaju na tržište države članice B, prema službenom prijevodu mjerodavnim bi se moglo odrediti – pravo države A, kao mjesta djelovanja, a ne države B kao mjesta posljedice (učinka na tržište). U složenijem primjeru, ako bi poduzetnik s poslovnim nastanom izvan EU-a zloupotrijebio svoj vladajući položaj odobravanjem rabata na vjernost svojim poslovnim partnerima koji također imaju poslovni nastan izvan EU-a, kako konkurentski proizvod drugog poduzetnika ne bi bio stavljen na tržište EU-a, kao i plaćanjem za odgodu stavljanja takvog proizvoda na tržište,<sup>71</sup> prema službenom prijevodu mjerodavnim bi se moglo odrediti pravo države izvan EU-a, u kojoj je došlo do štetnog djelovanja prvog poduzetnika zloupotrijebom, a ne pravo država članica EU-a na čijim je tržištima ostvaren učinak takvog djelovanja. To bi bila pogrešna primjena prava zbog neodgovarajućeg službenog prijevoda. Budući da posebno pravilo iz članka 6. nije iznimka od općeg pravila iz članka 4. stavka 1. Uredbe Rim II, već njegovo pojašnjenje,<sup>72</sup> valja ga razumjeti na način da ne upućuje na mjesto štetnog djelovanja, nego posljedice toga djelovanja. Pritom je pojam “države u kojoj je mjesto štetne posljedice (štete)” zamijenjen pojmom “države u kojoj je tržište na kojem se osjeća učinak” jer bi mjesto nastanka štete u ovim vrstama predmeta bilo teško utvrditi. Pogrešno shvaćanje poveznice koje bi moglo proizaći iz njezina službenog prijevoda moglo bi dovesti i do primjene prava čija mjerodavnost nije namjeravana ovom odredbom i u suprotnosti je s njezinim ciljem i ciljevima cijele Uredbe.

Cilj je Uredbe Rim II poveznicom u članku 6. stavku 3. podstavku (a) uputiti na primjenu prava države pogođenog tržišta (*lex mercati*) i time pomoći ostvarivanju ciljeva tržišnog natjecanja. Navedeno pravilo odražava i stajališta Suda EU-a u pogledu polja primjene prava tržišnog natjecanja EU-a.<sup>73</sup> Također je u suglasju s poljima primjene pojedinih nacionalnih zakona koji uređuju tržišno natjecanje,<sup>74</sup> kao i rješenjima u komparativnom međunarodnom privatnom pravu.<sup>75</sup> U tom smislu,

70 Vidi više KUNDA, Uredba Rim II, cit., str. 1284.

71 Vidi Sud EU-a, presuda od 6. rujna 2017., *Intel Corp. protiv Europske komisije*, predmet C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632.

72 Točka 22. preambule Uredbe Rim II.

73 Vidi, KUNDA, Ivana, *European Union legislation: How far does it reach beyond the EU border?*, u: SOOKSRIPAISARNKIT, Poomintr/GARIMELLA, Ramani, *Challenges in Private International Law: China's One Belt One Road Initiative*, Routledge, 2018. (u tisku).

74 Vidi primjerice, hrvatski Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, Narodne novine 112/2003, koji u članku 2. propisuje: “Ovaj se Zakon primjenjuje na sve oblike sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja na teritoriju Republike Hrvatske ili izvan teritorija Republike Hrvatske, ako imaju učinak na teritoriju Republike Hrvatske, osim ako posebnim propisom za pojedina tržišta nije drukčije uređeno.”

75 KADNER GRAZIANO, Thomas, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/LGDJ, 2004., str. 88.-90. Vidi i, KOOS, Stefan, *Rom II und das Internationale Wirtschaftsrecht, The European Legal Forum/Forum Iuris Communis Europae*, vol. 6, br. 4-II, 2006., str. 73.-100.; ZIMMER, Daniel/LEOPOLD, Anders,

zanimljivo je uočiti razliku između stavaka 1. i 3. članka 6. Dok se u stavku 1. upućuje na tržište na kojem dolazi do narušavanja odnosa između konkurenata ili kolektivnih interesa potrošača (njem. *Einwirkungsprinzip*), u stavku 3. upućuje se na tržište koje je pogođeno ograničavanjem tržišnog natjecanja (njem. *Auswirkungsprinzip*).<sup>76</sup> To odražava razlikovanje između mikroperspektive i makroperspektive. Rezultat je to različitih svrha koje ostvaruju odnosna pravila: dok je svrha pravila nepoštenog trgovanja onemogućiti narušavanje konkurencije nepoštenim djelovanjem, pravila tržišnog natjecanja ciljaju osigurati uvjete slobodne konkurencije.<sup>77</sup>

Pri određivanju mjerodavnog prava prema odredbi podstavka (a) najvažnije je tumačenje pojma "tržišta". U pravu tržišnog natjecanja "mjerodavno tržište" čine tržište proizvoda/usluga te geografsko tržište, a kada je to odlučujuće i ono vremensko. Određivanje "mjerodavnog tržišta" *in concreto* vrlo je zahtjevan zadatak koji iziskuje pravno-ekonomsku analizu pa, iako je nužan, nije i poželjan za potrebe određivanja mjerodavnog prava, i zbog složenosti i zbog potencijalnih troškova postupka.<sup>78</sup> Ističe se, međutim, da iako posebno definiranje pojma "tržišta" za potrebe određivanja mjerodavnog prava i istoga pojma drukčijeg sadržaja za potrebe utvrđivanja povrede prava tržišnog natjecanja nepotrebno posložnjava postupak,<sup>79</sup> glavnina postupaka nadovezivat će se na već donesene odluke nadležnih tijela za tržišno natjecanje (engl. *follow-on actions*), pa će u tim odlukama biti sadržano i određenje "mjerodavnog tržišta".<sup>80</sup> Zastupljeno je i suprotno stajalište da pojam "tržišta" u članku 6. stavku 3. treba tumačiti odvijeno od prva tržišnog natjecanja jer mu je svrha teritorijalno odvojiti prava tržišnog natjecanja različitih država. Prema tom tumačenju, "pogođeno tržište" postoji u nekoj državi ako je tamo prodavana roba ili pružene usluge koje su navodno predmetom protutržišne prakse.<sup>81</sup> Takvo je tržište ono na kojem se tužitelj i tuženik natječu za klijente.<sup>82</sup> Drugim riječima, dovoljno je za primjenu prava određene države da se na njezinom području osjeća ili može osjećati učinak zabranjenog postupanja.

Pri utvrđivanju mjerodavnog prava, valja uzeti u obzir samo izravne učinke na tržištu, analogno odredbi članka 4. stavka 1. koja određuje mjerodavnost samo

---

Private Durchsetzung des Kartellrechts und der Vorschlag zur "Rom II-VO", *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, vol. 16, br. 4, 2005., str. 149.-154.

76 WEELKEN, Winfried, Sachnormzwecke im Internationalen Wettbewerbsrecht, u: Basedow, Jürgen et al. (ur.), *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2001., str. 308. et seq.; FABIG, Philine, *Internationales Wettbewerbsprivatrecht nach Art. 6 Rom II-VO: Einheitliche Anknüpfung des Wettbewerbsrechts?*, BWV Verlag, 2016., str. 177.

77 MANKOWSKI, Peter, Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, vol. 54, 2008., 177.-193., str. 179.; ILLMER, op. cit., str. 166.

78 DICKINSON, op. cit., str. 422.

79 HELLNER, Michael, Unfair competition and acts restricting free competition: A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation, *Yearbook of Private International Law*, vol. 9, 2007., str. 49.-70., 60.

80 PLENDER/WILDERSPIN, op. cit., str. 620.

81 HOLZMUELLER, Tobias/von KOECKRITZ, Christian, Private enforcement of competition law under the Rome II Regulation, *Global Competition Litigation Review*, vol. 3, br. 3, 2010., str. 91.-97., 92.

82 ILLMER, op. cit., str. 191.

mjesta nastanka izravne štetne posljedice. Iako se s ovim stajalištem ne slažu svi autori,<sup>83</sup> postoji suglasje da drugi elementi “kvalificirane doktrine učinka” koji služe ograničavanju teritorijalnog dohvata prava tržišnog natjecanja, predvidljivost i bitnost,<sup>84</sup> ne bi trebali imati ulogu u okviru članka 6.<sup>85</sup> U literaturi se navodi primjer da uzimanje u obzir samo izravnih učinaka ne znači da će neizravno pogođeni kupci na koje je bio prenesen trošak povećane cijene, najčešće zbog kartela, ostati bez naknade, jer to ovisi o mjerodavnom pravu. Ovaj primjer učestalo se navodio prethodno usvajanju Direktive o naknadi štete, no nakon njezine implementacije u nacionalna zakonodavstva više ne postoje razlike među pravima država članica u tom smislu jer prava svih država članica sada moraju omogućiti prigovor prijenosa prekomjernih cijena.<sup>86</sup> Dakle, osim što prava država članica sada omogućavaju kartelistu prigovor prijenosa prekomjernih cijena (engl. *passing on*), omogućavaju i krajnjem kupcu zahtjev za naknadu štete od kartelista. To nije nužno slučaj s državama izvan EU-a. Stoga, ovaj primjer nije potpuno izgubio na značaju jer je moguće da se kao mjerodavno pravo temeljem Uredbe Rim II primijeni pravo države nečlanice.<sup>87</sup> Zbog različitih materijalnopравnih rješenja u dvjema mjerodavnim pravima, pravo mjerodavnom za zahtjeve za naknadu štete krajnjim kupcima i pravo mjerodavnom za zahtjeve za naknadu štete prema izravnim kupcima, moglo bi se dogoditi da je štetnik obvezan na plaćanje dvostruke naknade štete ili je uopće nije obvezan platiti. Takav je rasplet moguće izbjeći ako se neizravna šteta procjenjuje prema istim pravilima kao i izravna. Prema tomu, pravo mjerodavno za naknadu štete krajnjim kupcima i pravo mjerodavno za naknadu štete prema izravnim kupcima moraju biti isto pravo.<sup>88</sup> Pored toga, mjerodavnost prava krajnjeg kupca mogla bi biti u potpunosti nepredvidljiva štetniku pa bi se takvim kolizijskim pravilima narušilo načelo pravne sigurnosti i legitimnih očekivanja stranaka.

“Doktrina učinka” u slučajevima koji uključuju učinke na tržištima dvaju ili više država, dovodi do “pristupa mozaika” (njem. *Mozaikprinzip*), odnosno distributivne primjene za tržište svake pojedine države njezinog prava tržišnog natjecanja.<sup>89</sup> Primjerice, kod prekograničnih kartela, oštećenici bi bili prisiljeni razlomiti svoj tužbene zahtjeve na nacionalne dijelove i svaki podvrgnuti pravu određene države.<sup>90</sup>

83 MANKOWSKI, *Das neue*, cit., str. 185.

84 Vidi Sud EU-a, presuda od 6. rujna 2017., *Intel Corp. protiv Europske komisije*, predmet C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, para 32 et seq.

85 ILLMER, op. cit., str. 192.; HELLNER, op. cit., str. 62.; FRANCO/WURMNEST, op. cit., str. 123.

86 Vidi članak 12. Direktive o naknadi štete.

87 Članak 3. Uredbe Rim II propisuje univerzalnu primjenu neovisno o tome na pravo koje države upućuju njezina kolizijska pravila.

88 PLENDER/WILDERSPIN, op. cit., str. 626.; ILLMER, op. cit., str. 193.

89 Vidi primjerice, BEIER, Friedrich Karl/SCHRIKER, Gerhard/ULMER, Hubmann, *Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, vol. 34, 1985., str. 104.-108., 107.

90 To nalikuje principu distributivne nadležnosti koji je Sud EU-a ustanovio tumačeći odredbu članka 7. stavka 2. Uredbe Bruxelles I bis koja upućuje na državu štetnog događaja, smatravši

Primjena prava više država može biti preveliki trošak i teret oštećenima te ih moguće i odvratiti od namjeravane tužbe.<sup>91</sup> Stoga je u podstavku (b) omogućeno oštećeniku da pod određenim uvjetima temelji svoj zahtjev na pravu države članice u kojoj se vodi postupak.

### 3.3. *Lex fori*

Prema podstavku (b), u okolnostima kada ograničenje tržišnog natjecanja ima, ili je vjerojatno da će imati, učinak na tržištu više od jedne države, tužitelj može umjesto prava iz podstavka (a) izabrati kao temelj svoje tužbe pravo države suda (*lex fori*). Razlikuju se dvije situacije: kada je jedan tuženik i kada ih je više.

U prvoj situaciji tužitelj može kao temelj svoje tužbe istaknuti pravo države suda pod sljedećim uvjetima. Prvo, mora se raditi o zahtjevu za naknadu štete. Drugo, tužitelj mora biti osoba koja zahtijeva naknadu štete. U praksi je to najčešće oštećenik, no moguće i druga osoba (npr. faktor ili cedent) koja je stupila u položaj oštećenika. Ovim pravom ne može se koristiti tužitelj koji je štetnik, tako da ustane tužbom na utvrđenje da nije odgovoran, jer je ovo jednostrano pravo tužitelja-oštećenika. Treće, tužbu mora podnijeti pred sudom tuženikova prebivališta u smislu Uredbe Bruxelles I bis.<sup>92</sup> Četvrto, tržište države članice suda jedno je od onih na kojima ograničenje tržišnog natjecanja, iz kojeg proizlazi izvanugovorna odgovornost za štetu na kojoj se temelji tužba, ima izravan i bitan učinak.

U drugoj situaciji kada tužitelj podnosi tužbu sukladno primjenjivim pravilima o nadležnosti, protiv više od jednog tuženika, može se pozvati na pravo države suda kao temelj svoje tužbe pod sljedećim uvjetima. Prvo, mora se raditi o zahtjevu za naknadu štete. Drugo, tužitelj mora biti osoba koja zahtijeva naknadu štete. Treće, tužbu mora podnijeti pred sudom prebivališta barem jednog o tuženika u smislu Uredbe Bruxelles I bis.<sup>93</sup> Četvrto, ograničenje tržišnog natjecanja na kojem počiva tužba protiv svakog od tih tuženika imalo je izravan i bitan učinak, također i na tržištu države članice toga suda.

Riječ je o rješenjima koja su potaknuta načelom učinkovitosti postupka jer u okolnostima kada se povreda odrazi na većem broju tržišta, nije praktično, a katkada niti izvedivo, držati se strogo "doktrine učinka" i, posljedične, mozaične primjene prava. S druge strane, uvjeti koji su prethodno postavljeni, osiguravaju višestruku vezu mjerodavnog prava i pravnog odnosa, a usmjereni su i onemogućavanju *forum*

---

da u slučaju više država u kojima je nastala šteta, nadležnost u svakoj od njih postoji samo za onaj dio štete koji je nastao na njezinom području. Cjelokupna šteta može se potraživati samo pred sudom mjesta u kojem je poduzeta štetna radnja. Vidi Sud EU-a, presuda od 7. ožujka 1995., *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL i Chequepoint International Ltd protiv Presse Alliance SA*, predmet C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61.

91 Tako i FITCHEN, Jonathan, Choice-of-law in international claims based on restrictions of competition: Article 6(3) of the Rome II Regulation, *Journal of Private International Law*, vol. 5, br. 2, 2009., str. 337.-370., 355.; PLENDER/WILDERSPIN, op. cit., str. 627.

92 Nadležnost bi se tada ustanovljavala prema članku 4. stavku 1. Uredbe Bruxelles I bis.

93 Nadležnost prema ostalim tuženicima mogla bi se tada ustanoviti na temelju članka 8. stavka 1. Uredbe Bruxelles I bis o atrakciji nadležnosti.

*shoppinga* te su predvidljivi tuženiku jer je riječ o primjeni prava njegova prebivališta ili prebivališta jednog od tuženika ako ih je više. Tako je tome barem u teoriji, no u praksi se postavlja pitanje kako mjeriti bitnost učinka. Komisija je pojasnila da se pri procjeni izravnosti i bitnosti učinka na određenom tržištu trebaju uzeti u obzir položaj i važnost poduzetnika u pitanju na tržištu predmetnih proizvoda.<sup>94</sup> No, uzme li se, primjerice, u slučajevima kartelnih cijena apsolutna količina prodanih primjeraka robe, redovito će prednost imati velike države članice. Nasuprot tomu, uzme li se postotni kriterij lakše će biti ostvariti bitnost na tržištu manjih država članica, no to ujedno može potaknuti *forum shopping*.<sup>95</sup>

Dodatni problem uočen je glede mogućnosti da se temeljem ove odredbe primijeni pravo neke države članice (države pred čijim se sudom vodi postupak) na naknadu štete pretrpljene kao posljedice radnji čiji je učinak u državi nečlanici. Štoviše moguće je da se primjenom prava države suda naloži naknada štete za radnju koja prema pravu te države nečlanice nije ograničila tržišno natjecanje. Smatrajući to nepoželjnim s aspekta međunarodnoga javnog prava te držeći da to nije mogla biti namjera europskog zakonodavca, neki autori kao izlaznu strategiju upućuju na članak 17. Uredbe Rim II. Njime se određuje da će se, pri ocjeni postupanja osobe za koju se utvrđuje odgovornost, voditi računa da se stvarno i koliko god je to potrebno poštuju pravila postupanja koja su bila na snazi na mjestu i u vremenu kada se zbio događaj koji je prouzročio odgovornost. Primjenjujući ovu odredbu na primjer zabranjenog sporazuma, isti autori, zaključuju da bi se “postupanjem” mogla smatrati implementacija toga sporazuma u državi nečlanici i tako pitanje odgovornosti podvesti pod to pravo, dok bi *lex fori* uređivao ostala pitanja, kao što je odmjeravanje štete.<sup>96</sup> Čini se, međutim, da bi primjerenije bilo problemu pristupiti tumačenjem odredbe članka 6. stavka 3. podstavka (b). Naime, *lex fori* primjenjiv je samo ako oštećenik zahtijeva naknadu štete pa je moguće tumačenje da je ovim oštećenikovim raspolaganjem zahvaćeno samo pitanje naknade štete. Pitanje postojanja odgovornosti koje valja biti prethodno utvrđeno, može biti riješeno odlukom nadležnog tijela (ako je to tijelo države nečlanice, učinci takve odluke ovise o nacionalnom pravu države suda) ili kao prethodno pitanje u postupku radi naknade štete. U potonjem slučaju, to pitanje ne bi bilo obuhvaćeno jednostranim optiranjem za pravo države suda, već bi ostalo u nadležnosti prava mjerodavnog prema podstavku (a). To bi bilo sukladno načelima suverenosti država i teritorijalnosti prava tržišnog natjecanja.

94 DICKINSON, op. cit., str. 425.

95 FRANCO/WURMNEST, op. cit., str. 125.

96 PLENDER/WILDERSPIN, op. cit., str. 628.

#### **4. JAVNI POREDAK, MEĐUNARODNO PRISILNA PRAVILA TE PRAVILA SIGURNOSTI I POSTUPANJA**

Javni interes nalaže da sudovi država članica, u iznimnim okolnostima, imaju mogućnost korigirati ili spriječiti učinak primjene mjerodavnog prava temeljem javnog poretka i međunarodno prisilnih pravila.<sup>97</sup> Još je i Eisner posebno naglašavao važnost javnog poretka u okviru kolizijskih pitanja s obzirom na kartele, no tada je to bilo u kontekstu kolizijskih pravila koja su se tada primjenjivala i koja su zavisila o pravnoj naravi kartelnog odnosa: ugovornog (*lex loci contractus*) ili statusnog (*lex loci situs*).<sup>98</sup> Danas je to moguće u okviru izvanugovornog odnosa kao posljedica prihvaćanja širokog shvaćanja privatnopravne provedbe prava tržišnog natjecanja.

Odredba o javnom poretku iz članka 26. Uredbe Rim II dolazi u primjenu ako postoji očita nespojivost mjerodavnog prava s javnim poretkom (*ordre public*) države suda.<sup>99</sup> Valja istaknuti da suvremena pravna teorija ističe da javni poredak uključuje načela uređena na međunarodnoj razini,<sup>100</sup> kao i vrijednosti i načela EU-a, te da se njegov sadržaj treba utvrđivati progresivnim tumačenjem nadležnih tijela i EU-a i država članica.<sup>101</sup> Isto tako ističe se da je pravom EU-a zadan samo vanjski okvir potencijalnog javnoga poretka države članice, dok svaka država članica svojim vlastitim načelima ispunjava taj okvir.<sup>102</sup> Posljedica primjene odredbe o javnom poretku neprimjena je stranog prava koje bi bilo mjerodavno prema kolizijskim pravilima Uredbe Rim II.<sup>103</sup> Poglavitito, primjena odredbe prava mjerodavnog prema ovoj

97 Prva rečenica točke 32. preambule Uredbe Rim II.

98 EISNER, Bertold, *Međunarodno privatno pravo*, vol. 2, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1956., str. 38.

99 Pritom se poglavito govori o nespojivosti učinka primjene stranog prava *in concreto*, a ne samog prava po sebi. EISNER, Bertold, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1953., str. 77.

100 ŠARČEVIĆ, Petar/TOMLJENIĆ, Vesna, Primjedbe na Teze za Zakon o međunarodnom privatnom pravu, autora prof. dr. Krešimira Sajka, prof. dr. Hrvoja Sikirića i doc. dr. Vilima Boučeka, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, 2001., str. 655.-673., 660.-661.; SIEHR, Kurt, *Internationales Privatrecht*, C.F. Müller, Heilderberg, 2001., str. 488.

101 POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine, L'ordre public international en droit communautaire: A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1<sup>er</sup> juin 1999 (*affaire Eco Swiss China Time Ltd*), *Journal du droit international privé*, vol. 127, 2000., str. 299.-307., 301. *et seq.* Razlikovanje između *ordre public communautaire* i *ordre public européen* ovisi o prirodi pravila o kojima je riječ pa se prvospomenuti odnosi samo na pravila koja su usvojila tijela EU-a (ranije EZ-a), dok se potonji odnosi na pravila nastala i u okviru drugih oblika europskih integracija, poput Vijeća Europe. Europski javni poredak (*ordre public européen*) izrijekom je spomenut da uključuje i Europsku konvenciju o ljudskim pravima i temeljnim slobodama u slučaju Europskog suda za ljudska prava *Loizidou protiv Turske*, posl. br. 40/1993/435/514, Rec. 1998, IV., odluka od 28.7.1998., dostupno na <<http://www.echr.coe.int>> (posljednji posjet 28.12.2017.). Vidi i MAYER, Pierre, La Convention européenne des droits de l'homme et application des normes étrangères, *Revue critique de droit international privé*, vol. 80, 1991., str. 651.-665., 662. *et seq.*

102 Analogno tumačenju odredbe o javnom poretku u Uredbi Bruxelles I bis. Vidi, Sud EU-a, presuda od 28. ožujka 2000., *Dieter Krombach protiv André Bamberski*, predmet C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, para. 23.

103 Članak 26. Uredbe Rim II.



Uredbi koja bi imala učinak da se određuje isplata kaznene štete (*punitive damages*) pretjerane prirode ili pak štete čija priroda nije naknada već postavljanje primjera drugima, može biti smatrana suprotnom javnom poretku države suda.<sup>104</sup> Općenito vrijedi da isključenje mjerodavnog prava, prema kojem bi se navedene vrste šteta primjenjivale nije automatsko, već je ovisno o okolnostima slučaja i pravnom poretku države članice pred čijim sudom se vodi postupak.<sup>105</sup> No, kada je riječ o pravu tržišnog natjecanja važno je uočiti da Direktiva o naknadi štete u članku 3. propisuje pravo na “potpunu naknadu štete” i predviđa da “potpuna naknada štete [...] ne dovodi do prekomjerne naknade štete, bilo putem odštete u svrhu kažnjavanja, višestruke odštete ili putem druge vrste odštete”.<sup>106</sup> Prema tomu, kaznene ili primjerične štete svakako će se smatrati nedopuštenima u okviru postupaka radi naknade štete koja je posljedica povrede prava tržišnog natjecanja. Navedena iznimka od primjene stranog prava logično proizlazi iz prvenstvene uloge koju suvremena (europska) znanost pripisuje izvanugovornoj odgovornosti, a to je naknada pretrpljene štete,<sup>107</sup> ne kažnjavanje.

Međunarodno prisilna pravila djeluju u situacijama s međunarodnim obilježjem na način da im pravo koje je inače mjerodavno mora ustupiti mjesto u mjeri u kojoj je nužno da se ista primijene. Uredba Rim II nije predvidjela sadržajno određenje pojma međunarodno prisilnih pravila, već samo opis tehnike njihova djelovanja. Naime, članak 16. Uredbe Rim II predviđa da ništa u toj Uredbi ne ograničava primjenu odredbi prava države suda ako su one prisilne bez obzira na pravo inače mjerodavno za izvanugovornu obvezu.<sup>108</sup> Primjeni li se načelo usklađenog tumačenja propisa EU-a,<sup>109</sup> u ovom slučaju Uredbe Rim I, valjalo bi zaključiti da je međunarodno prisilno pravilo ono koje, pored toga što je po naravi pravno pravilo, materijalnopravno pravilo te kogentno u okviru domaćih pravnih odnosa, udovoljava dvojakom uvjetu

104 O ovim pitanjima koja se javljaju poglavito u postupku priznanja i ovrhe vidi, CRESPI REGHIZZI, Zeno, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 38, br. 4, 2002., str. 977.-990.; HAY, Peter, *The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany – The 1992 Decision of the German Supreme Court*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 1992., str. 729.-750. Vidi i u sudskoj praksi primjerice, LG (Berlin) 16.6.1989., *Der Betrieb* 2100 (1989); OLGZ (Duesseldorf) 28.5.1991., 7 *RIW* 594 (1991); BGHZ 118, 312 (334–51); Visoki sud Tokya, 28.6.1993. H.J. (1471) 89 [1993], H.T. (823) 126 [1993], <<http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/pdf/Tokyo%20High%20Court,%20Judgment,%20June%2028,%201993.pdf>> (posljednji posjet 12.1.2018.). Tvrdnje o naznakama suprotnih trendova vidi, BEHR, Volker, *Punitive Damages in American and German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 78, 2003., str. 105.-161.; GOTANDA, John Y., *Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?*, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 45, br. 2, 2007., str. 507.-528.; JABLONSKI, Scott R., *Translation and Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts – A Recent Case in the Supreme Court of Spain*, *Journal of Law and Commerce*, vol. 24, br. 2, 2005., str. 225.-244.

105 Točka 32. preambule Uredbe Rim II.

106 Vidi i točku 13. preambule Direktive o naknadi štete.

107 KUNDA, Ivana, *Pravo mjerodavno za povredu prava intelektualnog vlasništva* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., poglavlje IV.1.

108 Takvo potpunije određenje predviđeno je člankom 8. stavkom 1. Prijedloga Uredbe Rim I.

109 Točka 7. preambule Uredbe Rim II.

za međunarodnu prisilnost: kriteriju interesa i kriteriju nadvladavanja. Potonji je sadržan u navedenoj odredbi članka 16. Uredbe Rim II jer međunarodno prisilna pravila nisu podređena kolizijskim pravilima, već djeluju neovisno o njima. Štoviše ona ih nadvladavaju, odnosno primjenjuju se “bez obzira na pravo inače mjerodavno za izvanugovornu obvezu”. Kriterij interesa neizrečen je u ovoj odredbi, no prisutan je u Uredbi Rim I,<sup>110</sup> čije se obrazloženje poziva na sudsku praksu Suda EU-a.<sup>111</sup> U maniri Francescakisa međunarodno prisilna pravila mogu se odrediti kao pravila “čije poštovanje je nužno za očuvanje političkog, društvenog ili gospodarskog ustroja države.”<sup>112</sup> To je i bit kriterija interesa koji uklanja iz ove jednadžbe sva pravila u čijoj pozadini nisu navedeni interesi.<sup>113</sup> U primjeni ovih kriterija *in concreto* valja znati da oni djeluju zajednički. Naime, pravilo mora biti procijenjeno na način da se utvrdi štiti li doista interes koji se može podvesti pod neki od navedenih, a potom je potrebno odvagati stupanj nužnosti primjene određenog pravila radi poštovanja tih interesa.

Kada je riječ o pravilima tržišnog natjecanja ona su upravo jedno od najčešće spominjanih pravila neposredne primjene. Primjerice, odredba o ništetnosti zabranjenih sporazuma iz članka 101. stavka 2. UFEU-a jedno je takvo pravilo što proizlazi iz analize interesa koje štiti. Naime, kao i druge odredbe prava tržišnog

110 Članak 9. stavak 1. Uredbe Rim I glasi: “Prevladavajuća prisilna pravila su pravila čije se poštivanje smatra u tolikoj mjeri ključnim od strane neke države za očuvanje njezinih javnih interesa, poput njezinog političkog, društvenog ili gospodarskog ustrojstva da su primjenjiva na bilo koju situaciju koja potpada pod njezin domašaj, bez obzira na pravo inače mjerodavno za ugovor prema ovoj Uredbi.”

111 Vidi, Sud EU-a, presuda od 23. studenoga 1999., *Kazneni postupak protiv Jean-Claude Arblade i Arblade & Fils SARL i Bernard Leloup, Serge Leloup i Sofrage SARL*, spojeni slučajevi C-369/96 i C-376/96, EU:C:1999:575, para. 30. O teorijskoj pozadini ovog uvjeta vidi, KUNDA, Ivana, *Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International Law of Contract*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, vol. 4, br. 5, 2007., str. 210.-222.

112 FRANCESCAKIS, Phiocion, *Conflit de lois*, u: *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international privé*, 1976., vol. 5, Jurisprudence Générale Dalloz, Paris, 1976., str. 480. (prijevod I.K.). Ovakvo određenje kojime se interesi ograničavaju samo na državne interese kritizirano je u dijelu teorije. Vidi primjerice, BONOMI, Andrea, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato, Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle legge italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998., str. 177.; ID., *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Community*, *Yearbook of Private International Law*, vol. 5, 2003., str. 53.-98., 87.; ŠARČEVIĆ, Petar, *Prisilni propisi i mjerodavno pravo s posebnim osvrtom na ograničenje autonomije volje stranaka*, u: *Izvođenje investicijskih radova*, Vol. 2, Informator, Zagreb, 1987., str. 113.-132., 124.

113 Vidi primjerice, BATIFFOL, Henri/LAGARDE Paul, *Traité de droit international privé*, vol. 1, 8. izd., LGDJ, 1993., str. 428.; MANKOWSKI, Peter, *Wichtige Klärungen in Internationalen Arbeitsrecht, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 14, 1994., str. 89.-98., 94.; MAYER, Pierre, *Les lois de police étrangères*, *Journal du droit international privé*, vol. 108, 1981., str. 277.-345., 291.; SPERDUTTI, Giuseppe, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 59, 1976., str. 469.-490., 474.; VILLANI, Ugo, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2. izd., Cacucci Editore, 2000., str. 201.

natjecanja, i ona cilja osiguranju slobode tržišnog natjecanja kao osnovnog preduvjeta gospodarske stabilnosti i rasta. To su, uistinu, javni interesi ekonomske naravi o kojima i govori definicija pravila neposredne primjene. Simulacijom neprimjene toga međunarodnoga prisilnog pravila jasno je da bi došlo do narušavanja ekonomskog ustroja na unutarnjem tržištu EU-a i tržištima država članica. Prema tomu, ovo pravilo mora se poštovati na čitavom području EU-a jer u suprotnom nije moguće ostvariti ciljeve zacrtane TFEU-om.<sup>114</sup>

Uredba Rim II ne predviđa uzimanje u obzir međunarodno prisilnih pravila treće države (dakle, ona koja nije niti država suda niti država čije je pravo mjerodavno). To su neki znanstvenici ocijenili dobrodošlim jer uklanja jedan razlog potencijalne neujednačenosti u primjeni i pravnoj nesigurnosti.<sup>115</sup> Drugi znanstveni krugovi su to kritizirali kao korak unazad s obzirom na rastući broj država s kojima neki spor ima doticaj u danas vladajućim uvjetima odvijanja svjetske trgovinske razmjene, pokretljivosti ljudi, roba, usluga i kapitala, kao i suvremenih oblika komunikacija.<sup>116</sup> Za razliku od toga, primjenjiva su pravila neposredne primjene prava mjerodavnog za bit spora.<sup>117</sup>

Pored navedene opće odredbe o primjeni međunarodno prisilnih pravila *lex fori*, Uredba sadrži i posebnu odredbu u članku 17. koja je sadržajno ograničena na pravila sigurnosti i postupanja, teritorijalno i vremenski na takva pravila na snazi u mjestu i u vrijeme nastupa štetnog događaja, te učinkom i dosegom na način da se uzimaju u obzir ako je to primjereno. Pojašnjava se u uvodnom dijelu Uredbe Rim II da uzimanje u obzir pravila sigurnosti i postupanja na snazi u državi u kojoj je štetna radnja poduzeta, čak i kada je izvanugovorna obveza podvrgnuta pravu druge države, služi uspostavi razumne ravnoteže između stranaka. Pritom, pojam “pravila sigurnosti i postupanja” treba tumačiti na način da upućuje na sve propise koji imaju bilo kakvu vezu sa sigurnošću i postupanjem, primjerice pravila sigurnosti u prometu u slučaju nesreće.<sup>118</sup> Odredba izrijekom propisuje da se navedena pravila međunarodno prisilne naravi uzimaju u obzir pri procjeni postupanja štetnika, i to kao činjenica, a ne kao pravno pravilo. Kao što je ranije bilo istaknuto, radi se o kodifikaciji “teorije činjenice”.<sup>119</sup> Uporabom ovog pristupa uklanja se problem

114 Vidi sličan zaključak glede svojstva pravila neposredne primjene koje je Sud EU-a pripisao odredbama članaka 17. i 18. Direktive Vijeća 86/653/EEZ od 18. prosinca 1986. o usklađivanju propisa država članica koji se odnose na samostalne trgovačke zastupnike, Službeni list Europske unije (posebno izdanje na hrvatskom jeziku), L 1/1 poglavlje 6, svezak. 10, str. 45.-49., u presudi od 9. studenog 2000, *Ingmar GB Ltd protiv Eaton Leonard Technologies Inc.*, predmet C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605.

115 DICKINSON, op. cit., str. 637.

116 Vidi, HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, op. cit., 46.

117 Tako i DICKINSON, op. cit., str. 638.

118 Točka 34. preambule Uredbe Rim II.

119 O “teoriji činjenice” vidi primjerice, BEULKER, Jette, *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005., str. 91.; JAYME, Erik, *The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations* (1980), u: ŠARČEVIĆ, Petar (ur.), *International Contracts and Conflicts of Law*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1990., str. 36-50., 46.; KREUZER, Karl Friedrich, *Ausländisches Wirtschaftsrecht von deutschen Gerichten, Zum Einfluß fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte*, C. n.

primjene (kao pravnog pravila) nekoga javnopravnog pravila strane države tako što se ono poima kao činjenica. Slijedom toga, nestaje i ono što se označava problemom ekstrateritorijalne primjene javnog prava. S druge strane, ovoj se teoriji prigovara da sudovi u stvarnosti navedena prisilna pravila ne uzimaju u obzir kao činjenice, već promatraju i njihov “normativni sadržaj”<sup>120</sup> te da ona ne pruža odgovore na ključna pitanja, kada i pod kojim uvjetima se određeno pravilo smatra odlučnom činjenicom *in concreto*.<sup>121</sup> Usprkos tomu što je u literaturi moguće pronaći sugestiju o tomu da se ovom metodom mogu uzeti u obzir javnopravna pravila tržišnog natjecanja,<sup>122</sup> za sada nam nije poznato da je neki sud tako postupio.

## 5. ZAKLJUČAK

EU neprestano ulaže velike napore u smjeru povećanja učinkovitosti sustava javnopravne, a od nedavno i privatnopravne, provedbe prava tržišnog natjecanja. Za očekivati je da će se, kao posljedica tih napora, i u Hrvatskoj dogoditi određeni pomaci u smjeru intenziviranja privatnopravne provedbe koji će označiti pomak s mrtve točke. Posebice bi to mogli biti hrvatski oštećenici zainteresirani za naknadu štete. U tom smislu, ni nakon Direktive o naknadi štete, koja djelomično usklađuje materijalnopravna pravila država članica, na važnosti ne gubi Uredba Rim II. Naime, nerijetko će prekršitelji biti iz inozemstva ili će predmet na drugi način imati prekogranično obilježje koje će ga povezivati s područjem i izvan Hrvatske. Člankom 6. stavkom 3. Uredbe Rim II određuje se pravo koje je mjerodavno za radnje ograničavanja tržišnog natjecanja u postupcima privatnopravne provedbe pred sudovima država članica.

Jedno od ključnih pitanja tumačenje je kategorije vezivanja, ne bi li se utvrdilo koji su sve zahtjevi njome obuhvaćeni. Tu valja primijeniti tumačenje koje omogućava podvođenje pod taj pojam svih oblika povreda prava tržišnog natjecanja, koji su ujedno “građanske i trgovačke stvari” i “izvanugovorne obveze”. Pritom je također bitno osvijestiti važnost odnosa između prava tržišnog natjecanja EU-a i nacionalnog prava, u ovisnosti o tomu pokreće li se nadovezujući postupak, nakon što je nadležno tijelo javnopravne provedbe utvrdilo postojanje povrede ili samostalni postupak ako takvo utvrđenje ne postoji. Jednako tako važno je i pitanje tumačenja primarne poveznice koja je inspirirana “doktrinom učinka” na tržište. Njezina će primjena kod višeteritorijalnih povreda redovito dovesti do mozaične primjene prava svih onih država, čije je tržište (izravno) zahvaćeno povredom. Zbog otežanog položaja tužitelja-oštećenika u tom slučaju, pod određenim pretpostavkama, on ima pravo umjesto primjene prava više država čije je tržište zahvaćeno povredom,

Müller Juristischer Verlag, 1986., str. 57.; KINSCH, Patrick, *Le fait du prince étranger*, LGDJ, 1994., str. 341. *et seq.*

120 BONOMI, *Le norme imperative*, cit., str. 284

121 MAGNUS, Ulrich (ur.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/ IPR. Einleitung zu Art 27 ff EGBGB und Kommentierung der Art. 27, 28, 29, 29a, 30, 32, 34, 36, 37 EGBGB*, 13. izd., Sellier de Gruyter, 2002., str. 631.

122 PLENDER/WILDERSPIN, op. cit., str. 628

jednostrano odabrati pravo države suda. Ovdje dolazi do određenog paralelizma između određivanja teritorijalnog prava tržišnog natjecanja EU-a u recentnoj sudskoj praksi Suda EU-a i kolizijskopravne aktivnosti u okvirima članka 6. stavka 3. Iako su neki od pojmova zajednički, pogrešno bi bilo potpuno poistovjetiti te dvije situacije.

Stranački izbor mjerodavnog prava za zahtjeve u povodu povrede prava tržišnog natjecanja nije dopušten zbog javnog interesa država i EU-a koji nalaže primjenu prava države s kojom postoji najuža interesna veza. Snaga javnoga interesa u ovom području ogleda se i u karakteru međunarodno prisilnih pravila koji se može pripisati brojnim pravilima prava tržišnog natjecanja, dok se djelovanje javnog poretka može očekivati i u sferi naknade štete ako je previđena naknada kaznene ili primjerične štete, koja prelazi visinu stvarno pretrpljene štete i izgubljene dobiti. Na kraju valja još jednom istaknuti da je za sve koji primjenjuju propise EU-a bitno koristiti pored hrvatske i druge jezične verzije propisa EU-a, jer će jedino tako biti sigurni da ispravno shvaćaju u njima sadržane pravne pojmove. Kao što to zorno pokazuje primjer naveden u tekstu, prijevod na hrvatski jezik odredbe članka 6. stavka 3. Uredbe Rim II može dovesti do ishoda koji je suprotan intenciji zakonodavca. Posljedično, hrvatski sudovi mogu pogrešno primijeniti pravo EU-a za što RH može biti odgovorna prema tom istom pravu. Iako do ovog trenutka hrvatska praksa nije bila zaokupljena problematikom određivanja mjerodavnog prava u postupcima zbog povrede pravila tržišnog natjecanja, već se naziru obrisi prvih takvih postupaka. Neki će sigurno dotaknuti ovdje iznesena stajališta, ali i otvoriti i još mnoga pitanja u ovom složenom području.

## LITERATURA

1. BATIFFOL, Henri/LAGARDE Paul, *Traité de droit international privé*, vol. 1, 8. izd., LGDJ, 1993.
2. BEAUMONT, Paul, *Private International Law of the European Union: Competence Questions Arising from the Proposed Rome II Regulation on Choice of Law in Non-Contractual Obligations*, u: BRAND, Ronald (ur.), *Private Law, Private International Law and Judicial Cooperation in the EU-US Relationship, Volume 2 of the CILE Studies*, Thomson, 2005., str. 15.-26.
3. BÉHAR-TOUCHAIS, Martine, Abus de puissance économique et droit international privé, *Revue internationale de droit économique*, br. 1, 2010., str. 37.-59.
4. BEHR, Volker, Punitive Damages in American and German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 78, 2003., str. 105.-161.
5. BEIER, Friedrich Karl/SCHRIKER, Gerhard/ULMER, Hubmann, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, vol. 34, 1985., str. 104.-108.
6. BENECKE, Martina, Auf dem Weg zu “Rom II”, – Der Vorschlag für eine Verordnung zur Angleichung des IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse, *Recht der internationalen Wirtschaft*, vol. 49, 2003., str. 830.-837.
7. BEULKER, Jette, *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
8. BONOMI, Andrea, Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Community, *Yearbook of Private International Law*, vol. 5, 2003., str. 53.-98.
9. BONOMI, Andrea, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato, Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle legge italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998.
10. BOUČEK, Vilim, Europsko kartelno privatno pravo u Uredbi Rim II, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, br. 5-6, 2012., str. 1731.-1755.
11. BUTORAC MALNAR, Vlatka et al., *Pravo tržišnog natjecanja*, Školska knjiga, 2016.
12. CRESPI REGHIZZI, Zeno, Sulla contrarietà all’ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 38, br. 4, 2002., str. 977.-990.
13. DANOV, Mihail, Cross-Border Aspects of EU Competition Law Enforcement: Comprehensive Reform Needed?, u: TOMLJENOVĆ, Vesna et al. (ur.), *EU Competition and State Aid Rules Public and Private Enforcement*, Springer, 2017., str. 197.-218.
14. DICKINSON, Andrew, *The Rome II Regulation*, Oxford, 2008.
15. EISNER, Bertold, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1953.
16. EISNER, Bertold, *Međunarodno privatno pravo*, vol. 2, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1956.
17. FABIG, Philine, *Internationales Wettbewerbsprivatrecht nach Art. 6 Rom II-VO: Einheitliche Anknüpfung des Wettbewerbsrechts?*, BWV Verlag, 2016.
18. FITCHEN, Johnatan, Private Enforcement of Competition Law, u: BEAUMONT, Paul et al. (ur.), *Cross-Border Litigation in Europe*, Hart, 2017., str. 671.-688.

19. FITCHEN, Jonathan, Choice-of-law in international claims based on restrictions of competition: Article 6(3) of the Rome II Regulation, *Journal of Private International Law*, vol. 5, br. 2, 2009., str. 337.-370.
20. FRANCESKAKIS, Phiocion, Conflit de lois, u: *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international privé*, 1976., vol. 5, Jurisprudence Générale Dalloz, Paris, 1976.
21. FRANCO, Stéphanie/WURMNEST, Wolfgang, International Antitrust Claims under the Rome II Regulation, u: BASEDOW, Jurgen/FRANCO, Stephanie/IDOT, Laurence (ur.), *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Hart, 2012., str. 91.-129.
22. FUCHS, Angelika, Zum Kommissionsvorschlag einer "Rome II"-Verordnung, *Recht der internationalen Wirtschaft*, vol. 50, 2004., str. 100.-105.
23. GEDIP, Position sur l'avant-projet de proposition de Règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II"), Paris 2002., dostupno na <<https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-12pf2.html>> (posljednji posjet 10.1.2018.).
24. GOTANDA, John Y., Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 45, br. 2, 2007., str. 507.-528.
25. HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 67, 2003., str. 1.-56.
26. HAY, Peter, The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany – The 1992 Decision of the German Supreme Court, *American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 1992., str. 729.-750.
27. HELLSNER, Michael, Unfair competition and acts restricting free competition: A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation, *Yearbook of Private International Law*, vol. 9, 2007., str. 49.-70.
28. HENNING-BODEWIG, Frauke/SCHRICKER, Gerhard, New New Initiatives for the Harmonisation of Unfair Competition Law in Europe. Henning-Bodewig New Initiatives for the Harmonisation of Unfair Competition Law in Europe, *European Intellectual Property Review*, vol. 24, br. 5, 2002., str. 271.-276., 272.
29. HOLZMUELLER, Tobias/von KOECKRITZ, Christian, Private enforcement of competition law under the Rome II Regulation, *Global Competition Litigation Review*, vol. 3, br. 3, 2010., str. 91.-97.
30. HOWARD, Anneli/BLACKWOOD, Anneliese, u: ROSE, Vivien/BAILEY, David (ur.), *Bellamy & Child European Union Law of Competition*, 7. izd., Oxford, 2013., str. 1222.-1223.
31. HUBER, Peter/BACH, Ivo, Die Rom-II-VO – Kommissionsentwurf und aktuelle Entwicklungen, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 25, br. 2, 2005., str. 73.-84.
32. IDOT, Laurence, Les conflits de lois en droit de la concurrence, *Journal du droit international privé*, vol. 122, br. 2, 1995., str. 321.-341.
33. JABLONSKI, Scott R., Translation and Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts – A Recent Case in the Supreme Court of Spain, *Journal of Law and Commerce*, vol. 24, br. 2, 2005., str. 225.-244.
34. JAYME, Erik, The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980), u: ŠARČEVIĆ, Petar (ur.), *International Contracts and Conflicts of Law*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1990., str. 36-50.
35. KADNER GRAZIANO, Thomas, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/LGDJ, 2004.
36. KINSCH, Patrick, *Le fait du prince étranger*, LGDJ, 1994.

37. KOOS, Stefan, Rom II und das Internationale Wirtschaftsrecht, *The European Legal Forum/Forum Iuris Communis Europae*, vol. 6, br. 4-II, 2006., str. 73.-100.
38. KREUZER, Karl Friedrich, *Ausländisches Wirtschaftsrecht von deutschen Gerichten, Zum Einfluß fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte*, C. n. Müller Juristischer Verlag, 1986.
39. KRÖLL, Stefan, Future Perspectives of Conflict Mandatory Rules in International Contracts, in: BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz (ur.), *Perspectives of Air Law, Space Law, and International Business Law for the Next Century*, Carl Heymans Verlag KG, 1995., pp. 87-105.
40. KUNDA, Ivana, Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International Law of Contract, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, vol. 4, br. 5, 2007., str. 210.-222.
41. KUNDA, Ivana, European Union legislation: How far does it reach beyond the EU border?, u: SOOKSRIPAIARNKIT, Poomintr/GARIMELLA, Ramani, *Challenges in Private International Law: China's One Belt One Road Initiative*, Routledge, 2018. (u tisku).
42. KUNDA, Ivana, Neke uobičajene pogreške u prijevodima propisa Europske unije, *Prevoditelj*, vol. 38, br. 94, 2015., str. 13.-18.
43. KUNDA, Ivana, *Pravo mjerodavno za povredu prava intelektualnog vlasništva* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., poglavlje IV.1.
44. KUNDA, Ivana, Uredba Rim II: ujednačena pravila o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze u Europskoj uniji, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28, br. 2, 2007., str. 1269.-1324.
45. LEIBLE, Stefan/ENGEL, Andreas, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 15, 2004., str. 7.-17.
46. MAGNUS, Ulrich (ur.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR. Einleitung zu Art 27 ff EGBGB und Kommentierung der Art. 27, 28, 29, 29a, 30, 32, 34, 36, 37 EGBGB*, 13. izd., Sellier de Gruyter, 2002.
47. MANKOWSKI, Peter, Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, vol. 54, 2008., 177.-193.
48. MANKOWSKI, Peter, u: *Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht*, Vol., 1, Beck, 2006.
- ILLMER, Martin, u: HUBER, Peter, *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2011.
49. MANKOWSKI, Peter, Wichtige Klärungen in Internationalen Arbeitsrecht, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 14, 1994., str. 89.-98.
50. MAYER, Pierre, Les lois de police étrangères, *Journal du droit international privé*, vol. 108, 1981., str. 277.-345., 291.
51. MEZGHANI, Ali, Méthodes de droit international privé et contrat illicite, *Recueil des cours*, vol. 303, 2003., str. 129-430.
52. NOURISSAT, Cyril/TREPPOZ, Edouard, Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles "Rome II", *Journal du droit international privé*, vol. 130, 2003., str. 7-38.
53. PECOTIĆ KAUFMAN, Jasminka/PETROVIĆ, Siniša, The Enforcement of EU Competition Law by National Courts, u: TOMLJENOVĆ, Vesna et al. (ur.), *EU Competition and State Aid Rules Public and Private Enforcement*, Springer, 2017., str. 49.-66.
54. PINEAU, Elena Rodriguez. Conflict of Laws Comes to the Rescue of Competition Law: The New Rome II Regulation, *Journal of Private International Law*, vol. 5, br. 2, 2009., str. 311.-336.
55. PLEDNER, Richard/WILDERSPIN, Michael, *The European Private International Law of Obligations*, 3. izd., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.



56. POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine, L'ordre public international en droit communautaire: A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1<sup>er</sup> juin 1999 (*affaire Eco Swiss China Time Ltd*), *Journal du droit international privé*, vol. 127, 2000., str. 299.-307. MAYER, Pierre, La Convention européenne des droits de l'homme et application des normes étrangères, *Revue critique de droit international privé*, vol. 80, 1991., str. 651.-665.
57. RENOLD, Marc-André, *Les conflits de lois en droit antitrust : contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991.
58. ROSENKRANZ, Timo/ROHDE, Eva, The law applicable to non-contractual obligations arising out of acts of unfair competition and acts restricting free competition under Article 6 Rome II Regulation, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, poseban broj, 2008., str. 435.-439.
59. SIEHR, Kurt, *Internationales Privatrecht*, C.F. Müller, Heilderberg, 2001..
60. SPERDUTTI, Giuseppe, Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 59, 1976., str. 469.-490.
61. ŠARČEVIĆ, Petar, Prislilni propisi i mjerodavno pravo s posebnim osvrtom na ograničenje autonomije volje stranaka, u: *Izvođenje investicijskih radova, Vol. 2*, Informator, 1987., str. 113.-132.
62. ŠARČEVIĆ, Petar/TOMLJENOVIĆ, Vesna, Primjedbe na Teze za Zakon o međunarodnom privatnom pravu, autora prof. dr. Krešimira Sajka, prof. dr. Hrvoja Sikirića i doc. dr. Vilima Boučeka, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, 2001., str. 655.-673.
63. VILLANI, Ugo, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2. izd., Cacucci Editore, 2000.
64. VON HEIN, Jan, Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrecht: Zur geplanten EU-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, vol. 102, 2003., str. 528.-562.
65. WALLIS, Diana, Introduction: Rome II – A Parliamentary Tale, u: AHERN, John/BINCHY, William (ur.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Brill/Nijhoff, 2009., str. 1.-7.
66. WAUTHLET, Patrick, Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence, *Revue de droit commercial belge*, br. 6, 2008., str. 502.-514.
67. WEELKEN, Winfried, Sachnormzwecke im Internationalen Wettbewerbsrecht, u: Basedow, Jürgen et al. (ur.), *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2001., str. 308. et seq.
68. ZIMMER, Daniel/LEOPOLD, Anders, Private Durchsetzung des Kartellrechts und der Vorschlag zur "Rom II-VO", *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, vol. 16, br. 4, 2005., str. 149.-154.

**Ivana Kunda\***

Summary

## **LAW APPLICABLE TO THE BREACH OF COMPETITION LAW**

Issues arising in the context of determining the law governing competition law breaches are numerous and complex. The situation is no different following the harmonisation of the national rules as a result of the recently adopted Directive on damages for infringements of the competition law provisions. This paper is aimed at scrutinising various such issues, in particular it deals with interpretation of the concepts found in Article 6(3) of the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations and the related aspects of interaction between EU and national competition laws. From the scope of application *ratione materiae* of the mentioned conflict-of-law provision and defining the “market” as an essential component of the connecting factor *lex mercati*, to the functioning of the general provisions aimed at protecting public interests, the author presents the opposing views expressed in legal theory and points out the principles which should be taken into account in the course of the analysis. Additional emphasis is put on the thorny questions which originate from erroneous translation of the EU legislation into the Croatian language.

**Keywords:** *EU law, private international law, competition law, effect doctrine, damage compensation, private enforcement.*

Zusammenfassung

## **ANWENDBARES RECHT BEI DEN VERLETZUNGEN WETTBEWERBSRECHTLICHER BESTIMMUNGEN**

Im Bereich des anwendbaren Rechts bei der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen kann man zahlreiche komplexe Fragen stellen. Die Situation änderte sich nicht nach der Angleichung des nationalen Rechts an die Richtlinie über Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen. In dieser Arbeit werden manche dieser Fragen analysiert, insbesondere die Auslegung der Begriffe aus den Bestimmungen des Art. 6 Abs. 3 der Verordnung Rom II über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht und damit verbundene Aspekte der Interaktion zwischen dem EU-Wettbewerbsrecht und

---

\* Ivana Kunda, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; ikunda@pravri.hr.

dem nationalen Wettbewerbsrecht. Ausgehend von dem Anwendungsbereich *ratione materiae* der genannten kollisionsrechtlichen Bestimmung bis zur Definierung des “Marktes” als wesentlicher Komponente hinreichender Verbindung *lex mercati* und Funktionierung allgemeiner Bestimmungen, durch welche öffentliche Interessen geschützt werden, werden in dieser Arbeit entgegengesetzte doktrinäre Standpunkte und mögliche Grundsätze, die man bei der Analyse in Betracht ziehen sollte, dargestellt. Ebenfalls werden in der Arbeit problematische Fragen falscher Übersetzung relevanter EU-Vorschriften ins Kroatische erörtert.

**Schlüsselwörter:** *EU Recht, internationales Privatrecht, Wettbewerbsrecht, Auswirkungsprinzip, Schadenersatz, privatrechtliche Umsetzung.*

Riassunto

## **IL DIRITTO APPLICABILE IN CASO DI VIOLAZIONI DELLE REGOLE SULLA CONCORRENZA**

Numerose e complesse sono le questioni che si pongono nell'ambito del tema del diritto applicabile in caso di violazioni delle regole sulla concorrenza. Ciò non è cambiato nemmeno con l'avvicinamento delle regole nazionali in seguito alla recente emanazione della Direttiva relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. In questo lavoro si prendono in esame alcune di queste questioni, in particolare si tratta della disposizione di cui all'art. 6, comma 3 del Regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (“Roma II”) e degli aspetti giuridici derivanti dall'interazione del diritto della concorrenza UE e di quello nazionale. Partendo dal campo di applicazione *ratione materiae* della menzionata norma di collisione speciale, attraverso la definizione del “mercato”, quale importante fattore del collegamento della *lex mercati*, fino al funzionamento delle disposizioni generali mediante le quali si tutelano gli interessi pubblici, nel presente lavoro si contrappongono i diversi orientamenti in dottrina e si evidenziano i possibili principi che dovrebbero essere presi in considerazione nell'analisi. Ulteriore accento va poi posto sulle complesse questioni derivanti dalle errate traduzioni in croato della legislazione europea rilevante in materia.

**Parole chiave:** *diritto dell'UE, diritto internazionale privato, diritto della concorrenza, dottrina dell'effetto, risarcimento del danno, applicazione di diritto privato.*



## ENFORCING ANNULLED ARBITRAL AWARDS: A COMPARISON OF APPROACHES IN THE UNITED STATES AND IN THE NETHERLANDS

Izv. prof. dr. sc. Vesna Lazić-Smoljanić\*

UDK 341.637

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.7>

Ur.: 13. veljače 2018.

Pr.: 26. veljače 2018.

Izvorni znanstveni rad

### *Summary*

*This contribution examines the procedural aspects of the enforcement of arbitral awards that were set aside in the jurisdiction where they were rendered. It focuses on recent cases in the United States and the Netherlands, which adopted a different line of reasoning than the approach taken by French judiciary many years ago. According to the latter, an arbitral award set aside in the 'country of origin' may be enforced in France in reliance on national law. Namely, French law on enforcement is more favourable than the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral. The courts in the United States and in the Netherlands in recent cases have taken a different approach. They examine the judgment setting aside the award and ignore the effects of the annulment in certain circumstances. Even though there are some common denominators, there are substantial differences between the line of reasoning of the courts in the US and the Netherlands. They remain distinct although a more recent decision of the Dutch Supreme Court emphasises an exceptional nature of such enforcement so that the difference between the two approaches may seem somewhat mitigated. However, a closer look reveals that substantial discrepancies between the courts in these two jurisdictions have remained. The article provides for a critical view on the enforcement of annulled arbitral awards in general. In particular, it points to drawbacks of variety of unilateral approaches amongst various jurisdictions. Additionally, it suggests the development of internationally accepted standards for the sake of legal certainty and predictability of arbitration, should the acceptance of the enforcement of annulled arbitral appear a majority view amongst academics and arbitration practitioners.*

\* Vesna Lazić-Smoljanić, Ph. D., Senior Researcher at the T.M.C. Asser Institute in The Hague, Associate Professor at Utrecht University (the Netherlands) and Professor of European Civil Procedure at the University of Rijeka (Croatia); vlazicsmo@pravri.hr.  
The author would like to thank Ms. Linda Peels for her assistance in preparing this contribution during her internship at the Asser Institute 2017 and 2018.

**Keywords:** *setting aside of arbitral awards; recognition and enforcement of arbitral awards; recognition and enforcement of foreign judgments; public policy; arbitration; international civil procedure.*

## 1. INTRODUCTION

Ever since the French *Cour de cassation* issued its ruling in the *Norsolor* case,<sup>1</sup> the enforcement of annulled arbitral awards has retained the attention of arbitration specialists worldwide. It is true that attempts to enforce an annulled arbitral award occur rather infrequently. Yet in the last 30 years it has become an inevitable part of arbitration practice. Each attempt to enforce an annulled award attracts great attention and the interest of the arbitration community and usually triggers a heated debate. Regrettably the comments on the topic have often been written by the real ‘actors’ – lawyers and arbitrators involved in a particular case. Consequently, numerous publications predominantly either reflect and defend the lawyers’ position taken in a concrete case or defend the arbitrators’ reasoning in an arbitral award. Most importantly, some of the decisions enforcing annulled awards have been driven by political rather than legal reasoning and considerations. Circumstances that justify ‘bias in favour’ of the enforcement in circumstances of a particular case, may hamper an objective legal analysis.

There is no disagreement on the appropriateness of the enforcement of annulled arbitral awards within the context of the supplementary nature of Article IX of the 1961 European (Geneva) Arbitration Convention<sup>2</sup> to the provision of Article V(1)(e) of the New York Convention. However, outside the context of the 1961 European (Geneva) Convention, opinions in arbitration literature are strongly opposed

1 *Pabalk Ticaret Sirketi v. Norsolor S A.*, Cass. Civ. Ire, 9 October 1984, *Rev. arb.* (1985) 421, excerpt published in XI *Yearbook Commercial Arbitration* (1986), pp. 484 *et seq.* An award rendered in Austria was partially set aside by the courts at first and second instance, as it was based on *lex mercatoria*. In France, the Court of Appeal refused to enforce the award because of its annulment in Austria. This decision was reversed by the *Cour de cassation*, holding, *inter alia*, that an award set aside abroad could still be enforced in France by relying on the provision on enforcement in French law which is more favourable than the grounds listed in Article V of the New York Convention. In the meantime, the decisions of both Courts in Austria partially setting aside the award were reversed at last instance so that the award was not set aside in the country of origin after all. Consequently, the French *Cour de cassation* did not enforce an annulled arbitral award, but clearly announced its readiness to do so. It was for the first time in *Hilmarton* that the French Court enforced an annulled arbitral award. In its decision of 19 December 1993 the Court of Appeal of Paris granted the exequatur in France of the arbitral award set aside in Switzerland, excerpt published in XIX *Yearbook Commercial Arbitration* (1994) France no. 18, at pp. 655-657. In its decision of 23 March 1994, the *Cour de Cassation* confirmed this decision and finally enforced the annulled award. *Hilmarton Ltd. v. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Cass. Civ., 23 March 1994, *Revue de l'arbitrage* (1994) p. 327, excerpt published in XX *Yearbook Commercial Arbitration* (1995) p. 663 *et seq.*

2 Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 21 April 1961, United Nations, *Treaty Series* (1963-64), Vol. 484, p. 364, NO. 7041 (hereinafter: 1961 European Convention).

regarding the enforcement of an award that has been set aside in the country where it was rendered. In some jurisdictions, such as France and other countries having a comparable legislative framework, the enforcement of annulled arbitral awards has become firmly established practice.

However, it indeed appeared rather difficult to appropriately accommodate this idea within the framework of the 1958 Convention, as the present author already noted in an earlier publication.<sup>3</sup> Moreover, some jurisdictions expressly reject the idea of enforcing awards that were set aside in the country where they were rendered,<sup>4</sup> with the exception of enforcement within the context of the supplementary nature of Article IX of the 1961 European Convention.

The present contribution analyses the approaches to enforce the arbitral awards annulled in the country where rendered taken in the recent case law in the Netherland<sup>5</sup> and in the United States<sup>6</sup> and examines the appropriateness of these approaches.

3 Lazić, V., 'Enforcement of the Arbitral Awards Annulled in the Country of Origin', *Croatian Arbitration Yearbook*, Vol. 13 (2006), pp. 179-204.

4 See e.g., Judgment of the Rostock Court of Appeal of 28 October 1999, *OLG Rostock*, excerpt in *XXV Yearbook Commercial Arbitration* (2000) p. 717. The Court held, *inter alia*, that '[a]n award is no longer binding when it has been set aside by a competent court.' See also the judgment of the German Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) of 22 February 2001, No. III ZB 71/99, excerpt in *XXIX Yearbook Commercial Arbitration*, Germany no. 63. Although the prevailing view in the legal literature is that awards annulled in the country where they were rendered cannot be enforced in Germany, some authors have expressed the view that there may be exceptional circumstances in which the enforcement of such awards could be granted, such as when the judgement annulling the award does not comply with requirements for enforcement in Germany. Schlosser, P., *Kommentar zur Zivilprozessordnung* par. 1044 n . 89 (Stein/Jonas, 21 st. ed., 1994). However, such a view does not find support in German case law. In particular, it differs from the view expressed by the Rostock Court of Appeal, in its holding that the decision to set the award aside 'must be recognized without examining whether it would be recognizable according to the standards for the recognition of foreign decisions.'

5 Decision of the Amsterdam Court of Appeal (*Gerechtshof Amsterdam*) of 28 April 2009, 200,005,269, *Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg) v. OAO Rosneft* (Russian Federation), *Tijdschrift voor Arbitrage (TvA)* 2011/1, p. 15, excerpt in *Yearbook Commercial Arbitration 2009 - Volume XXXIV*, Kluwer Law International (2009), Netherlands No. 31 pp. 703 – 714. Decision of the Supreme Court (*Hoge Raad*) of 25 June 2010, First Chamber, 09/02565 EE, *Y OAO Rosneft (Russian Federation) v. Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg)*, original decision in Case No. LJN: BM1679 available at <http://www.rechtspraak.nl>, excerpt in English in *Yearbook Commercial Arbitration 2010 - Volume XXXV*, Kluwer Law International (2010) Netherlands No. 34, pp. 423 – 426. Decision of Amsterdam District CDourt (Rechtbank Amsterdam) of 17 November 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV5646 (*Maksimov v Novolipetsy Steel Mill (NLMK)*); Hof Amsterdam, 18-9-2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5010. Hof Amsterdam, 15-4-2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:6020. HR, 24-11-2017, ECLI:NL:HR:2017:2992.

6 *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción*, No. 10 Civ. 206 (AKH), 2013 WL 4517225 (S.D.N.Y. Aug. 23, 2013).

## 2. ENFORCEMENT UNDER NATIONAL ARBITRATION LAW

Abundant case law in France and occasional enforcement in other jurisdictions<sup>7</sup> present examples of enforcing the annulled award under national arbitration law. As an annulment in the country of origin is not amongst the reasons for refusing enforcement according to the relevant provision of French law in Article 1520 of the French New Code of Civil Procedure,<sup>8</sup> a party may request enforcement by relying on this provision instead of Article V(1) of the New York Convention. The latter lists the reasons for refusing enforcement which may be invoked by a party resisting the enforcement. The fact that an award has been set aside in the country where it was rendered or under the law of which it was rendered presents a ground on which enforcement can be refused in Article V(1)(e) of the Convention. A party may rely on a national law providing for a more favourable enforcement regime by invoking Article VII(1) of the Convention.

The formula established in *Hilmarton* judgment<sup>9</sup> has been repeatedly maintained in subsequent decisions enforcing annulled arbitral awards in France.<sup>10</sup> Consequently, Article V of the 1958 New York Convention has virtually no relevance there.<sup>11</sup> More importantly, the French courts would enforce arbitral awards annulled in an EU Member State for violating mandatory rules of Community law, such as EC competition law. The circumstances surrounding *SNF v. Cytec*<sup>12</sup> illustrate this potential

7 See e.g., the enforcement in Belgium of an award set aside in Algeria in *Sonatrach v. Ford, Bacon and Davis Inc.*, Brussels Court of First Instance, 6 December 1988, excerpt in *XV Yearbook Commercial Arbitration* (1990) p. 370 *et seq.* The 1958 New York Convention was held to be inapplicable, since Algeria was not a party to it. Accordingly, the enforcement was based on the domestic law on the enforcement of foreign awards. The court concluded that no reasons for refusing the enforcement could have been found under Belgian law and declared the award enforceable.

8 As revised in 2012. Under the previous legislation when *Norsolor* and *Hilmarton* were decided it was a provision under Article 1502.

9 The approach followed by the French *Cour de cassation* can be summarised as follows: The award rendered abroad is an international award which does not have to be incorporated in the legal order of the country where it had been rendered. The relevant provision of French statutory law on arbitration in Article 1502 of the New Code of Civil Procedure does not contain a ground for refusing enforcement as expressed in Article V(1)(e) of the 1958 New York Convention. Accordingly, its enforcement scheme is more favourable than the 1958 New York Convention. Such a more favourable enforcement regime of domestic law can be relied upon on the basis of the 'more favourable right' provision of Article VII(1) of the 1958 New York Convention.

10 See e.g., *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, *Cour d'appel de Paris*, 14 January 1997, *Mealey's International Arbitration Report*, 12 (1997) 4, p. B-1; *Société PT Putrabali Adyamulia c/ SA Rena Holdings*, *Cour de cassation*, *Iere civ 29 juin 2007*, Bulletin 2007, I, N° 250; Paris Court of Appeal, *Bechtel v. DAC*, 29 September 2005, *Juris-Data* n°2005-287354, *Rev. arb.* 2006.695, commentary by H. Muir Watt; Paris Court of Appeal, *SNF v. Cytec*, 23 March 2006, *Rev. arb.* 2007. 100, commentary by S. Bollée.

11 See e.g., *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, *Cour d'appel de Paris*, 14 January 1997, *Mealey's International Arbitration Report*, 12 (1997) 4, p. B-1 (stating, *inter alia*, that the application of Art. V 'must then be set aside', at p. B-2).

12 *SNF v. Cytec*, Paris Court of Appeal, 23 March 2006 and the French Supreme Court of 4 June



risk. As consequences of enforcing such arbitral awards may have a direct influence on the internal market, it would be desirable that certain aspects of arbitration be put on the agenda of the EU legislators. This is particularly so considering the importance attached to enhancing the use of out-of-court dispute resolution within the general objective of improving access to justice in the European Union.

### **3. ENFORCEMENT UNDER THE 1958 NEW YORK CONVENTION – THE UNITED STATES**

Obviously the ‘French approach’ can be followed in other jurisdictions which have a comparable legal framework, i.e., as long as a domestic regime on enforcement does not contain the annulment of an award in the country of origin amongst the reasons for rejecting the enforcement. However, an analysis of the relevant case law, especially the United States’ decision in *Chromalloy*,<sup>13</sup> illustrates that the enforcement of an annulled award may appear to be difficult within the framework of the 1958 New York Convention which applies when there is no more favourable domestic enforcement regime. This will be when a domestic enforcement scheme contains identical grounds as Article V of the 1958 New York Convention or in any case when it does provide that the annulment of the award in the country of origin is a reason to refuse the enforcement.

In the *Chromalloy* judgment Judge J.L. Green of the United States District Court, District of Columbia, granted the enforcement of the award notwithstanding the annulment in Egypt where it had been rendered. This decision was extensively discussed in the literature<sup>14</sup> and therefore will not be addressed in detail in the present contribution. Yet this decision is a perfect illustration that the French approach in addressing the interplay between Articles V and VII obviously cannot be easily ‘exported’ when there is no comparable enforcement regime in domestic law as is the case in the United States.

In particular, there is no provision in the United States’ Federal Arbitration Act corresponding to the relevant provision in the French New Code of Civil Procedure, which would offer a more favourable domestic enforcement regime for foreign awards. In other words, there is no provision relating to the enforcement of

---

2008, Clunet 2008, 1107; Court of Appeal of Brussels of 22 June 2009.

13 *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F Supp. 907 (D.D.C. 1996).

14 E.g., Paulsson, J., ‘Rediscovering the NY Convention: Further Reflections on *Chromalloy*’, *Mealey’s International Arbitration Report*, 17 (April 1997) 4, p. 34; Rivkin, D. V., ‘The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin : The American Experience’, in : van den Berg, A.J., (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards*, ICCA Congress series No. 9 (1999) 528, 534 *et seq.*; Sampliner, G. H. , ‘Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards – *Chromalloy* Revisited’, 14 *J. Int.* (1997), 125 at p. 132; Schwartz, E., ‘A Comment on *Chromalloy* – Hilmarton a l’americaine’ 14 *J. Int’ l Arb.* 2 (1997) 125, at p. 132; Gharavi, H.G., ‘*Chromalloy*: Another view’ 12 *Mealey’s Int. Arb. Rep.* 5 (Mav 1997), 21 at p. 22-23; Van den Berg, A.J., 9 *JCC Bulletin* (Nov. 1998) pp. 15 *et seq.*; Lazić, V., ‘Enforcement of the Arbitral Awards Annulled in the Country of Origin’, *Croatian Arbitration Yearbook*, Vol. 13 (2006), pp. 179-204.

foreign awards in the Federal Arbitration Act outside the treaties. Thus, the 1958 New York Convention is implemented in Chapter 2 and the 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (hereinafter: the 1975 Panama Convention) in Chapter 3. There is no provision on the enforcement of foreign arbitral awards in Chapter 1, which applies to arbitration taking place in the United States. Yet, the *Chromalloy* judgment did rely on Chapter 1, thereby erroneously referring to Section 10 of the Federal Arbitration Act. This provision relates to the grounds for the 'vacation' (or the setting aside) of awards rendered in the United States and does not deal with the enforcement of foreign awards. Subsequent decisions by various courts in the United States rejected, either expressly or impliedly, the application of Chapter 1 on the enforcement of foreign arbitral awards.<sup>15</sup> Also the opinion that Chapter 1 cannot be relied upon for the enforcement of foreign arbitral awards has been a majority view expressed in legal literature.<sup>16</sup>

It is true that the relevant provision of Article 1520 of the French arbitration statutory law also contains reasons for setting aside. However, these grounds are expressly applicable to the enforcement of foreign arbitral awards as provided in Article 1525. There is no such reference in the United States' Federal Arbitration Act which would justify the application of the grounds for 'vacating' awards at the enforcement stage. As the legal reasoning in *Chromalloy* received in that respect rather limited acceptance in subsequent decisions, it is appropriate to state that *Chromalloy* has thereby been pushed into 'a narrow corner of New York Convention jurisprudence'.<sup>17</sup> Regrettably, though, neither of the two judgments addressed *infra*

15 E.g., *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys "R" Us, Inc.*, 126 F.3d (2d Cir. 1997), excerpt in XXIII *Yearbook Commercial Arbitration*, pp. 1058-1067 (US no. 261). *Baker Marine*, 191 F.3d (2d Cir. 1999), excerpt in XXIV *Yearbook Commercial Arbitration* (1999) (US no. 288) p. 909 *et seq*; *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A., F.Supp.2d (S.D.N.Y. 1999)*, excerpt in XXV *Yearbook Commercial Arbitration* (2000) (US no. 325) p. 1042 *et seq*.

16 See e.g., Schwartz, E., 'A Comment on *Chromalloy* – Hilmarton a l'americaine', 14 *J. Int'l Arb.* 2 (1997) 125, at p. 132; Gharavi, H.G., 'Chromalloy: Another view', 12 *Mealey's Int. Arb. Rep.* 5 (May 1997), 21 at p. 22-23; Van den Berg, A.J., 9 *JCC Bulletin* (Nov. 1998), 15, at p. 17-19. Even those authors generally favouring the enforcement of annulled awards have attempted to avoid the discussion on the correct application of American law in this case, see e.g., Paulsson, J., 'Rediscovering the NY Convention: Further Reflections on *Chromalloy*', *Mealey's International Arbitration Report*, 17 (April 1997) 4, p. 34, n. 35 ('Assuming that Judge Green correctly applied U.S. domestic law, as to which I express no opinion since I am examining universal ramifications of the New York Convention rather than U. S. legislation as such'). In general, only a few authors have argued that Chapter 1 of the United States' Federal Arbitration Act can be used as an alternative basis for enforcing foreign awards. See e.g., Rivkin, D.V., 'The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience', in: van den Berg, A.J., (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards*, ICCA Congress series, No. 9 (1999) 528, 534 *et seq.*; Sampliner, G. H., 'Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards – *Chromalloy* Revisited', 14 *J. Int. Arb.* 3 (1997), 125 at p. 132. However, this view has found no support in subsequent US case law.

17 Feinacht, F., 'Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany', 19 *Journal of International Arbitration* 4 (2002), 313 *et seq.*, at p. 314, n. 6 referring to Marc J. Goldstein, 34 *Int'l Law* 519 (2000).

have expressly distanced themselves from the *Chromalloy* judgment.

### 3.1. *The TermoRio and Pemex judgments*

Obviously, the enforcement of an annulled award could not succeed in the United States by reference to a more favourable regime under domestic law. Yet the United States' courts have found a way to enforce an annulled arbitral award through the enforcement framework under two international treaties - the 1958 New York Convention and the 1975 Panama Convention. The *TermoRio* and *Pemex* judgments have introduced a new aspect when deciding on the enforcement of annulled arbitral awards. In particular, it involves a consideration of the foreign judgment setting aside the award and whose enforcement has been requested in the United States. As such they present a relevant source on the interpretation of Article V (1) (e) of the New York Convention, even though the *Pemex* judgment relates to the application of the Panama Convention. Namely both Conventions contain comparable reasons to refuse the enforcement of arbitral awards. Article V of the 1975 Panama Convention is substantively identical to Article V of the 1958 New York Convention. Thus, both Conventions provide that an annulment in the country where an award has been rendered presents a reason to refuse its enforcement.

As already announced in *Baker Marine*, the Columbia District Court in *TermoRio*<sup>18</sup> noted that there might be circumstances where an arbitration award should be enforced notwithstanding a nullification in the country where the award had been rendered. The Court had to decide on a request for the enforcement of an ICC arbitral award that had been set aside by the competent courts in Colombia. In the arbitral proceedings *TermoRio et al.* prevailed and the state-owned Colombian agency *Electranta* had to pay damages due to a breach of obligations under the contract. The competent Colombian court *Consejo de Estado* ultimately set the award aside. The ground on which it based its decision was that the arbitration had not been conducted in accordance with Colombian law, which did not permit the use of the ICC rules at the time when the arbitral proceedings were held.

*TermoRio* and a US shareholder *LeaseCo* initiated enforcement proceedings before the United States District Court for the District of Columbia. The Court dismissed the request for enforcement because the arbitral award had been set aside by the Colombian courts and alternatively on the ground of *forum non conveniens*. *TermoRio* appealed and argued that the Colombian courts' annulment of the award amounted to a denial of fair process. It further argued that the US courts had discretion under the 1958 New York Convention to enforce an award despite its annulment in the country of origin so that they could refuse to give effect to an annulment that violates the US' own fundamental principles. By maintaining that the Colombian courts' decision was contrary to both Colombian and international law, *TermoRio*

18 *TermoRio S.A.E.S.P.(Colombia), LeaseCo Group and others v. Electranta S.P. (Columbia) et al.*, 487 F. 3d 928 (D.C. Cir. 2007) excerpt in XXXI Yearbook Commercial Arbitration (2006) at pp. 1457-1461 (US no. 575).

suggested that the enforcement of the annulled award should have been granted.<sup>19</sup>

The United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit<sup>20</sup> denied the application for an appeal and affirmed the decision of the District Court thereby refusing to enforce the award. It held, *inter alia*, that Colombian courts did have primary jurisdiction for setting aside proceedings as the arbitral award had been rendered in that country. In reference to Article V(1)(e) of the 1958 New York Convention, the Court maintained that a country of the enforcement ('a secondary Contracting State') 'normally may not enforce an arbitration award that has been lawfully set aside by a "competent authority" in the primary Contracting State.'<sup>21</sup> It concurred with the appellees that *Consejo de Estado* was undisputedly a 'competent authority' in the primary Contracting State and that there was no evidence that the proceedings had been tainted or the judgment 'other than authentic'.<sup>22</sup> The Court concluded that an enforcement granted despite a lawful annulment in the country of primary jurisdiction 'would seriously undermine a principal precept of the New York Convention: an arbitral award does not exist to be enforced in other Contracting States if it has been lawfully "set aside" by a competent authority in the State in which the award was made.'<sup>23</sup>

When addressing the allegation that Colombian courts' decisions were contrary to both Colombian and international law, the *TermoRio* Court observed that 'there is a narrow public policy gloss on Article V(1)(e) of the Convention' and that a foreign annulment judgment could be unenforceable as being against public policy 'to the extent that it would be repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the United States'.<sup>24</sup> The Court concluded that in the case at hand there was no evidence that the annulment judgment 'violated any basic notions of justice to which we subscribe'<sup>25</sup> and accordingly there was no reason why it should not be given effect in the United States. The Court eventually refused to enforce the annulled arbitral award, interpreting Article V(1)(e) of the 1958 New York Convention in a rather unique manner. In particular, it introduced the 'violation of basic notions of justice' test for foreign annulment judgments. However, it emphasised thereby that

19 From the summary of facts in the excerpt *TermoRio S.A.E.S.P.(Colombia), LeaseCo Group and others v. Electranta S.P. (Columbia) et al.*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 06-7058, 25 May 2007, excerpt in XXXIII *Yearbook Commercial Arbitration* (2008), pp. 955 it follows that Termo Rio curiously enough proposed that the Court was to rely on the public policy exception of Article V(2)(b) of the 1958 New York Convention when granting the enforcement of the annulled award. This would be a rather odd proposition considering that the public policy exception in Article V(2) presents a reason for refusing the enforcement of an award and has nothing to do with an annulment judgment. However, no such proposition seems to follow from the judgment itself.

20 *TermoRio S.A.E.S.P.(Colombia), LeaseCo Group and others v. Electranta S.P. (Columbia) et al.*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 06-7058, 25 May 2007, excerpt in XXXIII *Yearbook Commercial Arbitration* (2008), pp. 955-969.

21 *Id.*, p. 961, para. [9] of the excerpt.

22 *Id.*

23 *Id.*, p. 962, para. [10] of the excerpt.

24 *Id.*, p. 965, para. [18] of the excerpt.

25 *Id.*

the concept of public policy should be narrowly construed. In that context, the Court held that since Article V(1)(e) ‘contains no exception for public policy, it would be strange indeed to recognize such an implicit limitation in Art. V(1)(e) that is broader than the express limitation in Art. V(2)(b).’<sup>26</sup>

Unfortunately, the Court in *TermoRio* did not expressly distance itself from *Chromalloy* even though it did not follow the line of reasoning employed therein. Yet it cited a part of the reasoning therein in that ‘a decision by this Court to recognize the decision of the Egyptian Court would violate clear U.S. public policy in favor of binding arbitration clauses.

The ‘violation of basic notions of justice’ test suggested in *TermoRio* was subsequently applied in the *Pemex* judgment of the Southern District Court of New York.<sup>27</sup> In this decision Judge Alvin K. Hellerstein ordered the enforcement in the United States of an arbitral award that had been set aside by a Mexican court. This is the first judgment after the *Chromalloy* case where an annulled foreign award was enforced in the United States, even though for substantially different reasons. The District Court in *Pemex* did not expressly distance itself from the analysis in the *Chromalloy* judgment on the application of Article VII(1), as there is no such provision in the Panama Convention. Instead the line of reasoning adopted in the *Termorio* judgment was followed in *Pemex*, even though in the latter case the governing treaty was not the New York Convention, but the 1975 Panama Convention. As already mentioned, for the issue at hand the 1958 New York Convention and the 1975 Panama Convention are substantially identical.

The decision of the Southern District Court of New York was confirmed in the recent judgment of the Court of Appeals for the Second Circuit.<sup>28</sup> The latter affirmed the holding of the District Court judge that a judgment was unenforceable as against public policy to the extent that it was ‘repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the State where enforcement is sought.’<sup>29</sup> Both Courts maintained that there was discretion in enforcing annulled foreign arbitral awards for the recognising court, but only to vindicate ‘fundamental notions of what is decent and just in the United States’.<sup>30</sup>

In this context, proper attention should be paid to the rather peculiar circumstances of the case at hand. First of all, when Commisa, a Mexican subsidiary of the U.S. corporation KBR and a claimant in arbitral proceedings, initiated arbitration at the end of 2004 the dispute with Pemex, a subsidiary of the Mexican state-owned oil corporation, was ‘arbitrable’ in the sense that Pemex was authorised to arbitrate, did agree to arbitrate and actively participated in the arbitration proceedings. Only at a later stage did the dispute become ‘non-arbitrable’ by proclaiming a retroactive application of the relevant Mexican laws, whereas the capacity of Pemex to arbitrate was

26 *Id.*, p. 965, para. [17] of the excerpt.

27 *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción*, No. 10 Civ. 206 (AKH), 2013 WL 4517225 (S.D.N.Y. Aug. 23, 2013).

28 *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploración Y Producción*, No. 13-4022 (2d Cir. Aug. 2, 2016).

29 *Id.*, p. 29.

30 *Id.*, p. 29-30.

established under prior law.<sup>31</sup> Such retroactive application rendered the dispute ‘non-arbitrable’ and consequently the award was susceptible to annulment. Accordingly, the crucial issue before the US Courts was a retroactive application of laws by the Mexican courts and the unfairness associated therewith. More importantly, it seems that a retroactive application of the relevant statute of limitations would render any claim inadmissible in any forum,<sup>32</sup> i.e., even if the claim would subsequently be filed before the Mexican courts as it would be time-barred.<sup>33</sup> Such a retroactive application of the relevant laws by the Mexican courts when setting aside the arbitral award obviously violates basic notions of morality and justice accepted not only in the United States but in many jurisdictions worldwide. As such it is not surprising that it had to be given no effect. In other words, it would be very difficult indeed to find a way to decide differently in the circumstances of the case at hand.

It is therefore not surprising that the decision of the Southern District Court of New York was confirmed in judgment of the Court of Appeals for the Second Circuit. The latter Court made clear that the rather peculiar facts in the case at hand qualified it as an ‘extraordinary’ case in which the award could be enforced despite the annulment in the country where it had been rendered. In other words, it found that the facts in the present case complied with the criterion of ‘extraordinary circumstances’ where a deference would be ‘repugnant to fundamental notions of what is decent and just’. The Court indicates which considerations are decisive to impinge upon United States’ public policy principles: the vindication of contractual undertakings and the waiver of sovereign immunity, the repugnancy of retroactive legislation that disrupts contractual expectations, the need to ensure that legal claims find a forum and prohibition against government expropriation without compensation.<sup>34</sup>

It may be concluded that extraordinary circumstances would be required for a court in the United States to qualify a foreign annulment judgment as ‘repugnant’ to United States’ public policy considerations that would justify the enforcement of the award in the United States despite the annulment abroad. The Court of Appeals refers to the ‘rare circumstances of this case’<sup>35</sup> and suggests that enforcing an annulled award may be justified only in exceptional cases where ‘the nullification of the award offends basic standards of justice in the United States’. Most importantly, it warns that ‘[a]ny court should act with trepidation and reluctance in enforcing an arbitral award that had been declared nullity by the courts having jurisdiction over the forum in which the award was rendered.’<sup>36</sup> Considering the exceptional nature of the facts in the *Pemex* case, it does not seem likely that the reasoning in this decision will have

---

31 *Id.*, p. 34.

32 *Id.*, p. 36.

33 The change in the Mexican law subjected *Commisa*’s claims to the 45-day statute of limitations. Besides, the claim was declared as barred by *res judicata* on an *amparo* action instituted in the Mexican District Court, an issue which the arbitral tribunal presumably could not adjudicate.

*Id.*, p. 37.

34 *Id.*, p. 30.

35 *Id.*, p. 40.

36 *Id.*, p. 40.

substantial relevance and acceptance in future cases.<sup>37</sup>

#### **4. ENFORCEMENT UNDER THE 1958 NEW YORK CONVENTION - THE NETHERLANDS**

##### **4.1. The Yukos judgments<sup>38</sup>**

As for the enforcement of an annulled award outside the 1958 New York Convention, in the view of the present author, as expressed earlier,<sup>39</sup> this could only be possible if the law of the enforcing state does not provide for the annulment of awards as a reason to refuse the recognition or enforcement of a foreign arbitral award, as is the case under French law. In the latter case, on the basis of Article VII(I) of the New York Convention a party may rely on a more favourable national law for the enforcement of foreign arbitral awards. In contrast, Article 1076(1)(A) (e) of the Dutch Arbitration Act provides for the same reason to refuse recognition or enforcement as Article V(1)(e) of the Convention. Therefore, it was not to be expected that the courts in the Netherlands could follow the ‘French approach.’ The latter assumes a more favourable regime for the enforcement of foreign arbitral awards than the New York Convention which does not provide for this particular reason to refuse enforcement.<sup>40</sup> Considering that the Dutch law on the enforcement of foreign arbitral awards does contain this ground to refuse enforcement, the French approach cannot be ‘imported’ into the Netherlands.

Yet the Amsterdam Court of Appeal in its decision of 28 April 2009<sup>41</sup> applied

37 It is true that there are circumstances in which retroactive application of law would implicate a lack of the right to arbitrate. See e.g., *ATA Construction v. Jordan ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan* (ICSID Case No. ARB/08/2). However, this in itself does not necessarily bar the substantive claim itself or the possibility to institute the claim in other, non-arbitral forum.

38 This part of the contribution is based on the research presented in the earlier publications Lazić, V. ‘The Interpretation and Application of the New York Convention in the Netherlands’, in: G.A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer Publishing (2017) pp. 689-731 and ‘Enforcing Annulled Arbitral Awards in The Netherlands’, in: H. Koster/F. Pennings/C. Rusu (eds), *Essays on Private & Business Law: A Tribute to Professor Adriaan Dprreesteijn*, Eleven International Publishing, 2017, pp. 195-209.

39 Lazić, V., ‘Enforcement of the Arbitral Awards Annulled in the Country of Origin’, *Croatian Arbitration Yearbook*, Vol. 13, (2006), pp. 179-204. Generally, on the possible approaches in the enforcement of annulled arbitral awards, see Berg., A. J. van den, ‘Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia’, *Journal of International Arbitration*, Volume 27 Issue 2, Kluwer Law International (2010), p. 182-197.

40 For more particulars on the issue of the possibility to follow the approach of the French courts in other jurisdictions, see Van den Berg., A.J., ‘Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia’, *Journal of International Arbitration*, Volume 27 Issue 2, Kluwer Law International (2010), pp. 179 – 198, addressing the possibilities for the enforcement of annulled awards.

41 Decision of the Amsterdam Court of Appeal (Gerechtshof Amsterdam) of 28 April 2009, 200,005,269, *Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg) v. OAO Rosneft (Russian Federation)*,

another formula to the enforcement of an award that had been set aside by the competent court in the country where the award was rendered. It was the first and so far the only decision to enforce annulled awards in the Netherlands.<sup>42</sup> Deciding on a request for enforcement under the New York Convention, the President of the Amsterdam District Court (*Voorzieningenrechter*) denied the enforcement of awards rendered in Russia under the Rules of the International Commercial Arbitration Court (ICAC) at the Chamber of Trade and Industry of the Russian Federation in Russia, because the awards had been set aside by the competent court in Russia.<sup>43</sup> In its judgment of 28 April 2009, Amsterdam Court of Appeal reversed this decision and granted enforcement for reasons that can be summarised as follows:

The 1958 New York Convention does not require an automatic recognition of annulment decisions in the country where their enforcement is sought. According to the reasoning in paras 3.5 and 3.6 of the judgment 'the New York Convention does not require an automatic recognition of annulment decisions in the country where their enforcement is sought. Instead, Dutch general private international law determines whether the annulment decision can be recognised in the Netherlands.'

Press articles and the reports of international organisations, as well as court decisions in a number of jurisdictions, notably in England and Wales, Lithuania, Switzerland and the Netherlands, illustrate that there is a lack of impartiality and independence on the part of the Russian courts in cases involving the interests of the Russian State. For these reasons, the decision of the Russian court annulling the awards should not be given effect in the Netherlands.

It is irrelevant that the party requesting the enforcement of the award in Yukos Capital did not provide direct evidence of partiality and dependence in the case at hand 'in part because partiality and dependence by their very nature take place behind the scenes'.<sup>44</sup>

Points (2) and especially (3) do not relate to the interpretation of the New York Convention. From a legal point of view, they do not deserve any comment, as they are clearly not based on legal considerations. The arguments used have been rightly subjected to criticism,<sup>45</sup> especially the obviously inappropriate view that there was

---

Tijdschrift voor Arbitrage (TvA) 2011/1, p. 15, excerpt in Yearbook Commercial Arbitration 2009 - Volume XXXIV, Kluwer Law International (2009), Netherlands No. 31, pp. 703-714.

42 Here only the relevant legal issues are addressed. References to the rather peculiar facts and circumstances of the case, as well as other 'arbitration unrelated' aspects and considerations, are omitted.

43 Judgment of the Amsterdam District Court of 28 February 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BC8150.

44 Decision of the Amsterdam Court of Appeal (*Gerechtshof*) of 28 April 2009 200,005,269, *Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg) v. OAO Rosneft (Russian Federation)*, case No. ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2451, available at <http://www.rechtspraak.nl>; excerpt in *Yearbook Commercial Arbitration – Volume XXXIV*, Kluwer Law International (2009). Netherlands No. 31, para. 21. However, see the subsequent judgment of the Amsterdam District Court of 17 November 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV5646, par. 4.9. In this case the Court considered that this reasoning was too general to lead to the conclusion that the Russian judges in this particular case were biased.

45 For a criticism of this decision, see Berg, A. J. van den, *Enforcement of Arbitral Awards*



no need to prove a lack of impartiality in the case at hand. It is to be met with approval that it was not followed in subsequent decisions by the Dutch courts. Thus, the Amsterdam District Court in its decision of 17 November 2011<sup>46</sup> clearly took into consideration whether the issue of the lack of impartiality or independence could be determined in that particular case. This approach is in stark contrast to the line of reasoning adopted by the Court in the *Yukos* case. The latter held that there was no need to ascertain the lack of impartiality in the case that it dealt with. Instead it relied on information in the press and selected literature which was entirely unrelated to the facts and circumstances of the case at hand. It seems, however, that even the Amsterdam Court of Appeal subsequently changed this view in its decision 27 September 2016.<sup>47</sup> In the latter decision, the Amsterdam Court of Appeal did examine whether there had been an unfair trial in the case at hand.<sup>48</sup> However, this part of the reasoning will not be further discussed as it is of no relevance for a legal analysis and interpretation of the Convention.

As for the reasoning under point (1), the Court first held, *inter alia*, as follows: '[4] (...) However, neither this provision [of Art. V(1)(e)], nor the further provisions of the 1958 New York Convention or any other convention compel the Dutch enforcement court to recognize such decision of the Russian civil court directly. The question whether the decision of the Russian civil court annulling the arbitral awards can be recognized in the Netherlands must be answered pursuant to the rules of general private international law.'<sup>49</sup>

After stating that 'a Dutch court is not compelled to deny leave for recognition of an annulled arbitral award if the foreign decision annulling the arbitral award cannot be recognized in the Netherlands',<sup>50</sup> the Court continued to reason that:

'[6] This court shall therefore first examine under general law [*commune recht*] whether the decisions of the Russian civil court annulling the arbitral awards of 19 September 2006 can be recognized in the Netherlands, starting from the consideration that a foreign decision, regardless of its nature and scope, is recognized if a number of minimum requirements are complied with, one of them being the foreign decision came into existence [in proceedings complying with] due process. There is no due process when it must be deemed that the foreign decision was rendered by a judicial

---

Annulled in Russia, *Journal of International Arbitration*, Volume 27 Issue 2 (2010) pp. 179-198.

46 President of the District Court of Amsterdam ('*Voorzieningenrechter*, *rechtbank Amsterdam*) of 17 November 2011, 491569/KG RK 11-1722, *Nikolai Viktorovich Maximov v. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat*, excerpt in *Yearbook Commercial Arbitration 2012 – Volume XXXVII*, Kluwer Law International (2012), Netherlands No. 41, pp. 274 – 276, Kluwer.

47 Decision of the Amsterdam Court of Appeal (*Gerechtshof Amsterdam*) of 27 September 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3911.

48 *Id.*, para. 2.3.1 and 2.3.2.

49 Decision of the Amsterdam Court of Appeal (*Gerechtshof Amsterdam*) of 28 April 2009 200,005,269, *Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg) v. OAO Rosneft (Russian Federation)*, case No. ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2451, available at <http://www.rechtspraak.nl>, excerpt in *Yearbook Commercial Arbitration – Volume XXXIV*, Kluwer Law International (2009), Netherlands No. 31 para. [4].

50 *Id.*, para. [5].

authority that was not impartial and independent.’

Thus, the Court held that reliance on the reason under Article V(1)(e) of the Convention depended on whether or not a decision on the annulment in the country of origin could be recognised in the Netherlands. This reasoning finds no support either in the text and preparatory documents of the New York Convention or in court decisions applying the Convention in and outside the Netherlands. In this context, the reasoning of the US *Pemex* judgment must be distinguished from the reasoning of the Dutch court in the *Yukos* case in view of the repeatedly emphasised ‘exceptional circumstances’ prevailing in the US *Pemex* case. There is not much to be added to the view expressed by van den Berg in his criticism of the decision.<sup>51</sup> Yet another point may be raised with respect to the Court’s reliance on ‘general private international law’ (*commune recht*).

In the view of the Court, the enforcement of an annulled arbitral award depends on whether or not the annulment judgment fulfils the conditions for recognition and enforcement under the general private international law rules of the country of enforcement. Presumably it was meant to refer to the rules on the recognition of foreign judgments developed on the basis of the case law in the Netherlands, as the Court does not refer to any particular provision of any law in the Netherlands. Even though Article 431 of the Dutch Code of Civil Procedure reflects the relevant case law concerning the conditions for enforcement of foreign judgments, the Court could not have expressly referred to this provision as it relates to the ‘enforcement’ of condemnatory judgments. As such, it cannot be relied upon in the context of recognising a foreign annulment judgment. According to the rules developed by the courts in the Netherlands, a foreign judgment may be recognised if certain conditions are satisfied, in particular: whether the foreign court had jurisdiction to decide the case on the basis of internationally accepted criteria, that the requirement of due process has been complied with and the decision is not contrary to Dutch public policy.

However, it is questionable whether it is appropriate to apply the ‘*commune recht*’ with respect to the recognition of foreign decisions to foreign judgments annulling an arbitral award. Namely, the developed case law relates to the recognition of foreign decisions that mainly concern ‘substantive’ claims and obligations of the parties - constitutive, declaratory and condemnatory decisions and judgments rejecting a claim.<sup>52</sup> It is doubtful whether it is appropriate to apply the concept and system of recognition provided for judgments dealing with substantive claims in the context of recognising foreign annulment judgments. The latter do not deal with and do not affect substantive entitlements and obligations of the parties. Instead they have procedural legal consequences and effects: they determine the (lack of) effectiveness of another decision – an arbitral award. It should be emphasised that the issue of the recognition of foreign annulment judgments has never been previously raised

51 Berg., A. J. van den, ‘Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia’, *Journal of International Arbitration*, Volume 27, Issue 2 (2010), p. 189.

52 Strikwerda, L., *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Kluwer, Deventer (2015), pp. 291 and 293.

before the Dutch courts. In a similar vein, all decisions relating to arbitration, thus also decisions rendered in setting aside proceedings, fall outside the scope of the Brussels I Regulation on the recognition and enforcement of foreign judgments.

#### **4.2. *Incorrect interpretation of Article III of the 1958 New York Convention***

The controversial decision of the Amsterdam Court of Appeal did reach the Dutch Supreme Court,<sup>53</sup> but unfortunately the latter did not engage in a discussion on the appropriateness of the enforcement of annulled arbitral awards in the Netherlands. Namely, the Supreme Court simply declared that recourse in cassation was inadmissible. It based its decision on the interpretation of the relevant provisions of Articles 1062 and 1063 of the Arbitration Act in connection with Article III of the New York Convention. The provisions of Articles 1062 and 1063 relate to the enforcement of arbitral awards rendered in the Netherlands. Considering that recourse in cassation is inadmissible against leave for enforcement with respect to the awards rendered in the Netherlands, the Supreme Court concluded that it was also inadmissible in proceedings for the enforcement of foreign arbitral awards, within the view of Article III of the New York Convention. Namely, it construed the wording in Article III that '[t]here shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards ... than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards' so as to imply that the relevant provisions on the enforcement of domestic awards had to be analogously applied in enforcement under the Convention. This is the first time since the Netherlands ratified the Convention that such an interpretation was applied. After it was raised for the first time in the literature,<sup>54</sup> it received no or little support in legal writings. Yet the Supreme Court based its decision almost exclusively on this particular publication. Before that it not was even doubted that an appeal or recourse in cassation would be unavailable against a decision granting enforcement when the enforcement is requested on the basis of Article 1075, i.e., under the New York Convention.<sup>55</sup>

The correctness of the decision of the Supreme Court must be questioned,

53 Decision of the Supreme Court (*Hoge Raad*) of 25 June 2010, First Chamber, 09/02565 EE, *Y OAO Rosneft (Russian Federation) v. Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg)*, original decision in Case no. ECLI:NL:HR:2009:BM1679 available at <http://www.rechtspraak.nl>, excerpt in English in *Yearbook Commercial Arbitration 2010 - Volume XXXV*, Kluwer Law International (2010), Netherlands No. 34, pp. 423 – 426.

54 For the first time the issue of the 'prohibition of discrimination under Article III of the New York Convention on leave for an enforcement procedure in the Netherlands' was raised in a publication by the Dutch practising lawyer Ph. De Korte, 'Welke consequenties heft het discriminatieverbod van artikel III van het Verdrag van New York voor de Nederlandse exequaturprocedure' *TvA* no. 3 (2007).

55 Decision of the Court of Appeal (*Gerechthof*) of Amsterdam of 16 July 1992, *G.W.L. Kersten & Co. B.V. v. Société Commerciale Raoul-Duval et Cie*, excerpt in *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International (1992), Netherlands No. 16 – the District Court of Utrecht had granted the request for enforcement and an appeal was permitted.

especially the relevance of the mentioned provisions of the Dutch Act on the 'conditions for enforcement' within the meaning of Article III of the New York Convention. Such interpretation erroneously implies that the purpose of Article III was to unify not only the conditions for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, but also the conditions and procedures for the enforcement of domestic awards. Furthermore, it would seem as if the purpose of Article III was to impose the obligation upon the Member States to have a uniform system of enforcement for both domestic and foreign awards. There is no doubt that the Convention never was intended to achieve such effect and purpose. As rightly pointed out in the commentary to this decision, the interpretation of this provision followed by the Dutch Supreme Court finds no support either in the text of the Convention or in the legislative history of Article III.<sup>56</sup>

It is not only that the Supreme Court incorrectly interpreted the Convention, but it also erroneously applied the relevant provisions of the Dutch Arbitration Act. In particular, it is obviously inappropriate to analogously apply Articles 1062 and 1063 in the context of the enforcement of 'foreign' arbitral awards. This is especially so considering that a party against whom the enforcement of a 'domestic' award is granted does have a remedy against this decision, which is an action for setting aside. In other words, there is no right of appeal or a right of recourse in cassation, but there is another available remedy or means of recourse – an action for setting aside and in exceptional circumstances a request for the revocation of the award.<sup>57</sup> In the procedure for setting aside, a party will have the possibility of both an appeal and recourse in cassation. Obviously, these remedies - setting aside or exceptionally revocation - are not available to a party against which an enforcement of a foreign arbitral award is requested in the Netherlands, as the seat of arbitration is not in the Netherlands. Consequently, the decision of the Supreme Court of 25 June 2010 leaves such a party with no remedy at all even if the lower courts - a District Court or a Court of Appeal - would have rendered obviously incorrect decisions when applying the New York Convention or Dutch law.<sup>58</sup> The reasoning of the Supreme Court that a

56 Berg., A.J., van den, 'Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia – Case Comment on Dutch Supreme Court of 25 June 2010, 28 *Journal of International Arbitration*, Issue 6 (2011) pp. 617-641. Yet in its decision of 20 December 2012 The Hague Court of Appeal confirmed the judgment of the Supreme Court and decided that the prohibition of recourse when leave is granted for a foreign arbitral award that falls within the scope of the New York Convention does not infringe the right to a fair trial in Article 6 of the European Convention on Human Rights. See, The Hague Court of Appeal 20 December 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU8275, par. 9-13. A similar decision was reached by the Amsterdam Court of Appeal in 2016. See, Amsterdam Court of Appeal, 19 July 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2948, par. 3.12-3.14. See also, the judgment of the Amsterdam Court of Appeal of 24 June 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2442, par. 2.6-2.10.

57 For criticism of the judgment of the Supreme Court, see Berg, A.J. van den, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia – Case Comment on Dutch Supreme Court of 25 June 2010*, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International (2011) Volume 28 Issue 6, pp. 617-641.

58 Such a result may be contrary to the constitutional right to legal remedies, a right which is also incorporated in the EU (Charter on Fundamental Rights).

possibility for setting aside is available in the country of the seat of arbitration, so that a party is not without a remedy, is difficult to comprehend, especially considering that any such decision can apparently be ignored by the Dutch courts.

It is even more difficult to understand the reasoning of the Supreme Court when the scope of application of the Arbitration Act is taken into consideration. In particular, the scope is very clearly defined: there are provisions that apply when arbitration is held in the Netherlands (Title One) and provisions that apply to arbitrations outside the Netherlands (Title Two). There is no doubt that Article 1062 and 1063 are contained in Title One which regulates arbitration *within* the Netherlands. Accordingly, the provisions on which the Supreme Court relied upon are not meant to be applied in the context of foreign arbitrations.

It should be emphasised that the legal reasoning of the Supreme Court implies that the possibility to appeal and file recourse in cassation against a decision granting enforcement is available when the enforcement is under Article 1076, i.e., when no treaty applies or when its applicability is permitted under a treaty, such as Article VII(1) of the Convention. In the reasoning of the Court this is so because in the enforcement under Article 1076 there is no such requirement which is allegedly imposed under Article III of the Convention. This is an apparent paradox, considering that the Dutch Act provides for the applicability of the same provisions of the Code of Civil Procedure regarding the enforcement of foreign arbitral awards.<sup>59</sup> Consequently, the ruling of the Supreme Court renders this provision meaningless even though it contains more favourable conditions for the enforcement of foreign arbitral awards. Such legal reasoning significantly undermines the effectiveness of the more favourable legal provision of Article 1076. It renders the provision of Article 1076 less likely to be relied upon, even though it contains more favourable grounds for enforcement. Consequently, this provision remains more favourable only with respect to the grounds on the basis of which the enforcement may be refused. Before the ruling of the Supreme Court of 25 June 2010, the provision of Article 1076 had been rather frequently invoked,<sup>60</sup> as it does provide for a more liberal enforcement regime than Article V of the New York Convention within the meaning of Article VII(1) of the Convention. In conclusion, the decision of the Supreme Court is the

59 The different approach in applying these provisions has been explained by the Supreme Court to the effect that these provisions of the Code of Civil Procedure apply unless a treaty provides otherwise (and Article III allegedly does provide otherwise in the view of the Court).

60 See e.g., Decision of *Dubai Drydocks v. Bureau voor Scheeps- en Werktuigbouw [X] B.V.*, President of the District Court of Dordrecht (*Voorzieningenrechter, Rechtbank*, Dordrecht) of 30 June 2010, Case No. 79684 / KG RK 09-85, *Yearbook Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International) Netherlands No. 35, p. 299 *et seq.*, relying primarily on Art. 1076 and subsidiarily on Art. 1075 of the Act); President of the District Court of Amsterdam of 18 June 2009, *Voorzieningenrechter, Rechtbank, Amsterdam, LoJack Equipment Ireland Ltd. (Ireland) v. A*, 411230/KG RK 08-3652, 18 June 2009, Netherlands No. 32; Decision of the District Court (*Arrondissementsrechtbank*) of Almelo of 19 July 2000, *Société d'Etudes et de Commerce SA v. Weyl Beef Products BV*, *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International (2001) Netherlands No. 26.; Decision of the President of the District Court (*Rechtbank*) of Rotterdam of 24 November 1994, *Isaac Glycer v. Moses Israel Glycer and, Estera Glycer-Nottman*, *Yearbook Commercial Arbitration* (1996) Netherlands No. 19.

result of an incorrect interpretation and application of both the New York Convention and Dutch statutory arbitration law.

Unfortunately, the Dutch legislator when revising the law in 2015 missed the opportunity to remedy the unsatisfactory legal reasoning of the Supreme Court in the decision concerned.<sup>61</sup> Yet under the new 2015 Act jurisdiction for the enforcement of foreign arbitral awards is vested in the Courts of Appeal, whereas jurisdiction for the enforcement of domestic awards has remained with the District Courts. Vesting jurisdiction in different courts could be seen as an indication that the analogous application of Title One on the enforcement of foreign arbitral awards is inappropriate. It is still to be seen in practice whether vesting jurisdiction in the Court of Appeal for enforcing foreign awards in the new 2015 Act will imply the possibility to deviate from the legal reasoning in the decision of 25 June 2010, but unfortunately, it is unlikely that the amendment concerned would in any way alter the *Yukos* rule. Regrettably the incorrect interpretation that Article III precludes the right to appeal and to recourse in cassation has been firmly established as a part of Dutch law and confirmed in subsequent decisions.<sup>62</sup>

In conclusion, the Dutch Supreme Court in its decision of 25 June 2010<sup>63</sup> refused to rule on a recourse in cassation filed against the decision of the Amsterdam Court of Appeal holding the application to be inadmissible. The Court held that Article III of the 1958 New York Convention deprived parties of the right to appeal and recourse in cassation. Thus, *a contrario*, both an appeal and recourse in cassation are available against leave for enforcement granted under Article 1076 of the Dutch Arbitration Act,<sup>64</sup> but not if the enforcement is granted under Article 1075,<sup>65</sup> i.e., under the 1958 New York Convention.<sup>66</sup>

61 Unfortunately, the wording in the final text of the 2015 Act does not seem to imply changes in that respect.

62 See e.g., the judgment of the Amsterdam Court of Appeal of 16 October 2012 ECLI:NL:GHAMS:2012:2875 published in 2014 at <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2012:2875>; judgment of the Supreme Court of 15 April 2015 ECLI:NL:HR2015:1077 published on <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2015:1077>; judgment of the Amsterdam Court of Appeal of 17 July 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2948 available on <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2016:2948>; judgment of the Amsterdam Court of Appeal of 24 June 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2442 available on <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2014:2442> (last seen on 9 January 2017).

63 Decision of the Supreme Court (*Hoge Raad*) of 25 June 2010, First Chamber, 09/02565 EE, *Y OAO Rosneft (Russian Federation) v. Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg)*, original decision in Case No. LJN: BM1679 available on <http://www.rechtspraak.nl>, excerpt in English in *Yearbook Commercial Arbitration 2010 - Volume XXXV*, Kluwer Law International (2010) Netherlands No. 34, pp. 423-426.

64 Article 1076 of the 2015 Arbitration Act applies to the enforcement of foreign arbitral awards when no treaty is applicable, i.e., when the enforcement is sought on the basis of the domestic law on arbitration.

65 Article 1075 applies when the enforcement is sought on the basis of a treaty, i.e., on the basis of the 1958 New York Convention which is the relevant treaty in this respect.

66 This *a contrario* argumentation was subsequently affirmed by the Amsterdam Court of Appeal on 16 October 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:2875, par. 2.5. Here the court decided that Article

### 4.3. Supreme Court Decision of 24 November 2017<sup>67</sup>

After the Amsterdam Court of Appeal had refused to enforce another arbitral award set aside by the Russian courts, the case appeared in front of the *Hoge Raad* (Dutch Supreme Court).<sup>68</sup> Firstly, the *Hoge Raad* stated that in the expert statement, they did not find any reasons to assume impartiality of the Russian Arbitration Court which rendered the annulment decision. The Supreme Court upheld the judgments of the court of first instance and of the Court of Appeal, the reasoning can be summarised as follows.

The court observed that in the authentic English text of Article V of the New York Convention of 1958 (which is consistent with the authentic Spanish text) reference is made to ‘may be refused (...) only if’ - which is an indication that the judge has some discretionary power - while the authentic French text refers to ‘ne seront refusées (...) que si’ - which is an indication that there is a rule that the judge does not have a margin of discretion. The Court relies on Article 33(4) of the Vienna Convention and concludes Article V(1) of the New York Convention was to be given the meaning which, taking into account the object and purpose of the New York Convention, best reconciled the various authentic treaty texts.<sup>69</sup> It has concluded that it would be best to then interpret this provision in such a way that it gives the judge a certain margin of discretion to recognise a foreign arbitral award and to grant enforcement, even if in the specific case one or more of the grounds for refusal set out in this Article V can be applied.<sup>70</sup>

The foregoing means that Article V(1)(e) 1958 New York Convention, must be interpreted in such a way that the setting aside of a foreign arbitration award by a competent authority of the country where the judgment was rendered or pursuant to which national laws the judgment was given, does not prevent the court from using the margin of discretion, under special circumstances, to grant enforcement of a previously annulled arbitral award. Such a special case is, inter alia, the case if the annulment of the arbitration award in the foreign judgment of destruction is based on grounds that do not correspond to the grounds for refusal set out in Article V(1) preamble and under a-d, 1958 New York Convention, and those grounds are also not generally acceptable by international standards. Such a special case also applies if the foreign judgment is not eligible for recognition in the Netherlands if it does not fulfill conditions for the recognition of foreign judgements provided under Dutch private international law.<sup>71</sup>

---

1076 did not prohibit recourse in cassation since this prohibition was a matter of national law and found application to foreign arbitral awards only through Article. III of the 1958 New York Convention. See also, the judgment of the Netherlands Supreme Court of 17 April 2015, ECLI:NL:HR:2015:1077.

67 Decision of the Supreme Court (*Hoge Raad*) of 24 November 2017 ECLI:NL:HR:2017:2992.

68 HR, 24-11-2017, ECLI:NL:HR:2017:2992.

69 *Ibid.*, para. 3.4.3.

70 *Ibid.*, para. 3.4.5.

71 *Ibid.*, para. 3.4.6; HR 26 September 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, NJ 2015/478, rov. 3.6.4.

## 5. CONCLUSIONS

At first glance, the approach followed by the Amsterdam Court of Appeal in the *Yukos* case resembles the reasoning of the Circuit Court decision in the *Pemex* judgment. However, a closer look at the *Yukos* decision reveals some fundamental differences between the two judgments. Thus, the Amsterdam Court of Appeal first considered whether the annulment judgment of the Russian court could pass the test as set out in Dutch general private international law. The requirement in dispute here was the one that demands that the judgement that is being recognised – in this case the judgement on the setting aside of the award – fulfils the demands of a decent legal procedure. Only if this is the case can the recognition and enforcement of a foreign annulled arbitral award be refused, according to the Amsterdam Court of Appeal.

The difference with the *Pemex* and *Termorio* judgments is fundamental. Whilst the US Courts considered the public policy gloss to be an exception to the rule laid down in Article V (1) (e) so that there would generally be no recognition and enforcement of an arbitral award that has been set aside by the competent authority in the country of origin, the Amsterdam Court of Appeal developed a hard and fast rule instead of an exception. Thus, when applying Article V (1) (e) of the 1958 New York Convention, each annulment judgment is to be subjected to the requirements as set out in Dutch general private international law. As a Dutch recognizing court always has to consider whether a foreign ‘setting aside judgement’ fulfils Dutch general (*‘commune’*) private international law requirements, it makes Article V (1) (e) redundant.<sup>72</sup>

Such an interpretation of Article V (1) (e) of the 1958 New York Convention is not only incorrect, but is rather unwelcome and counterproductive as it undermines the certainty of the enforcement regime of the Convention which presents a globally unified system for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.<sup>73</sup> It is to be regretted that the reasoning of the Amsterdam Court of Appeal has been upheld in several subsequent cases and accordingly represents the current state of the law in the Netherlands. Finally, the Dutch Supreme Court in its recent decision of 24 November 2017 upholds the view that an annulled award can be enforced in the Netherlands in the circumstances when the judgment annulling the award does not comply with the conditions for the recognition of foreign judgments.

The recent case law in the United States and in The Netherlands illustrates that guidance for the interpretation of the 1958 New York Convention would be welcome, even though the enforcement of annulled awards does not occur very frequently. Yet every attempt to enforce such awards undermines the effectiveness and uniform application of the 1958 New York Convention. The present author is of the opinion that annulled arbitral awards in principle should not be given effect in other jurisdiction where the enforcement is sought, even when the annulment was result of an excessive court control in the country where the award was rendered.

72 A. J. van den Berg, “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, Case comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009”, *Journal of International Arbitration*, 2010, p. 189-190.

73 *Id.*



By choosing the seat of arbitration in a legal system which has arbitration unfriendly legal framework the parties are deemed to accept such extensive court control and must be aware of the risk that the award ultimately may be annulled for reasons that do not meet internationally accepted standards. The only exception should be if the annulment would imply a denial of access to justice, i.e., if it would result in loss of the right to legal remedy in any forum. Yet it seems that the prevailing view is that there may be other circumstances in which an annulment judgment should be ignored. In any case, the variety of opinions on this issue points to the need of some guidelines on the international level which would favour a more uniform interpretation and application of the Convention and would consequently enhance the degree of legal certainty and predictability in enforcing foreign arbitral awards.

## BIBLIOGRAPHY

1. Berg, A.J., van den “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, Case comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009”, *Journal of International Arbitration* 2010.
2. Berg, A.J., van den, ‘Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia’, *Journal of International Arbitration*, Volume 27 Issue 2, Kluwer Law International (2010) p. 182-197.
3. Berg, A.J., van den, ‘Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia – Case Comment on Dutch Supreme Court of 25 June 2010, 28 *Journal of International Arbitration*, Issue 6 (2011) pp. 617-641.
4. Berg, A.J., van den, 9 *JCC Bulletin* (Nov. 1998) pp. 15 *et seq.*
5. Feinacht, F., ‘Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany’, 19 *Journal of International Arbitration* 4 (2002), 313 *et seq.*, at p. 314, n. 6.
6. Gharavi, H.G., ‘Chromalloy: Another view’ 12 *Mealey’s Int. Arb. Rep.* 5 (May 1997), 21 at p. 22-23.
7. Lazić, V. ‘The Interpretation and Application of the New York Convention in the Netherlands”, in: G.A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts.*, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer Publishing (2017) pp. 689-731 and “Enforcing Annulled Arbitral Awards in The Netherlands”, in: H. Koster/F. Pennings/C.
8. Lazić, V., ‘Enforcement of the Arbitral Awards Annulled in the Country of Origin’, *Croatian Arbitration Yearbook*, Vol. 13 (2006), pp. 179-204.
9. Paulsson, J., ‘Rediscovering the NY Convention: Further Reflections on Chromalloy’, *Mealey’s International Arbitration Report*, 17 (April 1997) 4, p. 34.
10. Rivkin, D.V., ‘The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience’, in: van den Berg, A.J., (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards*, ICCA Congress series No. 9 (1999) 528, 534 *et seq.*
11. Rusu (eds), *Essays on Private & Business Law: A Tribute to Professor Adriaan Dprreiteijn*, Eleven International Publishing, 2017, pp. 195-209.
12. Sampliner, G. H., ‘Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards – *Chromalloy Revisited*’, 14 *J. Int.* (1997), 125 at p. 132.
13. Schlosser, P., *Kommentar zur Zivilprozessordnung* par. 1044 n. 89 (Stein/Jonas, 21 st. ed., 1994).
14. Schwartz, E., ‘A Comment on *Chromalloy* – Hilmarton a l’americaine’ 14 *J. Int’l Arb.* 2 (1997) 125, at p. 132.
15. Strikwerda, L., *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Kluwer, Deventer (2015), pp. 291 and 293.

Vesna Lazić-Smoljanić\*

Sažetak

## **PRESUDE U PREDMETIMA YUKOS I PEMEX: IMAJU LI SUDOVI U NIZOZEMSKOJ I SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA ISTI PRISTUP GLEDE OVRHE PONIŠTENIH ARBITRAŽNIH PRAVORIJEKA?**

U članku se analiziraju procesnopravni aspekti priznanja i izvršenja arbitražnih odluka koje su poništene u državi gdje su donesene. Rad se koncentrira na relativno nedavno odlučene slučajeve u SAD i Nizozemskoj, u kojima su sudovi primijenili ponešto drugačiji pristup od onoga koji je primijenila sudska praksa u Francuskoj prije više godina. Pravno rezoniranje francuske sudske prakse kod priznanja poništenih arbitražnih odluka temelji se na primjeni domaćega prava o priznanju i izvršenju arbitražnih odluka. Naime, domaće pravo Francuske povoljnije je od režima priznanja prema Newyorškoj konvenciji o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. Sudovi u SAD i Nizozemskoj nedavno su primijenili drugačiji pristup prilikom priznanja i izvršenja poništenih odluka. Sudovi u ovim državama preispitivali su sudske presude kojima su poništene arbitražne odluke te odlučili kako se u određenim okolnostima može otkloniti učinkovitost takvih presuda i priznati odnosno izvršiti poništena arbitražna odluka unatoč odluke o poništenju koju je donio nadležni sud u državi sjedišta arbitraže. Iako pristupi sudova u SAD i Nizozemskoj imaju nekih sličnosti, ipak se pravno rezoniranje sudova u ove dvije jurisdikcije bitno razlikuje. U svojoj odluci iz studenoga 2017. Vrhovni sud Nizozemske (pre)naglašava iznimni karakter okolnosti koje bi opravdale priznanje i izvršenje poništene arbitražne odluke, tako da bi se na prvi pogled mogao steći utisak kako je ponešto ublažena razlika ovoga pristupa sa pravnim rezoniranjem sudova u SAD. Međutim, detaljna analiza ova dva pristupa ukazuje da suštinske razlike ostaju. U članku se iznosi kritika općenito priznanja ili ovrhe poništenih arbitražnih odluka. Osobito se kritizira različitost pravnih pristupa na kojima se u pojedinim državama temelji priznanje poništenih arbitražnih odluka kada je priznanje jednostrano, tj., ne temelji se na nekoj međunarodnoj konvenciji kao što je Europska (Ženevska) konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1962. U članku se nadalje sugerira postavljanje međunarodno prihvaćenih standarda u interesu pravne sigurnosti i predvidivosti, ukoliko je među arbitražnim stručnjacima prevladavajuće mišljenje o načelnoj prihvatljivosti priznanja i izvršenja poništenih arbitražnih odluka.

**Ključne riječi:** *poništenje arbitražnih odluka; priznanje i izvršenje arbitražnih odluka; priznanje i izvršenje inozemnih presuda; javni poredak; arbitraža; međunarodno procesno pravno.*

\* Dr. sc. Vesna Lazić-Smoljanić, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta u Rijeci; vlazicsmo@pravri.hr.

## Zusammenfassung

**VOLLSTRECKUNG AUFGEHOBENER AUSLÄNDISCHER  
SCHIEDSSPRÜCHE: VERGLEICH ZWISCHEN DEN  
NIEDERLANDEN UND DEN USA**

Diese Arbeit analysiert prozessrechtliche Aspekte der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, welche im Land, nach dessen Recht sie ergangen sind, aufgehoben wurden. Die Arbeit fokussiert sich auf die vor kurzem beschlossenen Fälle in den Niederlanden und den USA, an welche die Gerichte anders als die in Frankreich vor einigen Jahren herangegangen sind. In Frankreich dürfen die Gerichte bei der Anerkennung aufgehobener ausländischer Schiedssprüche das inländische Recht über die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche anwenden. Französisches Recht bietet nämlich ein günstigeres Umfeld im Vergleich zu dem im Jahr 1958 erlassenen New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Die Gerichte in den USA und den Niederlanden haben vor kurzem eine andere Vorgehensweise bei der Anerkennung und Vollstreckung aufgehobener Schiedssprüche gewählt. Sie haben die Rechtssprüche, durch welche die Schiedssprüche aufgehoben wurden, überprüft, und haben beschlossen, dass man unter bestimmten Umständen den aufgehobenen Schiedsspruch anerkennen kann. Obwohl die Gerichte in den USA und den Niederlanden ähnliche Vorgehensweisen bei ihren Rechtssprüchen ausgewählt haben, gibt es trotzdem wesentliche Unterschiede in deren Argumentationen. Aus dem im Jahr 2017 gefassten Rechtsspruch des Obersten Gerichtshofs der Niederlande geht hervor, dass die Umstände, welche die Anerkennung und Vollstreckung des aufgehobenen Schiedsspruches als Ausnahme anzusehen sind, so dass man den Eindruck bekommen könnte, dass die Argumentationen dieser Gerichte ähnlich sind. Nähere Analyse zeigt aber, dass es wesentliche Unterschiede zwischen ihnen gibt. In der Arbeit wird die Anerkennung und Vollstreckung aufgehobener Schiedssprüche kritisiert. Insbesondere kritisiert man unterschiedliche Vorgehensweisen für die Anerkennung aufgehobener Schiedssprüche in einzelnen Staaten, wenn die Anerkennung einseitig ist, beziehungsweise wenn sie sich auf keine völkerrechtliche Konventionen stützt, wie zum Beispiel auf der Europäischen Konvention über Internationale Schiedsgerichtsbarkeit. In der Arbeit wird vorgeschlagen, dass man völkerrechtliche Standards in diesem Bereich festsetzen sollte, falls sowohl Akademiker als auch Schiedsgerichtsexperte die Ansicht vertreten, dass man aufgehobene Schiedssprüche anerkennen und vollstrecken sollte.

**Schlüsselwörter:** *Aufhebung der Schiedssprüche, Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche, Anerkennung und Vollstreckung inländischer Rechtssprüche, Schiedsverfahren, völkerrechtliches Prozessrecht.*

Riassunto

**LE SENTENZE NEI CASI YUKOS E PEMEX:  
CONDIVIDONO LE CORTI NEI PAESI BASSI E NEGLI  
STATI UNITI D'AMERICA LO STESSO APPROCCIO  
CON RIGUARDO ALL'ESECUZIONE DELLE DECISIONI  
ARBITRALI ANNULLATE?**

Nello scritto si analizzano gli aspetti processuali del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni arbitrali che sono annullate nello stato dove sono state emesse. Il lavoro s'incentra sui casi recentemente risolti negli USA e nei Paesi Bassi, dove le corti hanno adottato impostazioni in parte diverse rispetto a quella della giurisprudenza in Francia diversi anni fa. Il ragionamento giuridico della giurisprudenza francese in occasione del riconoscimento delle decisioni arbitrali annullate si basa sull'applicazione del diritto interno sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni arbitrali. Precisamente, il diritto interno francese è più conveniente rispetto al regime di riconoscimento in forza della Convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali del 1958. Negli USA e nei Paesi Bassi recentemente si sono adottati approcci diversi in occasione del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni annullate. Le corti in questi stati hanno vagliato le sentenze giudiziali con le quali sono state annullate le sentenze arbitrali e hanno deciso che in determinate circostanze si possa rimuovere l'efficacia di tali decisioni e riconoscere ovvero dare esecuzione alla decisione arbitrale annullata a prescindere dalla decisione sull'annullamento che è stata emessa dal tribunale competente nel paese sede dell'arbitrato. Benché le impostazioni delle corti negli USA e nei Paesi Bassi hanno alcune similitudini, nondimeno il ragionamento giuridico delle corti in queste due giurisdizioni si differenzia notevolmente. Nella propria decisione del novembre 2017 la Corte suprema dei Paesi Bassi evidenzia (troppo) il carattere eccezionale delle circostanze che giustificerebbero il riconoscimento e l'esecuzione della decisione arbitrale annullata, sì che di primo acchito si potrebbe avere l'impressione che la differenza di questo approccio rispetto all'argomentazione giurisprudenziale statunitense non sia poi così netta. Tuttavia, un'analisi dettagliata di queste due impostazioni dimostra l'esistenza di differenze di fondo. Nel lavoro si espone una critica generale al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni arbitrali annullate. In particolare, si critica la diversità di impostazioni giuridiche sulle quali nei singoli stati si fonda il riconoscimento delle decisioni arbitrali annullate allorquando il riconoscimento è unilaterale, e cioè si fonda su di una Convenzione internazionale come la Convenzione europea (di Ginevra) sull'arbitrato commerciale internazionale del 1962. Nel lavoro, inoltre, si suggerisce la creazione di standard internazionali riconosciuti al fine di garantire la certezza del diritto e la prevedibilità, qualora tra gli esperti di arbitrato sia invalso il parere di massima sull'accettabilità del riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni arbitrali annullate.

**Parole chiave:** *annullamento delle decisioni arbitrali; riconoscimento ed esecuzione delle decisioni arbitrali; riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere; ordine pubblico; arbitrato; diritto processuale internazionale.*

## SUŽIVOT NEGATORIJSKE ZAŠTITE OD IMISIJA I PRAVA NA ŽIVOT U ZDRAVOJ ŽIVOTNOJ SREDINI

Izv. prof. dr. sc. *Gabrijela Mihelčić\**  
Doc. dr. sc. *Maša Marochini Zrinski\*\**

UDK 342.7:349.6  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.8>  
Ur.: 13. veljače 2018.  
Pr.: 25. veljače 2018.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Autorice u radu analiziraju nacionalno uređenje zaštite od imisija, u prvom redu, stvarnopravnu komponentu tog uređenja. Domaće uređenje zaštite prava vlasništva od uznemiravanja dovedeno je u perspektivu sa zaštitom koju Europski sud za ljudska prava pruža pravu na život u zdravoj životnoj sredini zaštitom prava iz članka 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života i doma). U kontekstu potonjeg, analizirana su načela tumačenja i metode kojim se Europski sud služi u njegovu kreiranju i zaštitu te istražena sljedeća obilježja: zahtjev da utjecaji i smetnje iz okoliša i životne sredine povređuju konvencijsko pravo, tj. postojanje specifične konvencijske uzročne veze; kategoriju minimalnog stupnja ozbiljnosti; osciliranje "kvantuma" minimalnog stupnja ozbiljnosti u okviru konvencijskih "kolebanja" te opseg (i vrsta) zaštite prava na život u zdravoj životnoj sredini kroz paradigmu pozitivnih/negativnih obveza država ugovornica.*

**Ključne riječi:** *pravo na život u zdravoj životnoj sredini, čl. 8. Konvencije, negatorijska zaštita, imisije.*

### **1. UVOD**

U hrvatskom pravu negatorijsku zaštitu od imisija, kao stvarnopravnu komponentu građanskopravne zaštite od imisija, uređuju pravila o zaštiti prava vlasništva od uznemiravanja iz odredbe članka 167. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima<sup>1</sup> te pravila o susjedskim odnosima iz članaka 100. do 113. ZV-a. Među potonjima nalazi se i pravilo iz članka 110. ZV-a koje se tiče upravo imisija. Susjedska prava su takve ovlasti koje, radi uzajamno obzirnog izvršavanja prava

\* Dr. sc. Gabrijela Mihelčić, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta u Rijeci; gabrijela@pravri.hr.

\*\* Dr. sc. Maša Marochini Zrinski, docentica Pravnog fakulteta u Rijeci; mmarochini@pravri.hr.

1 Narodne novine, dalje u tekstu: NN, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15 - pročišćeni tekst i 94/17, dalje u tekstu: ZV.

vlasništva, daju odredbe ZV-a i drugi propisi vlasniku nekretnine ovlašćujući ga da u izvršavanju svog prava vlasništva zahtijeva od vlasnika druge nekretnine da u njegovu interesu trpi, propušta ili čini na svojoj nekretnini ono što je određeno zakonom (čl. 100. st. 1. ZV).<sup>2</sup> Vlasnik je, između ostalog, ovlašten od vlasnika druge nekretnine tražiti da njegovu nekretninu ne izlaže (nedopuštenim) imisijama. Zaštita od imisija ima nešto prošireniji sadržaj negoli obična zaštita vlasništva od uznemiravanja. Posebnost imisijske zaštite jest što se, osim sredstvima stvarnopravne naravi, ostvaruje i s naslova obveznopravnih pravila, ponajprije putem pravila o zahtjevu da se ukloni opasnost od štete iz članka 1047. Zakona o obveznim odnosima<sup>3</sup> te pravilima o izvanugovornoj odgovornosti za štetu.

Stupanjem na snagu Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: Konvencija ili EKLJP) u studenom 1997.,<sup>4</sup> a zapravo, uz Konvenciju stvorene prakse Europskog suda za zaštitu ljudskih prava (dalje u tekstu: Europski sud ili Sud) pojavili su se novi aspekti zaštite koji se mogu dovesti u vezu sa zaštitom vlasništva od uznemiravanja imisijama. Europski je sud, naime, koristeći se posebnim načelima i metodama tumačenja Konvencije, a na podlozi zaštite konvencijskih prava stvorio jedno novo pravo - pravo na život u zdravoj životnoj sredini. Ono je specifično usporedi li se s drugim konvencijskim pravima iz nekoliko razloga. Prvi od njih je i onaj temeljni i već je naznačen na određeni način. Pravo na život u zdravoj životnoj sredini, naime, kreirao je Sud tumačeći Konvenciju, pa ono (pravo na život u zdravoj životnoj sredini) nije predviđeno niti u izvornom tekstu Konvencije niti u protokolima koji su je slijedili. Plod je primjene načela živućeg instrumenta (engl. *living instrument*), zapravo, evolutivnog tumačenja konvencijskih pojmova (engl. *evolutive interpretation*), a zatim, tumačenja Konvencije pomoću još jednog načela - načela autonomnog tumačenja pojmova (engl. *autonomous concepts*) te njegovom primjenom, suženog polja slobodne procjene država ugovornica (engl. *margin of appreciation*). Konačno, važnu ulogu odigralo je i tumačenje u skladu s načelom učinkovitosti (engl. *doctrine of effectiveness*) koje je omogućilo da se ustanove (različite) pozitivne obveze država ugovornica, odnosno artikuliraju posljedice koje se zbog neudovoljavanja tim obvezama ostvaruju po zahtjev razmjernosti.

- 2 GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., *Stvarno pravo*, sv. 1., 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2007., dalje u tekstu: GAVELLA, *et al.*, str. 645. *et seq.* GLIHA, I., *Novo uređenje susjedskih odnosa u svjetlu prilagodbe hrvatskog građanskopravnog poretka europskim*, u: *Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Budipeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Editio Temmen, Bremen, 2003., str. 48. *et seq.*
- 3 NN, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15, dalje u tekstu: ZOO.
- 4 NN, *Međunarodni ugovori*, dalje u tekstu: MU, br. 18/97, 6/99 - pročišćeni tekst, 8/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06 i 2/10.



## 2. INTERAKCIJA NEGATORIJSKE ZAŠTITE OD IMISIJA I PRAVA NA ŽIVOT U ZDRAVOJ ŽIVOTNOJ SREDINI

### 2.1. Osnovna obilježja nacionalnog uređenja

Što su imisije naš zakonodavac ne definira tako da bi odredio njihov pojam, već u članku 110. st. 1. ZV-a određuje da se nitko ne smije služiti ni koristiti nekretninom na način da zbog toga na tuđu nekretninu slučajno ili po prirodnim silama dospiju imisije, tj. dim, neugodni mirisi, čađa, otpadne vode, potresi, buka i sl., ako su prekomjerni u odnosu na namjenu primjerenu nekretnini s obzirom na mjesto i vrijeme, ili izazivaju li znatniju štetu, ili ako su nedopušteni na temelju posebnog zakona (prekomjerne posredne imisije). Postoji još jedna odredba koja odgovara na pitanje što su imisije, a riječ je o pravilu sadržanom u jednom drugom važnom propisu - članku 4. stavku 1. t. 7. Zakona o zaštiti okoliša<sup>5</sup> u kojem su imisije opisane kao "... koncentracija tvari na određenom mjestu i u određenom vremenu u okolišu." Pravila ovog propisa<sup>6</sup> usmjerena su i na širi objekt zaštite (okoliš),<sup>7</sup> razlikuju se sadržajem i ovlastima koja predviđaju i tiču se drukčijega kruga ovlaštenika,<sup>8</sup> negoli kod imisijske zaštite.<sup>9</sup> Dapače, pripadaju jednoj drugoj domeni zaštite.<sup>10</sup>

Temeljna je ovlast vlasnika kojeg netko uznemirava (pa i imisijama) zahtijevati da ono prestane (čl. 167. st. 1. u vezi sa st. 4. ZV).<sup>11</sup> Uznemiravanje se može sastojati u činjenju ili nečinjenju (propuštanju) i ne traži se da je njime prouzročena šteta. Bitno je da ima trajnu (trajniju) narav odnosno da se "... poduzetim radnjama stvori trajno

5 NN, br. 80/13, 153/13 i 78/15, dalje u tekstu: ZZO.

6 Ovim je Zakonom u naš nacionalni sustav preneseno čak dvadeset direktiva (čl. 2. st. 1. t. 1.-20. ZZO), utvrđen okvir za provedbu četiri uredbe (čl. 2. st. 2. t. 1.-4. ZZO) i provedeno usklađivanje s Programom Ujedinjenih naroda za okoliš (čl. 2. st. 3. ZZO).

7 U odredbi čl. 3. st. 2. ZZO određuje se da je "... okoliš dobro od interesa za Republiku Hrvatsku i da ima njezinu osobitu zaštitu."

8 Vidi za recentnu strukturu upravnog pozitivnopravnog okvira i područja zaštite kod MEDVEDOVIĆ, D., *Razvoj upravnopravne zaštite okoliša u Hrvatskoj*, u: *Upravnopravna zaštita okoliša - gdje smo bili, a gdje smo sada?: okrugli stol održan 23. listopada 2014. u palači Akademije u Zagrebu / ur. BARBIĆ, J., (poseban otisak), HAZU, Zagreb, 2015., osobito od str. 41. et seq.*

9 O imisijama u radu, po uzoru na Glihu, govori se kao "... o fizičkim smetnjama koje dolaze s jedne nekretnine na drugu i ometaju služenje ili korištenje drugom nekretninom." GAVELLA, *et al.*, op. cit., str. 662.

10 Usprkos tomu, već sada treba napraviti digresiju i reći da se u teoriji navodi (*ibidem*), a ovdje citiramo Medića, "... da zaštita od imisija ... (može - op. aut.) prelaziti klasični građanskopravni odnos dva subjekta, budući da se imisijama (može - op. aut.) ugrožavati životna sredina kao kolektivno dobro." MEDIĆ, D., *Zaštita prava svojine u pravu Republike Srpske*, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, vol. 4., br. 4., 2014., str. 32. [http://www.gfpn-au.com/sites/default/files/GFPN-4-4/GFPN\\_godina\\_4\\_broj\\_4\\_Dusko\\_Medic.pdf](http://www.gfpn-au.com/sites/default/files/GFPN-4-4/GFPN_godina_4_broj_4_Dusko_Medic.pdf), (21. siječnja 2018.). S druge strane, kao putokaz dvosmjerne interakcije instituta, vidi čl. 5. st. 4. i 5. ZZO koji određuje da se svaka šteta koja bi mogla nastati u slučaju onečišćenja okoliša i zdrave životne sredine nanesena fizičkim i pravnim osobama te pitanje odgovornosti onečišćivača prosuđuje primjenom obveznopravnih pravila.

11 GAVELLA, *et al.*, op. cit., str. 625. *et seq.*

stanje ili da se te radnje ponavljaju ili da se osnovano može očekivati da će se one opet ponoviti.”<sup>12</sup> Pravo na zaštitu poput vlasnika (koji je dokazao svoje vlasništvo) ima i predmnijevani vlasnik (dokaže li pravni temelj i istiniti način stjecanja posjeda i ako mu je posjed pošten). Na njegovu se zaštitu na odgovarajući način primjenjuju pravila o vlasničkoj tužbi predmnijevanoga vlasnika (čl. 167. st. 4. ZV). Zaštitu od uznemiravanja može tražiti i posjednik čiji je posjed na takav način samovlasno smetan (čl. 20. st. 2. u vezi sa čl. 21. st. 1. ZV).

Posebnost zaštite od imisija u usporedbi s običnom zaštitom vlasništva od uznemiravanja pojavljuje se s obzirom na krug ovlaštenika koji mogu tražiti zaštitu, odnosno krug onih protiv kojih se može tražiti zaštita. Kod imisijske zaštite taj je krug širi i na aktivnoj i na pasivnoj strani. Prema članku 100. stavku 2. ZV-a, treba li vlasnik nešto trpjeti, propuštati ili činiti radi uzajamno obzirnog izvršavanja prava vlasništva, tada su to od njega ovlašteni zahtijevati vlasnici drugih nekretnina. No, jednako kao i vlasnik, zaštitu su ovlaštene zahtijevati i sve one osobe koje nekretninu posjeduju na temelju prava izvedenoga iz njegovoga.<sup>13</sup> Jednako je i na pasivnoj strani. Prema članku 100. stavku 4. ZV-a, trpljenje, propuštanje i činjenje koje se može zahtijevati od vlasnika neke nekretnine može se umjesto od njega zahtijevati od onog koji nekretninu posjeduje na temelju prava izvedenoga iz njegovoga.<sup>14</sup> S obzirom na pitanje legitimacije, treba istaknuti da je i suvlasnike na čijim je suvlasničkim dijelovima uspostavljeno vlasništvo posebnog dijela nekretnine moguće promatrati kao nositelje susjedskih prava.<sup>15</sup> Suvlasnik, jednako kao i samovlasnik, aktivno je legitimiran tražiti negatorijsku zaštitu od imisija.<sup>16</sup> Također, može se pojaviti i kao pasivno legitimiran traži li od njega drugi suvlasnik da ga prestane uznemiravati.<sup>17</sup>

Imisijska zaštita razlikuje se od obične zaštite od uznemiravanja i po svom sadržaju. Vlasnik nekretnine ponajprije nije dužan trpjeti neposredne imisije, tj. da ga itko neovlašteno uznemirava time što posebnim uređajima ili na drugi način neposredno odašilje na njegovu nekretninu kakve imisije, pa je ovlašten zahtijevati da to uznemiravanje prestane i da mu se naknadi pretrpljena šteta (čl. 110. st. 4. ZV). Nije, međutim, zabranjeno odašiljati samo neposredne imisije. Pravilo iz članka 110. stavka 1. ZV-a brani služiti se i koristiti nekretninom i tako da na tuđu nekretninu slučajno ili po prirodnim silama dospiju dim, neugodni mirisi, čađa, otpadne vode, potresi, buka i sl. ako su prekomjerni (prekomjerne posredne imisije). Vlasnik nekretnine izložene takvim imisijama ovlašten je od vlasnika nekretnine s koje potječu, zahtijevati da otkloni njihov uzrok i naknadi mu prouzročenu štetu, kao i da ubuduće propušta činiti na svojoj nekretnini ono što je uzrok imisija, dok ne poduzme sve mjere koje su potrebne da se onemoguće. Ova ovlast nije apsolutna. Postoji slučaj kada vlasnik nekretnine, iako izložene prekomjernim posrednim imisijama, nije ovlašten tražiti

12 MEDIĆ, D., op. cit., str. 32.

13 GAVELLA, *et al.*, op. cit., str. 664.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*, str. 649.

16 *Ibidem*, str. 627. GOLUB, A., Zaštita prava vlasništva tužbom za prestanak uznemiravanja (negatorijskom tužbom), Hrvatska pravna revija, 2012., br. 11., str. 2.-3.

17 Vidi kod obične negatorije, Gavella pozivom na čl. 37. st. 6. ZV. GAVELLA, *et al.*, op. cit., str. 690. Golub pozivom na čl. 46. st. 1. ZV. GOLUB, A., op. cit., str. 2.-3.

imisijsku zaštitu opisanog sadržaja. Riječ je o slučaju uređenome u članku 110. stavku 3. ZV-a. Tako, kada prekomjerne posredne imisije potječu od djelatnosti za koju postoji dopuštenje nadležne vlasti, vlasnici nekretnine koja im je izložena nemaju pravo dok dopuštenje traje zahtijevati propuštanje obavljanja djelatnosti. Ono što mogu zahtijevati jest naknada štete koju su imisije nanijele, kao i poduzimanje prikladnih mjera da se ubuduće spriječe prekomjerne imisije odnosno nastupanje štete ili da se smanje. Najvažnije zaštitu od imisija razlikuje od obične zaštite vlasništva od uznemiravanje ovlast koju ima nositelj imisijske zaštite, a predviđena je u članku 110. stavku 5. ZV. Naime, vlasnik čijoj nekretnini prijeti predvidiva opasnost s tuđe nekretnine od neposrednih ili posrednih imisija koje ne bi bio dužan trpjeti (prekomjernih), ovlašten je zahtijevati da se odrede i provedu svrhovite mjere radi njihova sprječavanja.<sup>18</sup>

Zaštitu od imisija posebno obilježava njezina obveznopravna dimenzija uređena odredbom članka 1047. ZOO-a. Njime su uređena dva zahtjeva: prvi, za uklanjanje opasnosti od štete ili suzdržavanje od djelatnosti te, drugi, za poduzimanje odgovarajućih mjera kojima bi se spriječio nastanak štete ili uznemiravanje odnosno uklanjanje izvora opasnosti. Zahtjev za uklanjanje opasnosti od štete može koristiti svatko i tražiti uklanjanje izvora opasnosti od kojega prijeti znatnija šteta (njemu ili drugome) te suzdržavanje od djelatnosti od koje proizlazi uznemiravanje ili opasnost štete, ako se oni ne mogu spriječiti odgovarajućim mjerama (čl. 1047. st. 1. ZOO). Zainteresirana osoba može zahtijevati i da se poduzmu odgovarajuće mjere za sprječavanje nastanka štete ili uznemiravanja ili da se ukloni izvor opasnosti na trošak njegova posjednika, ako on to sam ne učini (čl. 1047. st. 2. ZOO). Iznimka je slična onoj predviđenoj u stvarnopravnim pravilima. Naime, samo nastane li prekomjerna šteta u obavljanju općekorisne djelatnosti za koju je dobiveno odobrenje nadležnog tijela, a takva šteta je ona koja prelazi uobičajene granice, može se zahtijevati naknada štete (čl. 1047. st. 3. ZOO). S tim što se može zahtijevati i poduzimanje društveno opravdanih mjera da se spriječi nastupanje štete ili da se ona smanji (čl. 1047. st. 4. ZOO).<sup>19</sup>

Pored pravila iz odredbe članka 1047. ZOO-a, u službi imisijske zaštite posebnu važnost imaju pravila koja uređuju izvanugovornu odgovornost za štetu. To ne iznenađuje, budući da dio zaštite od imisija predstavlja ovlast onoga komu je prouzročena šteta tražiti njezino popravlanje prema pravilima građanskog (obveznog) prava. Takva šteta ne mora biti koncentrirana na samu nekretninu niti uopće ne mora biti imovinska. Odnosno, a kako određuje članak 167. stavak 3. ZV, kad je uznemiravanjem (bespravnim i drukčijim od oduzimanja stvari) prouzročena šteta, vlasnik ima pravo zahtijevati naknadu štete po općim pravilima o naknadi štete. Zahtjev za naknadu štete moguće je postaviti uz negatorijski zahtjev za prestanak uznemiravanja imisijama ili kao samostalan zahtjev u posebnoj parnici radi naknade

18 Gliha u ovom kontekstu naglašava da "... proširenje tužbenog zahtjeva (tako) specifičnom ovlasti može dovesti u pitanje njezinu narav kao negatorijsku." GAVELLA, *et. al.*, op. cit., str. 664.

19 Vidi praksu kod KONTREC, D., Građanskopravna zaštita okoliša u sudskoj praksi, u: Građanskopravna zaštita okoliša: okrugli stol održan 7. lipnja 2017. u palači Akademije u Zagrebu / ur. BARBIĆ, J., HAZU, Zagreb, 2017., str. 85. *et seq.*

štete. Za razliku od negatorijskog zahtjeva koji ne zastarijeva (u čemu se krije jedan od razloga u prilog ovoj zaštiti)<sup>20</sup> zahtjev za naknadu štete zastarijeva prema općim pravilima o zastari (iz ZOO-a).<sup>21</sup>

## 2.2. Od imisija do zaštite okoliša i životne sredine i natrag

Građanskopravne aspekte zaštite okoliša i ulogu negatorijske zaštite od imisija u toj zaštiti još su 2003. godine detaljno istražili Gliha i Josipović.<sup>22</sup> Institut, međutim, permanentno pobuđuje pažnju u pravnoj teoriji,<sup>23</sup> a posebice u okviru šire zaštite okoliša i zdrave životne sredine.<sup>24</sup> Ovo osobito vrijedi s obzirom na obveznopravnu dimenziju imisijske zaštite.<sup>25</sup>

- 20 O ovom, kao i za detaljnu analizu kod JOSIPOVIĆ, T., Građanskopravna zaštita od štetnih imisija, u: *ibidem*, str. 56.
- 21 MEDIĆ, D., op. cit., str. 34.
- 22 GLIHA, I., JOSIPOVIĆ, T., Građanskopravna zaštita okoliša, u: LONČARIĆ-HORVAT, O., CVITANOVIĆ, L., GLIHA, I., JOSIPOVIĆ, T., MEDVEDOVIĆ, D., OMEJEC, J., SERŠIĆ, M., Pravo okoliša, 3. izmijenjeno i dopunjeno izd., Organizator, Zagreb, 2003., dalje u tekstu: LONČARIĆ-HORVAT, *et al.*, str.187. *et seq.*
- 23 JOSIPOVIĆ, T., op. cit., str. 55. *et seq.* PROSO, M., Građanskopravna odgovornost u području zaštite okoliša, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 52., br. 3., 2015., str. 712. *et seq.*
- 24 Osim građanskopravnog aspekta zaštite okoliša neizostavno treba naznačiti njezin upravnopravni aspekt te, neovisno o “potrebi njihova snažnija razlikovanja,” kako kaže Maganić raspravljajući o procesnopravnim aspektima građanskopravne zaštite “odrediti zajednički okvir za njihovo djelovanje.” MAGANIĆ, A., Procesnopravni aspekti građanskopravne zaštite okoliša, u: Građanskopravna zaštita okoliša: okrugli stol održan 7. lipnja 2017. u palači Akademije u Zagrebu / ur. BARBIĆ, J., HAZU, Zagreb, 2017., str. 22. Pitanje takvog okvira aktualizira i praksa Europskog suda kreirana u zaštiti prava na život u zdravoj životnoj sredini. Za povrede prava iz čl. 8. Konvencije, vidi OMEJEC, J., Zaštita okoliša u praksi Europskog suda za ljudska prava, u: Upravnopravna zaštita okoliša - gdje smo bili, a gdje smo sada?: okrugli stol održan 23. listopada 2014. u palači Akademije u Zagrebu / ur. BARBIĆ, J., HAZU, Zagreb, 2015., str. 71-99.
- 25 Ne jednom je istaknuta važnost pravila iz čl. 1047. ZOO-a (prije čl. 156. Zakona o obveznim odnosima iz 1978., Sl. list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 i 57/89, dalje u tekstu: ZOO 1978). GLIHA, I., JOSIPOVIĆ, T., op. cit., u: LONČARIĆ-HORVAT, *et al.*, str.193. *et seq.* Za ekološku tužbu, vidi kod MAGANIĆ, op. cit., str. 36. *et seq.*, ŠAGO, D., Ekološka tužba kao instrument građanskopravne zaštite okoliša Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 50, br. 4., 2013., str. 901. *et seq.* Pozivajući se na Kačera navodi: “Neprijeporno je da upravo ova odredba predstavlja *sedes materiae* glede građanskopravnog vida ekološke zaštite, dok ZOVO predstavlja *lex specialis* i odnosi se na slučajeve koji su uvjetovani pravom vlasništva.” KAČER, H., Ekološka tužba - članak 156. Zakona o obveznim odnosima, Godišnjak 3, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, XI. tradicionalno savjetovanje - Opatija, 1996., Organizator, 1996., str. 285. Cit. prema: *Ibidem*, str. 901. Tužba za zaštitu kolektivnih interesa i prava uvedena je čl. 502.a *et seq.* Zakona o parničnom postupku, NN, br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11- pročišćeni tekst i 25/13., dalje u tekstu: ZPP, putem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2011., NN, br. 57/11, dalje u tekstu: ZIDZPP/11. CZOBOLY, G., PORETTI, P., Procesnopravni aspekti zaštite okoliša u hrvatskom i mađarskom pravnom sustavu, u: ŽUPAN, M., VINKOVIĆ, M., (ur.), Pravo - regije - razvoj, Pravni fakultet Sveučilišta u Pečuhu i Pravni

Ističu se tendencije transformacije instituta imisija u svjetlu potrebe pružanja zaštite okolišu i zdravoj životnoj sredini.<sup>26</sup> Pojedini autori smatraju, pak, da je već i u okvirima negatorijske imisijske zaštite moguće dobrima poput okoliša i zdrave životne sredine pružiti jedan širi oblik zaštite.<sup>27</sup> Pri tom polaze od teze da se fokus negatorijske imisijske zaštite odmiče od klasične zaštite vlasništva od uznemiravanja te od nekretnine kao objekta vlasništva i susjedskih prava, uopće.<sup>28</sup> Općenito, određeni autori smatraju da je moguće govoriti o potrebi redefiniranja instituta, odnosno o širim dosezima imisijske zaštite od onih koji se uz nju tradicionalno vežu.<sup>29</sup> Analiza prakse

- 
- fakultet Sveučilišta u Osijeku, Pečuh, Osijek, 2013., str. 360.
- 26 Gajinov se, govoreći o suvremenom konceptu imisija, referira na postavke tri dominantne teorije o njihovoj pravnoj naravi. Kao prvu, spominje teoriju o integritetu životne sredine koja pri određenju i definiciji imisija važnost pridaje ulozi ljudskog djelovanja kojim se ugrožava i narušava okoliš odnosno životna sredina. Sljedeća teorija je ona o opasnosti od štete radnjama koje ugrožavaju životnu sredinu, a neovisno o (izvršavanju) vlasničkopравnih ovlaštenja. U treću skupinu ulaze empirijske teorije kod kojih je naglasak stavljen na to da je imisije moguće definirati samo pod pretpostavkom da se sistematiziraju sve njihove vrste sa svojim posebnostima. GAJINOV, T., *Građansko-pravna odgovornost za imisije (doktorski rad)*, Pravni fakultet, Sveučilišta u Novom Sadu, Novi Sad, 2015., str. 11.-16., <http://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/5143/Disertacija765.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (20. siječnja 2018.).
- 27 Medić, vrlo blizu naglascima Gajinove i polazeći od konstatacije da se “odgovornost za štetu nastalu uslijed prekomjernih imisija zasniva na povredi ‘norme tolerancije’ između susjeda” (pri tomu se poziva i na stajališta koja je izrazio Rašević u: RAŠEVIĆ, Z., *Negatorna tužba*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1-2., 2006, str. 964, cit. prema MEDIĆ, D., op. cit., str. 32) kaže, da se imisijama i drugim štetnim utjecajima “ne ugrožava samo pravo vlasništva, već se može ugroziti i pravo na zdravlje onih osoba koje su im izložene, pa se sve više zastupa stav o nužnosti primjene normi o imisijama u cilju zaštite ljudskih prava (u prvom redu, zdravlja) zanemarujući susjedске odnose.” *Ibidem*.
- 28 Treba spomenuti da se u literaturi naglašava da se, “... iako se uznemiravanje najčešće vrši na nekretninama vlasnika, može dogoditi i na pokretnim stvarima.” LAZAREVIĆ, D., *Službenosti i susjedsko pravo*, Prvo izdanje, Beograd, 2011., str. 468. Cit. prema: MEDIĆ, D., op. cit., str. 31.
- 29 Gajinov u jednom trenutku sublimira svoju analizu imisijske zaštite zaključkom o “nužnosti zaštite čovjekovog okruženja i mimo tradicionalnog koncepta zaštite građanskih subjektivnih prava” (GAJINOV, T., op. cit., str. 251.) i u kontekstu antropocentrične i ekocentrične koncepcije (*ibidem*, str. 16.) artikulira razmišljanja, kao što kaže Cvetić, o (nespornoj - op. aut.) “potrebi zaštite životne sredine kada se njenim ugrožavanjem ili onečišćenjem ne povređuju privatni interesi određenih osoba ... (kako bi postala) dobro koje uživa samostalnu pravnu zaštitu.” CVETIĆ, R., *Održivi razvoj i ekološka šteta*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, vol. 53, br. 68, 2014., str. 308. [http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/ZFull/PF\\_Zbornik\\_2014\\_68\\_lat.pdf](http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/ZFull/PF_Zbornik_2014_68_lat.pdf) (25. siječnja 2018.). Cvetić, u jednom recentnijem radu u perspektivu stavlja ulogu kolektivne i pojedinačne zaštite naglašavajući važnost potonje i kaže: “... smatramo da se pri isticanju javnog (općeg) interesa u zaštiti životna sredina ... gubi iz vida privatni interes ... ne spori se nužnost i značaj javnog prava ... jer se ono što je od interesa za sve, ne smije prepustiti isključivoj inicijativi pojedinca ... to ne treba ... dovesti do zaključka o javnom i privatnom interesu kao odvojenim sferama. Štiteći svoj interes u skladu sa važećim pravom, pojedinac doprinosi ostvarenju općeg interesa ... Pri tome, ne treba podcijeniti zainteresiranost privatnih subjekata za reakciju kojom se ostvaruje zaštita prirodne okoline, kroz zaštitu privatnih interesa. Naprotiv, mislimo da će u takvom kontekstu zaštita okoline biti efikasnija nego kroz aktivnost nadležnih tijela.” CVETIĆ, M. R., *Značaj negatorijske tužbe*

Europskog suda kreirana u zaštiti prava na život u zdravoj životnoj sredini može ponuditi neke ideje u tom pravcu.

### **2.3. Načela u službi koncipiranja i zaštite prava na život u zdravoj životnoj sredini**

Prva važna značajka (obilježje) prava na život u zdravoj životnoj sredini jest da nije riječ o pravu zajamčenom u Konvenciji. Što nije iznenađenje, ima li se u vidu da je Konvencija nastala relativno davno (još 1950. godine) i u vrijeme kada je smatrano da okoliš (zdravu životnu sredinu) nije niti moguće niti potrebno konvencijski štiti. Njome su se “u prvom valu” zajamčila građanska i politička prava, tzv. prve generacije, dok su ona u vezi s okolišom (životne sredine) tretirana pravima, tzv. treće generacije. Usprkos tomu što je ovakvo razlikovanje napušteno,<sup>30</sup> a budući da se izvorni tekst Konvencije nije mijenjao (protokolima je samo dodan uzak krug građanskih i političkih prava i, iznimno, neka prava ekonomsko-socijalnog karaktera kao pravo na mirno uživanje imovine/vlasništva i pravo na obrazovanje), pravo na život u zdravoj životnoj sredini do danas nije ušlo u katalog konvencijskih prava. Razvio ga je Sud primjenjujući uvodno navedena načela i metode tumačenja.<sup>31</sup>

Time su otvorena vrata povećanom broju zahtjeva u kojima su podnositelji tvrdili da im je povrijeđeno neko od konvencijskih prava (ili više njih) zbog “nepovoljnih utjecaja i smetnji iz okoliša (životne sredine).” Povrede su se ponajprije dovodile u kontekst prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja, no ne i jednoznačno. Pojavljivale su se i u vezi s povredama drugih konvencijskih prava.

---

za zaštitu životne sredine, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 4, 2015., str. 1594., <http://english.pf.uns.ac.rs/images/zbornik/2015-4L.pdf> (28. siječnja 2018.).

- 30 Vidi Bečka deklaracija i program djelovanja, usvojeni na Svjetskoj konferenciji o ljudskim pravima Beč, 14.-25. lipnja, 1993., potvrđeni na 48. zasjedanju Opće skupštine Ujedinjenih naroda, 1993. godine (rezolucija 48/121). “Sva ljudska prava su opća, nedjeljiva, međusobno ovisna i povezana” (čl. 5.).
- 31 Usprkos zaključcima da Konvencija nije odgovarajući instrument kojim bi se inauguriralo to pravo. Naime, unatoč pokušajima u okviru Vijeća Europe odnosno prijedlozima Odbora za poljoprivredu, okoliš i lokalna i regionalna pitanja Parlamentarne skupštine iz 2003. i 2009. upućenim Odboru ministara, Protokol o pravu na zdravi okoliš nije nikada donesen. Čak štoviše, u svom je odgovoru Odbor za pravne poslove i ljudska prava (CLARH) Parlamentarne skupštine na prijedlog za donošenje protokola rekao da “Konvencija nije prikladan instrument za zaštitu okoliša niti se njome jamči pravo na život u mirnom, tihom i zdravom okolišu... Ako zajamčimo građanima široko formulirano, individualno pravo na zdravi okoliš bez preciziranja na kojim osnovama i protiv koga pojedinac može podnijeti zahtjev/tužbu, postati će vrlo teško donositi presude o navedenom pitanju.” Nadalje, “Konvencija je instrument čija je osnovna svrha štiti uski krug građanskih i političkih prava s nadzornim mehanizmima ustanovljenim upravo za zaštitu tog uskog kruga građanskih i političkih prava, a ne svih prava zajamčenih međunarodnim ugovorima za zaštitu ljudskih prava.” Vidi: Parliamentary Assembly, Doc. 12043 29 September 2009, Preparation of an additional protocol to the European Convention on Human Rights, on the right to a healthy environment, Opinion 1, Committee on Legal Affairs and Human Rights, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=12328&lang=en> (1. veljače 2018.).

Primjerice, prava na život,<sup>32</sup> zabrane nečovječnog i ponižavajućeg postupanja,<sup>33</sup> prava na pristup informacijama,<sup>34</sup> prava na mirno uživanje imovine/vlasništva<sup>35</sup> te prava na pošteno suđenje i pristupu sudu.<sup>36</sup> Najčešće su, ipak, povrede prava na život u zdravoj životnoj sredini prosuđivane i dandanas se prosuđuju kroz povrede prava iz članka 8. Konvencije na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.

Pokuša li se pojam i sadržaj prava na život u zdravoj životnoj sredini definirati iz opsega zaštite koju Sud pruža okolišu i životnoj sredini kao najvažnije je navesti to da Sud ispituje utječe li pogoršanje okoliša i životne sredine na pravo zaštićeno člankom 8. Konvencije, a ne postoji li ono samo po sebi. Naime, niti članak 8. EKLJP-a, niti bilo koji drugi članak Konvencije ne pruža zaštitu pravu na zdrav okoliš odnosno zdravu životnu sredinu.<sup>37</sup> U tom smislu u predmetu *Kyrtatos* istaknuta je nužnost utjecaja i smetnji iz okoliša i životne sredine na privatni život i dom i označeno je kao nedovoljno to što je “došlo do općeg pogoršanja okoliša (životne sredine).” Kada se u vidu imaju obilježja naše negatorijske zaštite, kao prvom znakovitom okolnošću u usporedbi s pravom na život u zdravoj životnoj sredini, može se označiti upravo ovo što smo netom naveli. Naime, Sud smatra kako buka i slične smetnje i utjecaji vrijeđaju prava zaštićena člankom 8. Konvencije, a ne ono na koje bi se u duhu našeg uređenja prvo pomislilo, tj. na pravo na mirno uživanje imovine/vlasništva. Stoga je tipično da se redovito provjerava postoji li povreda članka 8. EKLJP, pa nađe li se takva povreda, rasprava o povredi prava na mirno uživanje imovine/vlasništva stavlja se u drugi plan.<sup>38</sup>

32 Npr. predmeti: *Öneryıldız protiv Turske*, zahtjev br. 48939/99, presuda od 30. studenog 2004., *L.C.B. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 23413/94, presuda od 9. lipnja 1998., *Budayeva i ostali protiv Rusije*, zahtjevi br. 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, presuda od 20. ožujka 2008., *Özel i ostali protiv Turske*, zahtjevi br. 14350/05 15245/05 16051/05, presuda od 17. studenog 2017., i sl.

33 Primjerice u slučaju kada je utvrđena povreda na štetu zatvorenika koji bili pasivno izloženi pušenju drugih zatvorenika u predmetu *Florea protiv Rumunjske*, zahtjev br. 37186/03, presuda od 14. rujna 2010., vidi, *Elefteriadis protiv Rumunjske*, zahtjev br. 38427/05, presuda od 25. siječnja 2011.

34 Npr. predmeti: *Guerra i ostali protiv Italije*, zahtjev br. 14967/89, [VV] presuda od 19. veljače 1998., *McGinley i Egan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjevi br. 21825/93, 23414/94, presuda od 28. siječnja 2000.; *Roche protiv Ujedinjenog kraljevstva*, zahtjev br. 32555/96, presuda od 19. listopada 2005., *Brincat i ostali protiv Malte*, zahtjevi br. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, presuda od 24. srpnja 2010., i sl.

35 U pravilu se radilo o predmetima u kojima je došlo do izvlaštenja radi zaštite okoliša i u kojima je procjenjivana razmjernost odnosno nužnost uravnoteženjima privatnog i javnog interesa, npr. predmeti: *Turgut i ostali protiv Turske*, zahtjev br. 1411/03, presuda od 8. srpnja 2008., *Depalle protiv Francuske*, zahtjev br. 34044/02, presuda od 29. ožujka 2010., *Brosset-Triboulet i ostali protiv Francuske*, zahtjev br. 34078/02, presuda od 29. ožujka 2010., *Malfatto i Mieille protiv Francuske*, zahtjevi br. 40886/06 51946/07, presuda od 6. listopada 2016., i sl.

36 Npr. predmeti: *Konig protiv Njemačke*, zahtjev br. 6232/73, presuda od 28. lipnja 1978., *Taskin i ostali protiv Turske*, zahtjev br. 46117/99, presuda od 10. studenog 2004., *Ringeisen protiv Austrije*, zahtjev br. 2614/65, presuda od 16. srpnja 1971., i sl.

37 *Kyrtatos protiv Grčke*, zahtjev br. 41666/98, presuda od 22. svibnja 2003.

38 Ipak, prije negoli se detaljnije nastavi analiza vezana uz čl. 8. Konvencije, samo će se kratko naznačiti što je Sud rekao u nekim predmetima protiv Hrvatske koji su se ticali povreda čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju. U njima je izravno i neizravno govoreći o zaštiti okoliša i zdrave

Cijeli koncept prava na život u zdravoj životnoj sredini izgrađen je na primjeni načela živućeg instrumenta. Do prava se dolazi tek osvijesti li se ideja transformacije konvencijskih prava u skladu s dosegnutim stupnjem razvoja. U pravnoj teoriji koja izučava Konvenciju načelo živućeg instrumenata (evolutivnog tumačenja pojmova) prepoznato je kao "jedno je od najpoznatijih načela sudske prakse u Strasbourgu i predstavlja izraz zahtjeva da se Konvencija tumači 'u svjetlu današnjih uvjeta' i razvija kroz praksu Suda."<sup>39</sup> Njegova je bit vrlo složena, budući da s jedne strane potreba evolutivnog tumačenja (tumačenja u skladu s društvenim promjenama i potrebama)<sup>40</sup> proizlazi iz naravi Konvencije kao specifičnog "ugovora" kojim se štite ljudska prava, a s druge primjenom ovog načela omogućuje se Sudu nužna mjera fleksibilnosti u jamčenju zaštićenih prava.<sup>41</sup> Načelo evolutivnog tumačenja omogućuje Sudu da svojom praksom slijedi dinamiku društvenih promjena.<sup>42</sup> Međutim, Sud primjenjujući navedeno načelo, a što rezultira i "iznenađujućim" odlukama, često ne obrazlaže ili nedovoljno obrazlaže koji su ga razlozi vodili (poput postojanja međunarodnog ili europskog konsenzusa).<sup>43</sup> I to, zapravo, čini od početka primjene ovoga načela. Usprkos tomu, evolutivno tumačenje jedno je od najprihvaćenijih načela tumačenja i s načelom autonomnog tumačenja pojmova omogućuje prilagodbu Konvencije aktualnom trenutku.

---

životne sredine razmatrao određena pitanja koja bi se tradicionalno podvela pod imisije. U jednom trenutku u predmetu *Cokarić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 33212/02, odluka od 19. siječnja 2006., donoseći odluku o nedopuštenosti, pa, zato i ne ispitujući povredu čl. 1. Protokola 1. uz EKLJP, Sud kaže: "... u načelu se ne jamči pravo uživanja vlasništva u određenom okolišu ... međutim, značajne imisije mogu narušiti pravo na mirno uživanje vlasništva zbog smanjenja vrijednosti nekretnine." (*Cokarić*, Pravo § 1). U predmetu *Bistrović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 25774/05, presuda od 31. svibnja 2007., utvrđena je povreda čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju, usprkos prigovoru da "... nisu iscrpljena domaća pravna sredstva jer podnositelji nisu podnijeli građansku tužbu za naknadu štete za izlaganje buci i opasnim imisijama" (*Bistrović*, §24.). No, predmet *Önerildiz* u kontekstu čl. 1. uz Protokol 1. svakako je posebno zanimljiv. Temeljna je ("vlasničkopravna") činjenica u njemu to što su podnositelji nezakonito živjeli blizu odlagališta otpada na kojem je došlo do eksplozije i stradavanja devetorice ljudi. O ovom će se predmetu više govoriti.

- 39 WILDHABER, L., *The European Court of Human Rights in Action*, *Ritsumeikan Law Review*, vol. 83, br. 21., 2004., str. 84.
- 40 *Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 5856/72, presuda od 25. travnja 1978., §31.
- 41 DZEHTSIROU, K., *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, *German Law Journal*, vol. 12, 2011., str. 1731.
- 42 VARJU, M., *Transition as a concept of European human rights law*, *European Human Rights Law Review*, vol. 170., 2009., str. 172.
- 43 Ovaj se problem pojavio već u prvoj presudi u kojoj se Sud pozvao na navedeno načelo pod "krinkom" razvoja moralnih i društvenih standarda i zajedničku praksu država ugovornica, međutim bez izravnog citiranja ili navođenja navedene prakse (presuda *Tyrer*). Međutim, takav (a nije preteško reći paušalan pristup) napustio je već u sljedećoj presudi u kojoj se pozvao na načelo živućeg instrumenta i temeljio je (pozvao se) na dvije međunarodne konvencije koje su bile na snazi (*Marckx protiv Belgije*, zahtjev br. 6833/74, presuda od 13. lipnja 1979). Za detaljniju analizu i problem u pozivanju na načelo živućeg instrumenta, vidi LETSAS, G., *Strasbourg's interpretive ethic: lessons for the international lawyer*, *European Journal of International Law*, vol. 21, br. 3, 2010., str. 521.



Autonomni koncept specifično je načelo tumačenja u bliskoj vezi s teleološkim tumačenjem Konvencije. To znači da u određenim slučajevima kada to smatra važnim Sud pojedine konvencijske pojmove i prava razumije u posebnom konvencijskom značenju drukčije od značenja na nacionalnoj razini. Na neki način, kao da je značenje određenog pojma *questio facti* u konkretnom slučaju i podložno redefiniranju (postoji li potreba).

Primjena načela učinkovitosti proizlazi iz potrebe da konvencijska prava uživaju zaštitu koja je “djelotvorna i učinkovita,” a ne “teoretska i iluzorna.” Zahtjevom za pružanje takve (vrste) zaštite državama se nameću brojne pozitivne obveze. Tako je, npr. jedna od pozitivnih obveza koja se ticala prava na život u zdravoj životnoj sredini (a o kojima će se više govoriti) dužnost države da poduzme mjere kojima će riješiti problem onečišćenja okoliša i ugrožavanja životne sredine koji utječu na uživanje privatnog života i doma podnositelja.

Polje slobodne procjene država nije produkt Konvencije u smislu da bi bilo njome propisano.<sup>44</sup> U načelu ga se koristi kao sredstvo sudačke samoregulacije kako bi se državama omogućila široka razina diskrecije u predviđanju ograničenja konvencijskih prava. Pritom se polazi od ideje da su nacionalna tijela u boljem položaju (negoli Sud) utvrditi potrebu i vrstu ograničenja. Međutim, to je samo načelno, jer se u praksi pokazuje da se sve češće polje slobodne procjene država sužava naglašavanjem važnosti određenog prava za pojedinca.

#### **2.4. Negatorijska zaštita od imisija u svjetlu zaštite prava na život u zdravoj životnoj sredini**

Naslovu ovog rada i njegovu cjelokupnu konceptu prethodio je niz radnih naslova i radnih koncepcija. Odabrani naslov već na određeni način može signalizirati zaključke do kojih su autorice došle. Nužno je reći da je praksa Suda već poznata domaćoj javnosti.<sup>45</sup>

44 Iako, kada (odnosno ako) Protokol 15. stupi na snagu Preambuli Konvencije će se na kraju dodati nova odredba koja će naglasiti načelo supsidijarnosti i sloboda procjene koju uživaju države ugovornice.

45 Već smo se pozvali na recentni rad u kojem je Omejec detaljno analizirala zaštitu okoliša u praksi Europskog suda (vidi bilješku 24.). Treba istaknuti i da je Ofak u svom radu koji se još 2012. bavio primjenom Konvencije u sporovima koji se tiču zaštite okoliša kazala da činitelji koji se odnose na okoliš i utječu na ljudska prava i temeljne slobode mogu to činiti na tri načina. U prvu skupinu svrstala je takve negativne utjecaje na okoliš koji mogu dovesti do izravne povrede ljudskih prava. Ofak kaže da “u takvim slučajevima država može biti dužna poduzeti mjere kojima će osigurati da nepovoljni okolišni uvjeti ozbiljno ne utječu na ljudska prava zaštićena Europskom konvencijom.” Kao i da je “pružanjem zaštite prava na život (čl. 2.), poštovanje privatnog i obiteljskog života (čl. 8.) te mirno uživanje vlasništva (čl. 1. Protokola br. 1), Europski sud razvio praksu neizravne zaštite materijalnog prava na zdrav okoliš.” Govoreći o drugoj skupini rekla je da “pojedinci mogu imati i određena postupovna prava koja su povezana sa štetnim utjecajima iz okoliša ... Za ostvarenje materijalnog prava na zdrav okoliš od presudne je važnosti postojanje određenog postupka i procesnih jamstava putem kojih će se to pravo moći zaštititi.” U tom kontekstu, Ofak spominje sljedeća prava i njihovu zaštitu: “pravo na pristup informacijama o okolišu ... pravo na život i poštovanje privatnog

Provedena analiza obuhvatila je povrede prava na život u zdravoj životnoj sredini u vezi s naravi i opsegom zaštite koja mu se pruža ponajprije kao ljudskom prava koje se štiti Konvencijom. Drugi zahtjev suzio je istraživanje na zaštitu koja se pruža kroz zaštitu prava iz članka 8. Konvencije (prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja).<sup>46</sup> Najvažnije je naglasiti da su autorice promatrale mogućnosti povezivanja prava na život u zdravoj životnoj sredini šticećenog u okviru zaštite konvencijskih prava iz navedene odredbe Konvencije i negatorijske zaštite od imisija - dakle, već u građanskopravnom smislu suženog oblika imisijske zaštite.

#### *2.4.1. Konvencijska zaštita prava na život u zdravoj životnoj sredini*

##### *2.4.1.1. Osnovne naznake o predmetu zaštite*

Europski sud zaštićuje pravo na život u zdravoj životnoj sredini u više pravaca.<sup>47</sup> Pogledaju li se predmeti u kojima se ono štiti, moglo bi se reći da postoje dva (temeljna) okvira zaštite od smetnji i utjecaja. U prvom je slučaju riječ o zaštiti od smetnji i utjecaja vrlo sličnim onima koji se prema našem članku 110. ZV-a smatraju imisijama - onima koje nije dopušteno odašiljati (izravno ili neizravno) na drugu nekretninu kao: dim, neugodne mirise, čađu, otpadne vode, potres, buku i sl. Tako je, npr. u predmetu *Oluić protiv Hrvatske*<sup>48</sup> govoreći o povredi zaštićenog prava (radilo se o pravu na poštovanje doma) Sud naveo: "... ono uključuje, ne samo pravo na konkretan fizički prostor, nego i na tiho uživanje toga prostora ... (k tomu) tiho uživanje doma i povrede prava na poštovanje doma nisu ograničene na fizičke povrede (npr. neovlašteni ulazak) ... nego uključuju i one ... kao što je buka, emisije, mirisi ili drugi oblici miješanja." Odnosno "... povreda može dovesti do povrede prava ... ako (pojedince) sprječava

---

i obiteljskog života ... sud izveo i pravo sudjelovanja u odlučivanju. Pristup pravosuđu u pitanjima okoliša štiti se putem prava na pošteno suđenje (čl. 6. st. 1.) te prava na djelotvorno pravno sredstvo (čl. 13.)." U trećoj skupini autorica kaže: "zaštita okoliša može predstavljati i legitiman cilj kojim se opravdava miješanje u prava zajamčena Europskom konvencijom. Primjerice, pravo na mirno uživanje vlasništva može se ograničiti ako je to potrebno radi zaštite okoliša." OFAK, L., Primjena Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u sporovima koji se tiču zaštite okoliša, *Hrvatska pravna revija*, 2012., br. 4., str. 62-63. Vidi i *Manual on Human Rights and the Environment, Principles Emerging from the case-law of the European Convention on Human Rights*, CoE Publishing, Strasbourg, 2006, str. 8. Među recentnijim radovima treba spomenuti i onaj u kojem se Sarvan bavila povredama ljudskog prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života i doma zbog neobavljanja i neodgovarajuće kvalitete komunalnih usluga. SARVAN, D., *Povreda ljudskog prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života i doma zbog neobavljanja i neodgovarajuće kvalitete komunalnih usluga*, <http://www.iusinfo.hr/Article/Content.aspx?SOPI=CLN20V01D2018B1127> (25. siječnja 2018.).

46 Što ne znači da zbog objašnjenja pojedinih kategorija neće biti prikazani i predmeti koji se tiču povreda drugih konvencijskih prava, u prvom redu čl. 2. EKLJP.

47 Odmah treba reći da je vrlo teško izolirati klasične pravce zaštite po uzoru na naše nacionalno uređenje, npr. građanskopravne, upravno-pravne, i sl.

48 Zahtjev br. 61260/08, presuda od 20. svibnja 2010.

u uživanju u udobnosti njegovog doma.<sup>49</sup> Slični se navodi mogu pročitati u većini presuda u kojima se Sud bavio tim pitanjem, primjerice kao u jednom vrlo važnom predmetu - *Hatton i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.<sup>50</sup>

Ipak, praksa Suda pokazuje da Sud vrstu smetnji i utjecaja promatra i u jednom drukčijem, širem kontekstu. Rečeno jezikom naših nacionalnih pravila, u utvrđivanju vrste smetnji i utjecaja, Sud izlazi iz okvira zadanih člankom 110. ZV-a i približava se koncepciji ponuđenoj u članku 4. stavku 1. t. 7. ZZO-a. To je vidljivo u više predmeta, npr. u predmetu *Fadeyeva protiv Rusije*<sup>51</sup> u kojem se radilo o smetnjama i utjecajima "... čeličane koja je ispuštala štetne tvari u vrijednostima višim od onih dopuštenih zakonom,"<sup>52</sup> i sl. Osnovni je dojam, međutim, da izostaje orijentacija kojom se vodi naše uređenje pri podjeli imisija.

Svakako treba spomenuti još jednu dimenziju. Naime, kada pruža zaštitu pravu na poštovanje doma, Sud to čini koncipirajući njegov pojam u duhu načela autonomnog tumačenja pojmova.<sup>53</sup> Takva koncepcija ne odgovara našem pojmu nekretnine (niti uopće, niti takve kojoj se/čijem se vlasniku (vlasništvu) pruža imisijska zaštita).<sup>54</sup> Posljedično, zaštita prava na poštovanje doma i njegovo mirno i udobno uživanje u duhu prava na život u zdravoj životnoj sredini pružena je širem krugu "prostora."

#### *2.4.1.2. Zahtjev da utjecaji i smetnje iz okoliša i životne sredine povrijeđuju konvencijsko pravo - specifična konvencijska uzročna veza*

Štiteći pravo na život u zdravoj životnoj sredini Sud postavlja sljedeću hipotezu: da bi se utjecaji i smetnje koje se tiču okoliša i životne sredine smatrali konvencijski relevantnim traži se da je njima (zbog njih) povrijeđeno neko konvencijsko pravo. Već smo rekli da je to najčešće pravo iz članka 8. Konvencije. Odnosno, između utjecaja i smetnji iz okoliša i životne sredine i povrede zaštićenog konvencijskog prava te onoga što je država činila ili trebala činiti, pa nije (tj. propuštala je) treba postojati uzročna veza.

Riječ je o posebnoj uzročnoj vezi, nazovimo je konvencijskom uzročnom vezom, koju je prilično komplicirano promatrati kao kategoriju u našem odštetnom pravnom smislu. Sud, kao prvo, traži da se utjecajima i smetnjama iz okoliša i životne sredine utječe na zaštićeno pravo. Već je sama povreda prava dostatna i ne traži se da je, npr. nastupilo pogoršanje zdravlja podnositelja zbog kakvih smetnji i utjecaja.<sup>55</sup> Nadalje,

49 *Oluić*, § 44. Vidi također i *Udovičić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 27310/09, presuda od 24. travnja 2014.

50 Zahtjev br. 36022/97, [VV] presuda od 7. ožujka 2003., § 96.

51 Zahtjev br. 55723/00, presuda od 9. lipnja 2005.

52 *Ibidem*, § 116.

53 Pojam doma u konvencijskom smislu Sud tumači funkcionalno-faktičnim kriterijem (pa se domom, npr. smatraju pokretne kućice ili poslovni prostori). O faktično-funkcionalnom kriteriju za definiranje doma i njegovoj trajno i dostatnoj vezi kao i uopće o autonomnom konceptu doma, vidi kod MIHELČIĆ, G., MAROCHINI, M., Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, vol. 35, br. 1., 2014., str. 168. *et seq.*

54 Usp. predmet *Öneryıldız*.

55 Ovo podrazumijeva i naša imisijska zaštita.

povreda postoji u slučaju postojanja, tzv. minimalnog stupnja ozbiljnosti (vidi *infra* predmet *Tatar protiv Rumunjske*)<sup>56</sup> i to je njezina sljedeća sastavnica. Ocjena o postojanju uzročne veze donosi se u svakom pojedinom slučaju i u svjetlu (točnije primjenom) načela o kojima je bilo riječi.

Jednako kao što je i povrjeđivanje samog prava na život u zdravoj životnoj sredini promatrao u kontekstu različitih konvencijskih prava (više njih), *de rerum natura*, i (konvencijskom) uzročnom vezom Sud se bavio u vezi s povredom više zaštićenih prava. U jednom starijem predmetu u kojem je ispitivao utjecaj nezdrave životne sredine na zaštićeno pravo smatrao je da ne postoji uzročna veza jer "... nije dokazana uzročna veza između izloženosti oca podnositeljice zračenju i leukemije od koje je ona oboljela" (predmet *L.C.B.*, § 39). U tom je predmetu ispitivana osnovanost navoda podnositeljice o povredi članka 2. Konvencije. Odnosno, je li nastupila povreda zaštićenog prava zbog propuštanja države da upozori roditelje podnositeljice o mogućem riziku po njezino zdravlje zbog toga što je otac podnositeljice sudjelovao u nuklearnim ispitivanjima. U jednom drugom slučaju, pak, Sud je našao postojanje uzročne veze. Radilo se, također o tvrdnjama da je povrijeđen članak 2. Konvencije. Riječ je o predmetu *Öneryıldız* koji je, inače, vrlo važan za pitanje zaštite prava na život u zdravoj životnoj sredini. U njemu je Sud ocijenio da je država povrijedila svoju pozitivnu obvezu zaštititi živote podnositelja (pa time i zaštićeno pravo) te da "... postoji uzročna veza između stradavanja devet osoba i eksplozije metana na odlagalištu otpada... (te da su) ... nadležna tijela znala i trebala znati da na odlagalištu postoji stvarna i neposredna opasnost od eksplozije koja može ugroziti živote stanovnika."<sup>57</sup>

Ono što je za pitanje konvencijske uzročne veze ključno jest to što je konvencijska uzročna veza i kategorija zaštite prava na život u zdravoj životnoj sredini (pa i kada je nastupilo pogoršanje zdravlja podnositelja, a zapravo, neovisno o tomu) fokusirana na odgovornost države koja je na neki način povrijedila svoje obveze i time dovela do povrede prava, tipično, npr. propuštanjem države da ispuni određenu pozitivnu obvezu i time zaštititi podnositelja (kao u predmetu *Öneryıldız*).<sup>58</sup>

56 Zahtjev br. 67021/01, presuda od 27. siječnja 2009.

57 Ovaj je predmet zanimljiv i u kontekstu povrede prava na mirno uživanje imovine/vlasništva, budući da je primjenom načela autonomnog koncepta kojim je i inače bitno oblikovao pojam zaštićenog dobra u smislu ovog članka, zaštitu s njegova naslova pružio u situaciji kada su podnositelji nezakonito stanovali u blizini odlagališta otpada.

58 Iako u jednom svom pravcu zaštita prava na život u zdravoj životnoj sredini može podsjetiti na zaštitu od onečišćenja okoliša onako kako to stanje uređuje čl. 3. st. 1. t. 34. ZZO-a (kao promjenu stanja okoliša zbog nedopuštene emisije i/ili drugog štetnog djelovanja, ili izostanaka potrebnog djelovanja, ili utjecaja zahvata koji može promijeniti kakvoću okoliša) one se razlikuju. U prvom redu zbog toga što prema konvencijskoj koncepciji nije dovoljno da samo postoji "loše" stanje okoliša i životne sredine, već ono treba utjecati na zaštićeno pravo. Drugo, odgovornost za povredu prava na život u zdravoj životnoj sredini nije orijentirana na načelo "onečišćivač plaća" na način predviđen u našem čl. 16. ZZO-a. Vidi iscrpnu analizu o naknadi štete zbog onečišćenja okoliša kod JOSIPOVIĆ, T., op. cit., str. 73. *et seq.* Za odgovornost države od imisija kod MOŽINA, D., *Odškodninska odgovornost države*, Pravni letopis 2013., str. 153.-156., <http://www.pf.uni-lj.si/media/mozina.odskodninska.odgovornost.drzave.pdf> (1. veljače 2018.).

K tomu treba imati u vidu i da je predmet zaštite pravo zaštićeno Konvencijom, pa se postojanje uzročne veze traži u odnosu na njegovu povredu. U predmetu *Fadeyeva*, npr. izrijekom se naglašavaju tražene pretpostavke i određuju da, kako bi "... predmet uopće ušao u doseg čl. 8. Konvencije, zahtjev koji se tiče onečišćenja okoliša mora pokazati da je došlo do miješanja/utjecaja na privatan i obiteljski život i dom pojedinca i da je taj utjecaj zadovoljio minimalan stupanj ozbiljnosti."<sup>59</sup> U tom je predmetu kazano i da "... podnositelji nisu dokazali postojanje uzročne veze između utjecaja okoliša i pogoršanja njihova zdravlja." No, takvu vrstu uzročne veze Sud i ne traži. Jednako je bilo i u predmetu *Roche*.

#### 2.4.1.3. Kategorija minimalnog stupnja ozbiljnosti

Kada je riječ o povredi prava iz članka 8. Konvencije, Sud naglašava, već spomenutu kategoriju minimalnog stupnja ozbiljnosti (npr. predmet *Fadeyeva*). Njegovim riječima rečeno: "... čl. 8. Konvencije primjenjiv je kada su kvaliteta privatnog života podnositelja i uživanje u pogodnostima doma izravno pogođeni štetnim utjecajima poput buke" (npr. predmeti *Hatton, Powell i Rayner protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>60</sup>) ili drugim oblicima imisija (npr. predmeti *Lopez Ostra protiv Španjolske*,<sup>61</sup> *Guerra i ostali, Moreno Gomez protiv Španjolske*,<sup>62</sup> *Cuenca Zarzoso protiv Španjolske*,<sup>63</sup> *Oluić*). Odnosno "... iako ne postoji izričito pravo u Konvenciji na čisti i tihi okoliš kada je neki pojedinac izravno i ozbiljno pogođen bukom ili nekim drugim onečišćenjem, može se pojaviti pitanje zaštite povrijeđenog prava temeljem čl. 8. Konvencije" (*Oluić*, § 45). Postoji li minimalni stupanj ozbiljnosti (procjenjiv u konkretnom slučaju) postoji i povreda zaštićenog prava.

Postoje i slučajevi kada Sud nije utvrdio postojanje minimalnoga stupnja ozbiljnosti. Kao ilustracija može poslužiti predmet *Leon i Angieszka Kania protiv Poljske*<sup>64</sup> u kojem je Sud smatrao kako "... buka kojoj su bili izloženi podnositelji nije zadovoljila minimalan stupanj ozbiljnosti potreban za utvrđenje povrede njihova prava na život u zdravoj životnoj sredini."<sup>65</sup>

Kako Sud određuje minimalan stupanj ozbiljnosti? Naglašeno je da ga, osim što se procjenjuje u svakom predmetu posebno, karakteriziraju sljedeći parametri: intenzitet smetnji ili utjecaja, njihovo trajanje, posljedice koje imaju za pojedinca te, tzv. generalni (opći) kontekst (engl. *general environmental context*).<sup>66 67</sup>

59 *Fadeyeva*, § 68.-70.

60 Zahtjev br. 310/81, presuda od 21. veljače 1990., § 40.

61 Zahtjev br. 16798/90, presuda od 9. prosinca 1994.

62 Zahtjev br. 4143/02, presuda od 16. studenog 2004.

63 Zahtjev br. 23383/12, presuda od 16. siječnja 2018.

64 Zahtjev br. 12605/03, presuda od 21. listopada 2009.

65 *Leon i Angieszka Kania*, § 104.

66 Manual on Human Rights and the Environment, op. cit., str. 14.

67 Pitali smo se je li minimalan stupanj ozbiljnosti usporediv s našom kategorijom prekomjernosti odnosno je li moguće usporediti traženi (minimalni) stupanj ozbiljnosti s kvantitativnom komponentom naše prekomjernosti i kakva bi bila korelacija između njihovih donjih granica. Prekomjernost se, prema našem pravu, ocjenjuje s obzirom na namjenu primjerenu nekretnini u odnosu na mjesto i vrijeme, izaziva li se imisijama znatnija šteta odnosno jesu li nedopuštene

Vratimo li se na zahtjev da utjecaji i smetnje iz okoliša i životne sredine moraju povrjeđivati zaštićeno pravo kako bi bili relevantni, u duhu kategorije minimalnog stupnja ozbiljnosti, može se govoriti i o određenim ambivalentnostima toga zahtjeva. Već je u presudi *Lopez Ostra* Sud naglasio kako "... ozbiljna onečišćenja okoliša mogu utjecati na opće stanje (blagostanje) pojedinaca i spriječiti ih u uživanju njihova doma na način koji utječe i na uživanje u privatnom i obiteljskom životu odnosno poštovanju istog i bez da ugrožavaju njihovo zdravlje" (§ 51). I u predmetu *Di Sarno i drugi protiv Italije*<sup>68</sup> nađena je povreda članka 8. Konvencije zbog izloženosti onečišćenju zbog nepropisnog prikupljanja komunalnog otpada. Najbolje se, ipak, učinak minimalnog stupnja ozbiljnosti na povredu (zaštitu) prava na život u zdravoj životnoj sredini pokazuje u predmetu *Tatar*.<sup>69</sup> Sud je povredu u tom predmetu odlučio ispitivati u kontekstu članka 8. Konvencije i zaključio da vlasti nisu poduzele potrebne korake za procjenu rizika niti su poduzele nužne mjere kako bi zaštitile prava podnositelja na poštovanje privatnog života i doma i općenito njihovog prava na uživanje zdravog i zaštićenog okoliša, čime je povrijeđeno pravo podnositelja na poštovanje privatnog života i doma.<sup>70</sup>

---

temeljem kakvih posebnih zakona. Za složenost parametara u postupku zaštite i u njegovu iniciranju, vidi kod JOSIPOVIĆ, T., op. cit., str. 59. *et seq.*

- 68 Zahtjev br. 30765/08, presuda od 10. siječnja 2012. U navedenom predmetu, od veljače 1999. do kraja prosinca 2008. u talijanskoj općini u regiji Campagnia proglašeno je izvanredno stanje zbog problema s odlaganjem odnosno prikupljanjem komunalnog otpada. Tijekom navedenog razdoblja djelatnost prikupljanja otpada povjerena je privatnoj tvrtci. Sud je smatrao i za "griješ" državi uzeo to "... što nije udovoljila dužnosti poduzimanja pozitivnih mjera za zaštitu prava podnositelja" te naglasio da "... ako se i složi sa stavom vlade da je akutno stanje trajalo samo 5 mjeseci (prosinac 2007. do svibanj 2008.) te, iako, država uživa široko polje slobodne procjene ... ima i pozitivnu obvezu poduzeti razumne i adekvatne korake za zaštitu i jamčenje podnositeljevih prava iz čl. 8. Konvencije što je u ovom slučaju propustila učiniti. Neizvršenjem odnosno neispunjenjem tih pozitivnih obveza država je povrijedila pravo podnositelja na poštovanje privatnog života i doma." Za neugodne mirise koji su dolazi od odloženog otpada kao razlog povrede prava iz čl. 8. Konvencije, vidi predmet *Branduse protiv Rumunjske*, zahtjev br. 6586/03, presuda od 7. travnja 2009.
- 69 Podnositelji zahtjeva u ovom predmetu bili su otac i sin koji su stanovali u neposrednoj blizini rudnika zlata koji je eksploatirala tvrtka u privatnom vlasništvu. Proces ekstrakcije uključivao je upotrebu natrijevog cijanida. Godine 2000., 30. siječnja došlo je do puknuća brane, zbog čega je u okoliš otpušteno cca 100.000 m<sup>3</sup> cijanidne kontaminirane vode. Tvrtka nije zaustavila svoje poslovanje. Pred Sudom su podnositelji, pozivajući se na čl. 2. Konvencije, tvrdili kako je poslovanje tvrtke ugrozilo njihove živote.
- 70 U ovom predmetu Sud je naglasio i nužnost da država poduzme, tzv. mjere predostrožnosti (engl. *precautionary principle*) kako bi zaštitila pojedince od mogućih opasnosti. Valja, međutim, naglasiti kako se ovim mjerama ne pruža zaštita od svih vrsta mogućih opasnosti (vidi odluku Suda u predmetu *Luginbühl protiv Švicarske*, zahtjev br. 42756/02, odluka od 17. siječnja 2006. gdje se podnositelj pozivao na moguću opasnost po zdravlje zbog utjecaja radijacije zbog instalacije odašiljača za mobilne telefone).

#### 2.4.1.4. Osciliranje "kvantuma" minimalnog stupnja ozbiljnosti - konvencijska "kolebanja"

U prvom predmetu u kojemu je Sud našao povredu konvencijskog prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života i doma zbog štetnih utjecaja iz okoliša odnosno životne sredine – u predmetu *Lopez Ostra* iz 1994. naglašeno je kako je "... država propustila ispuniti svoju obvezu da zaštiti podnositeljicu (nije bilo precizirano je li riječ o negativnoj ili pozitivnoj obvezi) od štetnih utjecaja kojima je bila izložena - dima, neugodnih mirisa i zagađenja iz kožarskog postrojenja." Unatoč tomu što nije kazao o kakvoj se vrsti obveze radilo, Sud je smatrao "... da nije postignuta pravična ravnoteža između prava pojedinca na život u zdravoj životnoj sredini i općeg interesa zajednice odnosno kako je država prekoračila svoje polje slobodne procjene," (§ 51). Vrlo slično postupio je i u predmetu *Moreno Gomez*, kao i u recentnom predmetu *Cuenca Zarzoso*. U oba je utvrđeno da država "... iako je usvojila pravila o maksimalno dopuštenoj razini buke u noći, nije ispunila svoju pozitivnu obvezu i osigurala podnositeljima uživanje prava na poštovanje privatnog života i doma kako to traži članak 8. Konvencije."<sup>71</sup> Pritom je, za razliku od predmeta *Lopez Ostra*, Sud jasno istaknuo razlike između pozitivnih i negativnih obveza države i naglasio da se (u oba) radi o propuštanju države da ispuni svoju pozitivnu obvezu i zaštiti podnositelje od buke kojoj su bili izloženi iz obližnjih barova.<sup>72</sup> Smatrajući (također, u oba predmeta) da je došlo do povrede prava iz članka 8. Konvencije (prava na poštovanje privatnog života i doma) zanimljivo je što je Sud naglasio i to da je osnovna svrha Konvencije jamčiti prava "... koja su praktična i učinkovita, a ne teoretska ili iluzorna."<sup>73</sup> Dakle, primijenio je načelo učinkovitosti. Nužnost takve - praktične i učinkovite zaštite konvencijskih prava naglašena je i u hrvatskim predmetima.<sup>74</sup>

S druge strane, i pozitivna obveza države da zaštiti podnositelje od buke kojoj su bili izloženi i to neovisno o polju slobodne procjene, naglašena je, npr. i u predmetu *Dees protiv Mađarske*.<sup>75</sup> U predmetu *Dees*, Sud je smatrao da nije postignuta pravična ravnoteža između interesa podnositelja na život u zdravoj životnoj sredini i interesa korisnika ceste s koje dolazi buka i ostale smetnje.<sup>76</sup> U tom kontekstu svakako treba

71 *Moreno Gomez*, § 62, *Cuenca Zarzoso*, § 54.

72 Podnositelji su tvrdili kako je buka koja je dolazila iz noćnih barova utjecala na njihov privatni život i uživanje doma. U predmetu *Cuenca Zarzoso* podnositelj je dostavio i medicinsku dokumentaciju kojom je dokazivao tvrdnju o utjecaju buke na pogoršanje njegova zdravlja. Pozitivnu obvezu države Suda je naglasio i u predmetu *Guerra i ostali* u kojem se radilo o obvezi države da obavijesti podnositelje o potencijalnim rizicima za zdravlje koje im prijeti iz obližnje tvornice kemikalija.

73 *Moreno Gomez*, § 56, *Cuenca Zarzoso*, § 51. Nužnost postizanja pravične ravnoteže između javnog i pojedinačnog interesa te prekoračenje polja slobodne procjene države naglašena je, zajedno sa obvezom države da jamči učinkovitu i djelotvornu zaštitu prava i u predmetu *Dubetska i ostali protiv Ukrajine*, zahtjev br. 30499/03, presuda od 10. veljače 2011.

74 *Oluić*, § 47, *Bistrović*, § 35.

75 Zahtjev br. 2345/06, presuda od 9. studenog 2010.

76 Pitanje povrede čl. 8. EKLJP-a zbog buke i vibracija koje trpe podnositelji pojavilo se i u predmetu *Grimkovskaya protiv Ukrajine*, zahtjev br. 38182/03, presuda od 21. srpnja 2011. u kojem je Sud utvrdio povredu čl. 8. Konvencije, kao i u predmetu *Bor protiv Mađarske*, zahtjev br. 50474/08, presuda od 18. lipnja 2013. Izvor buke bila je željeznička stanica.

spomenuti i predmet *Fadeyeva* i stajališta koja su u njemu izražena, no o njemu će se detaljnije govoriti u vezi s jednim drugim aspektom.

Ovdje je potrebno skrenuti pažnju da ne pokazuju svi predmeti konstantu u stajalištima Suda. U jednu ruku to nije neočekivano ima li se u vidu potreba stalnog usklađivanja konvencijske zaštite s dosegnutim standardima razvoja društva i zajednice uopće - kada bi se o tomu radilo. Indikativno je, međutim, da se o tomu radi.

Prije svih, nužno je spomenuti jedan od najpoznatijih, a istodobno i najkontroverznijih predmeta koji se tiče zaštite prava na život u zdravoj životnoj sredini - predmet *Hatton*. U njemu je konačnu odluku donijelo Veliko vijeće. Ona se znatno razlikuje od odluke Vijeća i obje su donesene uz izdvojena mišljenja dijela sudaca.<sup>77</sup> U predmetu je bilo riječi o utjecaju buke na poštovanje privatnog života i doma podnositelja zbog noćnih letova iz zračne luke Heathrow. Podnositelji su tvrdili da ih zbog svoje prirode noćni letovi uznemiravaju te da im je uvelike narušena kvaliteta života i sna zbog čega se jedna od podnositeljica (Ruth Hatton) čak preselila u drugi dio grada. Vlada je u svom odgovoru navodila da bi ukidanje noćnih letova uzrokovalo znatnu štetu gospodarstvu Ujedinjenog Kraljevstva te da druge europske zračne luke imaju manja ograničenja u vezi s noćnim letovima i bukom koja dolazi od njih. Također, da je većina stanovnika koji žive u okolici Heathrowa (njih cca 80 %) izjavilo kako ne pati zbog buke. Vijeće je krenulo od toga, pa i utvrdilo da se u konkretnom slučaju radi o pozitivnoj obvezi države da zaštiti pojedinca od štetnog utjecaja (a ne o negativnoj obvezi da se ne miješa) i da je to ona propustila učiniti. Nadalje, nađena je povreda članka 8. Konvencije, budući da nije ostvarena pravična ravnoteža između javnog interesa - ekonomske dobrobiti i prava pojedinaca na poštovanje privatnog života i doma. Presuda Vijeća donesena je uz tri izdvojena mišljenja njegovih sudaca (dva suca se nisu složila s odlukom, dok je treći bio suglasan ali uz izdvojeno mišljenje). Sutkinja Greve, obrazlažući svoje neslaganje s odlukom Vijeća, vrlo je zanimljivo kazala kako je Sud "... nedopustivo suzio polje slobodne procjene koje države uživaju u pitanjima koja se tiču okoliša, a koje u odnosu na ta pitanja, kao i ona koja se tiču (zdrave) životne sredine, treba biti široko .... u prvom redu, stoga što problemi okoliša, u pravilu zahvaćaju veće skupine ljudi, a ne pojedince ... kao i da je riječ o ekološkim pravima koja predstavljaju prava nove generacije, a ne predmet odlučivanja po Konvenciji."<sup>78</sup> Veliko vijeće, odlučivši potpuno suprotno od Vijeća, istaknulo je da podnositelji nisu podnijeli nikakav dokaz u prilog "stupnju nelagode" koji su pretrpjeli ... te da je Vlada "priznala" kako je u osjetljivost na buku uključen i subjektivni element zbog čega se određeni

77 Neslaganje Vijeća i Velikog vijeća kao i njihovih sudaca najbolje pokazuje kompleksnost utvrđivanja povreda u pitanjima prava na život u zdravoj životnoj sredini kao i otvorene mogućnosti kod utvrđivanja jesu li države prekoračile polje slobodne procjene koje uživaju. Predmet *Hatton* imao je i snažnu ekonomsku dimenziju s obzirom na važnost najvećeg britanskog aerodroma, pa postoji i mogućnost da je Veliko vijeće bilo sklono Ujedinjenom Kraljevstvu dopustiti šire polje slobodne procjene zbog bojazni da bi drukčija odluka rezultirala odbijanjem izvršenja presude.

78 *Hatton i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 36022/97, presuda od 2. listopada 2001., izdvojeno (djelomično) suprotno mišljenje sutkinje Greve.



(manji) broj ljudi češće budi zbog buke ili na drugi način osjeća poremećaj sna.” Zaključeno je kako “... odluka o novom sustavu noćnih letova predstavlja mjeru kojom je ostvarena optimalna ravnoteža između prava ugroženih pojedinaca i javnog interesa (ekonomske dobrobiti) ... te da vlasti nisu prekoračile svoje polje slobodne procjene i da je postignuta pravična ravnoteža između prava pojedinaca na poštovanje njihova privatnog života i doma i interesa zajednice u cjelini, kao da nije niti bilo temeljnih postupovnih propusta u pripremi propisa o ograničenju noćnih letova.” U zajedničkom izdvojenom mišljenju, Costa, Ress, Türmen, Zupančič i Steiner iznijeli su kritike na račun ove odluke. U prvom su redu navedeni suci smatrali da nije pravilno tumačen članak 8. Konvencije. Točnije da nije tumačen evolutivno u skladu s načelom živućeg instrumenta, a kako se inače činilo. Na taj se način “... odstupilo od dosegnute razvojne razine sudske prakse, pa čak je i učinjen korak unatrag u zaštiti prava na život u zdravoj životnoj sredini, budući da je ekonomskim razlozima dana prevaga u odnosu na osnovne zdravstvene uvjete.” Jednaku odluku, da nije došlo do povrede prava zajamčenih člankom 8. Konvencije, Sud je donio i u predmetu *Flamenbaum i ostali protiv Francuske* (nije našao niti povredu članka 1. Protokola 1. uz Konvenciju).<sup>79</sup> I u tom su predmetu podnositelji tvrdili da im je povrijeđeno pravo na poštovanje privatnog života i doma zbog povećanja razine buke proširenjem kapaciteta (glavne piste) u zračnoj luci Deauville. Sud je smatrao “... imajući u vidu mjere koje su poduzete kako bi se ograničio utjecaj buke, da je postignuta pravična ravnoteža između sukobljenih interesa.” Zanimljivost je da je smatrao i da podnositelji nisu dokazali da je zbog opisanog došlo do smanjenja tržišne vrijednosti njihovih nekretnina, kao i da im je bilo omogućeno da sudjeluju u svim etapama “proširenja.” Istovjetna je, već spomenuta, odluka u predmetu *Leon i Angieszka Kania*.

#### 2.4.1.5. *Opseg (i vrsta) zaštite prava na život u zdravoj životnoj sredini - paradigma pozitivnih/negativnih obveza država*

Zaštitu prava na život u zdravoj životnoj sredini, načelno, nije moguće tražiti (ostvariti) unaprijed. Sud o njegovoj zaštiti raspravlja tek kada je ostvarena povreda zaštićenoga konvencijskog prava podnositelja (kako je, npr. naglašeno u predmetu *Kyrtatos*).

Učinio je to, zapravo, već u prvom predmetu u kojem se bavio utjecajem buke iz zračne luke Heathrow, u predmetu *Powell i Rayner*, gdje je pronađeno kako je razina buke utjecala na podnositeljeva prava na poštovanje privatnog života i doma. Istodobno, naglašeno je i da države uživaju široko polje slobodne procjene u ostvarenju pravične ravnoteže između ekonomskih interesa zajednice i pojedinačnih interesa. Zanimljiv je naglasak koji se ticao obveza države. Sud je rekao da je “... teško jasno razgraničiti radi li se u konkretnom slučaju o pozitivnoj obvezi države da osigura podnositeljima uživanje zaštićenog prava ili o njezinoj negativnoj obvezi - da se ne miješa u to pravo.” Naglasio je, međutim, da su u oba slučaja (dakle i kod pozitivne i kod negativne obveze) primjenjiva načela vrlo slična.<sup>80</sup>

U nekim je slučajevima Sud našao povredu članka 8. Konvencije jer je država

<sup>79</sup> Zahtjevi br. 3675/04, 23264/04, presuda od 13. prosinca 2012.

<sup>80</sup> *Powell i Rayner* § 41, vidi i *Lopez Ostra*, § 51.

propustila poduzeti preventivne mjere kako bi spriječila njegovu povredu. Takvo se što vidi u predmetu *Fadeyeva*. Riječ je bila o podnositeljici koja je stanovala u sanitarno-zaštitnoj zoni u neposrednoj blizini čeličane koja je "... ispuštala štetne tvari u vrijednostima višim od onih dopuštenih zakonom." Sud je u odluci najprije naglasio opće postavke o kojima se već govorilo (zahtjev prema kojem se, da bi predmet ušao u doseg članka 8. Konvencije, mora pokazati da je došlo do utjecaja na privatni i obiteljski život i dom pojedinca i da je zadovoljen minimalan stupanj ozbiljnosti). Nadalje, iako podnositelji nisu dokazali uzročnu vezu između utjecaja iz okoliša i pogoršanja njihova zdravlja, zauzevši ekstenzivniji stav nego, npr. u predmetu *Hatton*, Sud je rekao da se s obzirom "... na snažne neizravne 'dokaze i pretpostavke' može pretpostaviti da je zdravlje podnositelja pogoršano zbog industrijskih emisija iz tvornice i podložnije oboljenjima zbog života uz takvu tvornicu." Ono što je sa sigurnošću utvrdio bilo je da je "... život u takvoj sredini utjecao na uživanje podnositelja u njihovom domu.» Tako je, unatoč tomu što nije utvrdio postojanje uzročne veze između utjecaja iz okoliša i pogoršanja zdravlja podnositelja (a koje se, kako je već rečeno, i ne traži u konvencijskom smislu) smatrao da zahtjev ulazi u doseg članka 8. Konvencije. Odlučujući o povredi (za koju je zaključio da postoji), Sud je dao još neke smjernice. Tako je, utvrdivši da tvornica radi temeljem dopuštenja nadležne vlasti usred naseljenog mjesta, smatrao da postoji obveza države (koju je ona propustila) poduzeti (pozitivne) mjere zbog smanjenja utjecaja na okoliš, npr. provođenjem (svojih) pozitivnih propisa ili, eventualno, nuđenjem mogućnosti preseljenja podnositeljima. Također je naglasio da je, usprkos širokoj polju slobodne procjene koje uživa, država propustila postići pravičnu ravnotežu interesa zajednice i prava podnositelja na poštovanje njihova privatnog života i doma.<sup>81</sup>

Indikativan je u vezi s opsegom neprihvatljivog propuštanja poduzimanja mjera predmet *Roche*. Veliko vijeće u tom je predmetu (2005.) utvrdilo povredu podnositelja prava iz članka 8. Konvencije, zbog toga što mu država nije omogućila pristup svim informacijama koje su bile nužne kako bi procijenio rizik za svoje zdravlje zbog sudjelovanja u nuklearnim testiranjima. Dakle, do povrede članka 8. Konvencije nije došlo zbog posljedica koje (bi/su) testiranja imala na zdravlje podnositelja, već zbog opisanog propuštanja države.<sup>82</sup>

U kontekstu pozitivnih obveza države da zaštiti pravo na život u zdravoj životnoj sredini treba spomenuti i jedan predmet u kojem su obveze države zanimljivo dovedene u vezu sa "sudbinom" klizišta. Riječ je o predmetu *Budayeva* u kojem je Sud rekao kako "... država nije poduzela potrebne preventivne mjere da bi smanjila rizik po živote podnositelja." Na području na kojem su podnositelji stanovali, naime, svake je godine dolazilo do klizanja tla, a nadležna tijela nisu poduzela mjere kako bi se zaštitilo živote podnositelja. Državi je zamjereno nepoduzimanje mjera obrane od klizišta odnosno ili mjera upozorenja, premda se ona pravdala da nije mogli predvidjeti ili zaustaviti silinu klizanja tla i nanosa mulja, Sud joj nije dao za pravo i smatrao je da

81 Slične činjenice slučaja i odluku Suda može se vidjeti i u predmetu *Ledyayeva i ostali protiv Rusije*, zahtjevi br. 53157/99, 53247/99, 53695/00 i 56850/00, presuda od 26. listopada 2006.

82 Isto obrazloženje vidljivo je i u predmetu *Vilnes i ostali protiv Norveške*, zahtjevi br. 52806/09, 22703/10, presuda od 5. prosinca 2013.

je "...s obzirom na činjenice slučaja ... bila dužna poduzeti odgovarajuće preventivne mjere."

Koliko "šarolike" mogu biti pozitivne obveze države pokazuje predmet *Taskin i ostali*. U njemu su domaće vlasti odbile postupiti po sudskim odlukama i u tomu je Sud pronašao povredu prava iz članka 8. Konvencije. Naime, tvrtki koja je imala dopuštenje za iskorištavanje rudnika zlata (a koja je koristila otrovne procese), dopuštenje za rad oduzeto je odlukama upravnog suda. Učinjeno je to zbog opasnosti za zdravlje kao i zbog opasnosti za uništenje ekosustava i zagađenja voda. Međutim, navedene odluke nikada nisu provedene i u tomu je Sud našao razloge povrede pozitivne obveze Turske da zaštiti podnositeljeva prava iz članka 8. Konvencije.<sup>83</sup>

### 3. ZAKLJUČAK

Pravo na život u zdravoj životnoj sredini već je samo u svom "matičnom" konvencijskom sustavu svojevrsan fenomen, budući da je riječ o pravu koje se u Konvenciji ne predviđa onako kako smo najčešće navikli. Naime, nije predviđeno niti u izvornom niti u bilo kojem drugom katalogu konvencijskih prava. U cijelosti je izgrađeno praksom Suda koji mu je pružio zaštitu primjenjujući posebna načela i metode tumačenja Konvencije: načelo živućeg instrumenta (evolutivnog tumačenja pojmova), načelo autonomnog tumačenja pojmova i (suženog) polja slobodne procjene države te načelo učinkovitosti. U njihovoj interpretaciji vidljive su određene nedosljednosti i, nerijetko, njihova primjena rezultira "iznenađujućim" odlukama.

Odnos zaštite prava na život u zdravoj životnoj sredini i negatorijske zaštite od imisija autorice su promatrale kroz prizmu odabranih obilježja. U tomu smislu istaknuta su određena obilježja negatorijske imisijske zaštite: negativno definiranje pojma imisija, upravljenosti zaštite na zaštitu vlasništva od uznemiravanja, zahtjev da se radi o neposrednim odnosno posrednim prekomjernim imisijama i s tim u vezi suženju zaštite kada je riječ o dopuštenim prekomjernim posrednim imisijama te segmentu zaštite koji se tiče popravljivanja štete odnosno odgovornosti za štetu.

Pokušaju li se strukturirati pretpostavke koje se traže za zaštitu prava na život u zdravoj životnoj sredini, može se reći da se najprije traži da utjecaji i smetnje iz okoliša i životne sredine povrjeđuju neko Konvencijom zaštićeno pravo, budući da njihovo "puko" postojanje nije relevantno u konvencijskom smislu. S obzirom na vrste smetnji i utjecaja nije nemoguća paralela s vrstama imisijama predviđenim našim člankom 110. ZV-a, međutim, pojavljuju se i takve vrste smetnji i utjecaja i od njih se jednako pruža zaštita, a riječ je o kategorijama koje bi više odgovarale određenju imisija u pravilima našeg ZZO-a, dakle, u jednom drukčijem smislu. Također,

83 Isto je Sud utvrdio u činjenično gotovo jednakom predmetu *Lemke protiv Turske*, zahtjev br. 17381/02, presuda od 5. lipnja 2007. Neprovođenje domaćih odluka o zabrani obavljanja djelatnosti bio je i razlog zbog kojeg je povreda prava iz čl. 8. EKLJP utvrđena u predmetu *Dzemyuk protiv Ukrajine*, zahtjev br. 42488/02, presuda od 4. rujna 2014. U njemu je podnositelj tvrdio kako je izgradnjom groblja pokraj njegove kuće došlo do zagađenja vode. S druge strane, postojale su odluke nacionalnih sudova o nezakonitosti izgradnje. Unatoč tomu, groblje je izgrađeno i obavljana je djelatnost. Sud je utvrdio povredu čl. 8. EKLJP s obzirom na to da djelovanje države nije bilo "u skladu sa zakonom."

važnijom se razlikom između zaštite pružene pravu na život u zdravoj životnoj sredini i negatorijske zaštite od imisija pokazuje što se Sud ne kreće u okvirima onih vrsta zaštita kakve su poznate i pružaju se u našem pravnom sustavu i, bolje rečeno, na poseban ih način objedinjuje pod “zajedničkim kišobranom.”

Uz nužnu zadržku, moglo bi se reći da se ne inzistira niti na razlikovanju posrednih i neposrednih imisija, niti prekomjernosti posrednih imisija, barem ne u smislu iz naših stvarnopravnih pravila. Oklijevanje s ovim zaključkom plod je uočene činjenice da Sud, ipak, mjereći kvantume smetnji i utjecaja prihvaća i na određeni način koristi nacionalne kriterije i polazi od njih.

Najčešće se pitanje povreda prava na život u zdravoj životnoj sredini promatra u sklopu povreda prava zaštićenih člankom 8. Konvencije - prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja, premda su se pojavljivale i ispitivao ih je Sud i u vezi s drugim konvencijskim pravima (npr. prava na život, prava na pristup informacijama, prava na pošteno suđenje i pristupu sudu, prava na mirno uživanje imovine/vlasništva, i dr.). Posljednje navedeno - pravo na mirno uživanje imovine/vlasništva zasigurno je prvo od prava na koje bi pomislili iz rakursa negatorijske zaštite od imisija. Praksa Suda pokazuje, međutim, jedno drukčije sagledavanje tog pitanja i teško bi bilo reći, premda ne i isključeno, da se Sud orijentira na to pravo.

Koncept zaštite prava na život u zdravoj životnoj sredini prema kojem zahtjev da utjecaj i smetnje iz okoliša i životne sredine povrjeđuju konvencijsko pravo traži da između njih postoji uzročna veza. Upravo se po tom pitanju vidi najveća bravuroznost konvencijske zaštite u odnosu na zaštitu od imisija. Konceptija konvencijske uzročne veze (koja se, također, ocjenjuje u svakom pojedinom slučaju) temelji se na dvije pretpostavke: da bi bila riječ o povredi zaštićenog konvencijskog prava traži se da utjecaj i smetnja iz okoliša i životne sredine bio (barem) minimalnog stupnja ozbiljnosti i da u povodu toga država ugovornica nije učinila nešto što je trebala ili je učinila nešto što nije trebala. Minimalni stupanj ozbiljnosti utjecaja i smetnji procjenjuje u svakom predmetu posebno s obzirom na njihov intenzitet, trajanje, posljedice koje imaju za pojedinca te tzv. generalni (opći) kontekst.

Tek, postoji li takav stupanj ozbiljnosti (procjenjiv u konkretnom slučaju) postoji i povreda prava na život u zdravoj životnoj sredini uz zahtjev da država nije s obzirom na njegovo postojanje u zahtijevanom minimalnom stupnju nešto poduzela, a trebala je. Odnosno, da bi ti utjecaji i smetnje bili konvencijski relevantni traži se da je njima povrijeđeno konvencijsko pravo koje, u biti, i to je najvažnije vrijeda država jer čini/ne čini nešto što bi trebala/nije trebala - institut pozitivnih/negativnih obveza država. Naša negatorijska zaštita, pa i njezin odštetni aspekt funkcionira pod drukčijim pretpostavkama, premda se kao nekakvu opću poveznicu može izdvojiti to što, niti prema našim pravilima o imisijskoj zaštiti nije nužno da je nastupiti šteta uslijed imisija. Ono što je posebno naglašeno jest nužnost ostvarenja pravične ravnoteže između javnog i pojedinačnog interesa.

Promatra li se obujam negatorijske zaštite i uspoređi sa zaštitom prava na život u zdravoj životnoj sredini ključno bi bilo to što je prvu moguće tražiti preventivno, a potonju ne, premda se može raditi, npr. i o varijanti u kojoj se povreda sastoji u tomu što je država propustila poduzeti određene preventivne mjere.

Sintetizira li se navedeno, naposljetku je moguće zaključiti da između negatorijske zaštite od imisija i zaštite koja se pruža pravu na život u zdravoj životnoj sredini postoje bitne razlike. Međutim, imajući u vidu mjesto koje Konvencija zauzima u našem pravnom sustavu i ulogu prakse Europskog suda u tom smislu nije nezamislivo, naravno uz pretpostavke koje zahtijeva temeljno konvencijsko načelo - načelo supsidijarnosti, da se u domaćoj praksi pojavi prigovor s naslova zaštite ovog prava onda kada bi se njegovim benefitima (a to bi mogla biti mogućnost da se na manje složen način utvrde pretpostavke relevantne za negatorijsku zaštitu) može poboljšati položaj ovlaštenika negatorijske zaštite. S druge strane, nije nevažna niti mogućnost da, imajući u vidu varijantu prema kojoj stvarnopravnoj zaštiti od imisija prethodi ona po posebnim propisima, zaštita ovog prava (prava na život u zdravoj životnoj sredini) omogućí prevladavanje diskrepancija koje u tom smislu postoje.

*LITERATURA*

1. CVETIĆ, M. R., Značaj negatorijske tužbe za zaštitu životne sredine, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 4, 2015.
2. CVETIĆ, R., Održivi razvoj i ekološka šteta, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, vol. 53, br. 68, 2014.
3. CZOBOLY, G., PORETTI, P., Procesnopravni aspekti zaštite okoliša u hrvatskom i mađarskom pravnom sustavu, u: Pravo - regije - razvoj (ŽUPAN, M., VINKOVIĆ, M., (ur.), Pravni fakultet Sveučilišta u Pečuhu i Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, Pečuh, Osijek, 2013.
4. Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Budipeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Editio Temmen, Bremen, 2003.
5. DZEHTSIROU, K., European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights, German Law Journal, vol. 12, 2011.
6. GAJINOV, T., Građanskopravna odgovornost za imisije (doktorski rad), Pravni fakultet, Sveučilišta u Novom Sadu, Novi Sad, 2015.
7. GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., Stvarno pravo, Sv. 1., 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.
8. GLIHA, I., JOSIPOVIĆ, T., Građanskopravna zaštita okoliša, u: LONČARIĆ-HORVAT, O., CVITANOVIĆ, L., GLIHA, I., JOSIPOVIĆ, T., MEDVEDOVIĆ, D., OMEJEC, J., SERŠIĆ, M., Pravo okoliša, 3. izmijenjeno i dopunjeno izd., Organizator, Zagreb, 2003.
9. GLIHA, I., Novo uređenje susjedskih odnosa u svjetlu prilagodbe hrvatskog građanskopravnog poretka europskim, u: Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Budipeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Editio Temmen, Bremen, 2003.
10. GOLUB, A., Zaštita prava vlasništva tužbom za prestanak uznemiravanja (negatorijskom tužbom), Hrvatska pravna revija, 2012., br. 11.
11. Građanskopravna zaštita okoliša : okrugli stol održan 7. lipnja 2017. u palači Akademije u Zagrebu / ur. BARBIĆ, J., HAZU, Zagreb, 2017.
12. JOSIPOVIĆ, T., Građanskopravna zaštita od štetnih imisija, u: Građanskopravna zaštita okoliša : okrugli stol održan 7. lipnja 2017. u palači Akademije u Zagrebu / ur. BARBIĆ, J., HAZU, Zagreb, 2017.
13. KAČER, H., Ekološka tužba - članak 156. Zakona o obveznim odnosima, Godišnjak 3, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, XI. tradicionalno savjetovanje - Opatija, 1996., Organizator, 1996.
14. KONTREC, D., Građanskopravna zaštita okoliša u sudskoj praksi, u: Građanskopravna zaštita okoliša: okrugli stol održan 7. lipnja 2017. u palači Akademije u Zagrebu / ur. BARBIĆ, J., HAZU, Zagreb, 2017.
15. LAZAREVIĆ, D., Službenosti i susedsko pravo, Prvo izdanje, Beograd, 2011.
16. LETSAS, G., Strasbourg's interpretive ethic: lessons for the international lawyer, European Journal of International Law, vol. 21, br. 3, 2010.
17. LONČARIĆ-HORVAT, O., CVITANOVIĆ, L., GLIHA, I., JOSIPOVIĆ, T., MEDVEDOVIĆ, D., OMEJEC, J., SERŠIĆ, M., Pravo okoliša, 3. izmijenjeno i dopunjeno izd., Organizator, Zagreb, 2003.
18. MAGANIĆ, A., Procesnopravni aspekti građanskopravne zaštite okoliša, u: Građanskopravna zaštita okoliša : okrugli stol održan 7. lipnja 2017. u palači Akademije u Zagrebu / ur. BARBIĆ, J., HAZU, Zagreb, 2017.
19. Manual on Human Rights and the Environment, Principles Emerging from the case-law of the European Convention on Human Rights, CoE Publishing, Strasbourg, 2006

20. MEDIĆ, D., Zaštita prava svojine u pravu Republike Srpske, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, vol. 4., br. 4., 2014.
21. MEDVEDOVIĆ, D., Razvoj upravnopravne zaštite okoliša u Hrvatskoj, u: *Upravnopravna zaštita okoliša - gdje smo bili, a gdje smo sada?: okrugli stol održan 23. listopada 2014. u palači Akademije u Zagrebu / ur. BARBIĆ, J., (poseban otisak), HAZU, Zagreb, 2015.*
22. MIHELČIĆ, G., MAROCHINI, M., Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, vol. 35, br.1., 2014.
23. MOŽINA, D., *Odškodninska odgovornost države, Pravni letopis 2013.*
24. OFAK, L., *Primjena Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u sporovima koji se tiču zaštite okoliša, Hrvatska pravna revija, 2012., br. 4.*
25. OMEJEC, J., Zaštita okoliša u praksi Europskog suda za ljudska prava, u: *Upravnopravna zaštita okoliša - gdje smo bili, a gdje smo sada?: okrugli stol održan 23. listopada 2014. u palači Akademije u Zagrebu / ur. BARBIĆ, J., HAZU, Zagreb, 2015.*
26. *Parliamentary Assembly, Doc. 12043 29 September 2009, Preparation of an additional protocol to the European Convention on Human Rights, on the right to a healthy environment, Opinion 1, Committee on Legal Affairs and Human Rights.*
27. *Pravo - regije - razvoj (ŽUPAN, M., VINKOVIĆ, M., (ur.), Pravni fakultet Sveučilišta u Pečuhu i Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, Pečuh, Osijek, 2013.*
28. PROSO, M., *Građanskopravna odgovornost u području zaštite okoliša, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 52., br. 3., 2015.*
29. RAŠOVIĆ, Z., *Negatorna tužba, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1-2., 2006.*
30. SARVAN, D., *Povreda ljudskog prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života i doma zbog neobavljanja i neodgovarajuće kvalitete komunalnih usluga, <http://www.iusinfo.hr/Article/Content.aspx?SOP1=CLN20V01D2018B1127>.*
31. ŠAGO, D., *Ekološka tužba kao instrument građanskopravne zaštite okoliša Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 50, br. 4., 2013.*
32. *Upravnopravna zaštita okoliša — gdje smo bili, a gdje smo sada?: okrugli stol održan 23. listopada 2014. u palači Akademije u Zagrebu / ur. BARBIĆ, J., HAZU, Zagreb, 2015.*
33. VARJU, M., *Transition as a concept of European human rights law, European Human Rights Law Review, vol. 170., 2009.*
34. WILDHABER, L., *The European Court of Human Rights in Action, Ritsumeikan Law Review, vol. 83, br. 21., 2004.*

#### Popis presuda i odluka ESLJP

1. *Bistrović protiv Hrvatske, zahtjev br. 25774/05, presuda od 31. svibnja 2007.*
2. *Bor protiv Mađarske, zahtjev br. 50474/08, presuda od 18. lipnja 2013.*
3. *Branduse protiv Rumunjske, zahtjev br. 6586/03, presuda od 7. travnja 2009.*
4. *Brincat i ostali protiv Malte, zahtjevi br. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, presuda od 24. srpnja 2010.*
5. *Brosset-Triboulet i ostali protiv Francuske, zahtjev br. 34078/02, presuda od 29. ožujka 2010.*
6. *Budayeva i ostali protiv Rusije, zahtjevi br. 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, presuda od 20. ožujka 2008.*
7. *Cokarić protiv Hrvatske, zahtjev br. 33212/02, odluka od 19. siječnja 2006.*
8. *Cuenca Zarzoso protiv Španjolske, zahtjev br. 23383/12, presuda od 16. siječnja 2018.*
9. *Dees protiv Mađarske zahtjev br. 2345/06 , presuda od 9. studenog 2010.*
10. *Depalle protiv Francuske, zahtjev br. 34044/02, presuda od 29. ožujka 2010.*
11. *Di Sarno i drugi protiv Italije, zahtjev br. 30765/08, presuda od 10. siječnja 2012.*
12. *Dubetska i ostali protiv Ukrajine, zahtjev br. 30499/03, presuda od 10. veljače 2011.*

13. Dzemyuk protiv Ukrajine, zahtjev br. 42488/02, presuda od 4. rujna 2014.
14. Elefteriadis protiv Rumunjske, zahtjev br. 38427/05, presuda od 25. siječnja 2011.
15. Fadeyeva protiv Rusije, zahtjev br. 55723/00, presuda od 9. lipnja 2005.
16. Flamenbaum i ostali protiv Francuske, zahtjevi br. 3675/04 23264/04, presuda od 13. prosinca 2012.
17. Florea protiv Rumunjske, zahtjev br. 37186/03, presuda od 14. rujna 2010.
18. Grimkovskaya protiv Ukrajine, zahtjev br. 38182/03, presuda od 21. srpnja 2011.
19. Guerra i ostali protiv Italije, zahtjev br. 14967/89, [VV] presuda od 19. veljače 1998.
20. Hatton i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 36022/97, presuda od 2. listopada 2001.
21. Hatton i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 36022/97, [VV] presuda od 7. ožujka 2003.
22. Konig protiv Njemačke, zahtjev br. 6232/73, presuda od 28. lipnja 1978.
23. Kyrtatos protiv Grčke, zahtjev br. 41666/98, presuda od 22. svibnja 2003.
24. L.C.B. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 23413/94, presuda od 9. lipnja 1998.
25. Ledyayeva i ostali protiv Rusije, zahtjevi br. 53157/99, 53247/99, 53695/00 i 56850/00, presuda od 26. listopada 2006.
26. Lemke protiv Turske, zahtjev br. 17381/02, presuda od 5. lipnja 2007.
27. Leon i Angieszka Kaina protiv Poljske, zahtjev br. 12605/03, presuda od 21. listopada 2009.
28. Lopez Ostra protiv Španjolske, zahtjev br. 16798/90, presuda od 9. prosinca 1994.
29. Luginbühl protiv Švicarske, zahtjev br. 42756/02, odluka od 17. siječnja 2006.
30. Malfatto i Mieille protiv Francuske, zahtjevi br. 40886/06 51946/07, presuda od 6. listopada 2016.
31. Marckx protiv Belgije, zahtjev br. 6833/74, presuda od 13. lipnja 1979.
32. McGinley i Egan protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjevi br. 21825/93, 23414/94, presuda od 28. siječnja 2000.
33. Moreno Gomez protiv Španjolske, zahtjev br. 4143/02, od 16. studenog 2004.
34. Oluić protiv Hrvatske, zahtjev br. 61260/08, presuda od 20. svibnja 2010.
35. Öneriyıldız protiv Turske, zahtjev br. 48939/99, presuda od 30. studenog 2004.
36. Özel i ostali protiv Turske, zahtjevi br. 14350/05 15245/05 16051/05, presuda od 17. studenog 2017.
37. Powell i Rayner protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 310/81, presuda od 21. veljače 1990.
38. Ringeisen protiv Austrije, zahtjev br. 2614/65, presuda od 16. srpnja 1971.
39. Roche protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 32555/96, presuda od 19. listopada 2005.
40. Taskin i ostali protiv Turske, zahtjev br. 46117/99, presuda od 10. studenog 2004.
41. Tatar protiv Rumunjske, zahtjev br. 67021/01, presuda od 27. siječnja 2009.
42. Turgut i ostali protiv Turske, zahtjev br. 1411/03, presuda od 8. srpnja 2008.
43. Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 5856/72, presuda od 25. travnja 1978.
44. Udovičić protiv Hrvatske, zahtjev br. 27310/09, presuda od 24. travnja 2014.
45. Vilnes i ostali protiv Norveške, zahtjevi br. 52806/09, 22703/10, presuda od 5. prosinca 2013.



**Gabrijela Mihelčić\***

**Maša Marochini Zrinski\*\***

Summary

## **COEXISTENCE OF *ACTIO NEGATORIA* AND THE RIGHT TO LIVE IN A HEALTHY ENVIRONMENT**

The authors analyse the national protection from emissions, in the first place, a property law component of this regime. Domestic regulation of the protection of property rights from harassment was brought in the perspective of the protection that the European Court of Human Rights provides for the right to live in a healthy environment, primarily through the protection of rights under Art. 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (right to respect for private and family life and home). In the context of the latter, the authors have analysed the interpretative methods used by the European Court and explored the following features: the requirement that environmental and environmental impacts and disturbances violate the Convention right, that is, the existence of a specific Convention causal link; the category of minimum level of severity; oscillation of the "quantum" of minimum level of severity within conventional "fluctuations"; and the scope (and type) of protecting the right to live in a healthy environment through the paradigm of the positive / negative obligations of the Contracting States.

*Keywords: the right to live in a healthy environment, Article 8 of the Convention, actio negatoria, emissions.*

Zusammenfassung

## ***ACTIO NEGATORIA* ALS RECHTSMITTEL ZUR ABWEHR VON IMMISSIONEN IN EINER GESUNDEN UMGEBUNG**

In dieser Arbeit wird die nationale Regelung des Immissionsschutzes, insbesondere seine sachenrechtliche Komponente, analysiert. Nationale Regelung des Schutzes der Eigentumsrechte vor Beeinträchtigungen ist aus der Perspektive des von dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angebotenen Schutzes des Rechts auf Leben in einer gesunden Umgebung zu betrachten, vor allem aus der

---

\* Gabrijela Mihelčić, Associate Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; gabrijela@pravri.hr.

\*\* Maša Marochini Zrinski, Assistant Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; mmarochini@pravri.hr.

Perspektive des Schutzes des im Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleisteten Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Im Zusammenhang mit dem letztgenannten Recht werden in dieser Arbeit die von dem EGMR beim Schutz dieses Rechts benutzten Auslegungsgrundsätze und Methoden analysiert. Ebenfalls werden die folgenden Merkmale erforscht: die Anforderung, dass umweltbezogene Einwirkungen und Beeinträchtigungen das Konventionsrecht verletzen; der Minimalgrad der Schwere des Verstoßes; die Schwankungen des “Quantums” des Minimalgrades der Schwere des Verstoßes im Rahmen konventionsrechtlicher “Dilemmas”; und der Umfang (und Arten) des Schutzes des Rechts auf Leben in einer gesunden Umgebung durch das Paradigma positiver/negativer Verpflichtungen von Vertragsstaaten.

**Schlüsselwörter:** *das Recht auf Leben in einer gesunden Umgebung, Art. 8 der EMRK, Schutz durch actio negatoria, Immissionen.*

Riassunto

## **LA COESISTENZA DELL'AZIONE NEGATORIA E DEL DIRITTO ALLA SALUBRITÀ DELL'AMBIENTE DI VITA**

Le autrici nel lavoro analizzano la disciplina nazionale della tutela da immissioni, in primo luogo prestando attenzione ai profili di diritto reale. La disciplina nazionale della tutela del diritto di proprietà da molestie è messa in correlazione con la tutela che la Corte Europea dei diritti dell'uomo offre alla vita in un ambiente salubre; ciò anzi tutto mediante la tutela del diritto di cui all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (diritto al rispetto del vita privata e familiare e diritto alla casa). Alla luce di ciò si disaminano i principi di interpretazione ed i metodi dei quali si serve la Corte Europea nella creazione e nella tutela. S'indaga altresì con riguardo: alla pretesa che l'effetto e le molestie dall'esterno e dall'ambiente familiare violino il diritto convenzionale, ovvero l'esistenza di uno specifico nesso di causalità convenzionale; alla categoria del grado minimo di serietà; alla oscillazione del “quantum” del grado minimo di serietà nel quadro convenzionale di “fluttuazione” e lo scopo (ed il genere) di protezione del diritto alla salubrità dell'ambiente di vita attraverso il paradigma degli obblighi positivi e negativi degli stati contraenti.

**Parole chiave:** *diritto alla salubrità dell'ambiente di vita, art. 8 della Convenzione, azione negatoria, immissioni.*

## USKLAĐIVANJE HRVATSKOGA ZAKONODAVSTVA S PRAVOM EU-A U PODRUČJU ZAŠTITE VODA S POSEBNIM OSVRTOM NA SUDJELOVANJE JAVNOSTI I PRISTUP PRAVOSUĐU

Izv. prof. dr. sc. Lana Ofak\*

UDK 351.79::061.1EU

351.79(497.59)

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.9>

Ur.: 22. siječnja 2018.

Pr.: 22. veljače 2018.

Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*Pravna zaštita voda pravno je područje s najviše pokrenutih postupaka protiv država članica Europske unije zbog povreda prava okoliša. Pored toga, u Europskom izvješću o okolišu – Stanje i izgledi 2015., utvrđeno je da su države članice Europske unije daleko od uspostavljanja zdravih vodnih sustava, a cilj ostvarenja dobrog stanja u 2015. postignut je za samo polovinu kopnenih voda. U ovom će se radu analizirati pojedini aspekti pravne zaštite voda koje su države članice Europske unije dužne osigurati temeljem Okvirne direktive o vodama. U radu će se preispitati usklađenost hrvatskoga zakonodavstva s odredbama Okvirne direktive o vodama i Konvencije o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša (Aarhuška konvencija), koje je Sud Europske unije protumačio u presudama C-461/13 Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (“Weser”) te C-664/15 Protect Natur, Arten-und Landschaftschutz Umweltorganisation. U radu će se također ponuditi rješenja za usklađivanje hrvatskoga zakonodavstva s odredbama Okvirne direktive o vodama i Aarhuške konvencije.*

**Ključne riječi:** *Okvirna direktiva o vodama, Aarhuška konvencija, Zakon o vodama, Zakon o zaštiti okoliša, praksa Suda Europske unije.*

\* Dr. sc. Lana Ofak, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta u Zagrebu; lana.ofak@pravo.hr. Ovaj rad nastao je u okviru projekta Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu “Novi hrvatski pravni sustav”.

## 1. UVOD

Zaštita voda od onečišćenja jedno je od područja prava okoliša Europske unije (tada: Europskih zajednica) koje se, u skladu s prioritetima utvrđenima u prvom Programu djelovanja Zajednice za okoliš iz 1973. godine,<sup>1</sup> počelo najranije razvijati. Usvajanje propisa vezanih za zaštitu slatkih voda odvijalo se u tri vala.<sup>2</sup> U prvom valu od 1975. do 1980. doneseno je osam direktiva, počevši od Direktive 75/440/EEZ o kvaliteti površinske vode namijenjene zahvaćanju pitke vode<sup>3</sup> do usvajanja Direktive 80/68/EEZ o zaštiti podzemnih voda od onečišćenja izazvanog određenim opasnim tvarima.<sup>4</sup> Riječ je bila o direktivama kojima je cilj bio uspostaviti standarde kakvoće vezane za određene tipove vode (površinsku vodu za piće, vodu za kupanje, slatku vodu u kojoj žive ribe, slatku vod u kojoj žive školjkaši, vodu za ljudsku potrošnju)<sup>5</sup> te zaštititi vodu od onečišćenja opasnim tvarima.<sup>6</sup> U drugom valu koji se dogodio 1991. godine, usvojene su Direktiva o pročišćavanju komunalnih otpadnih voda<sup>7</sup> i Direktiva o zaštiti voda od onečišćenja uzrokovanog nitratima iz poljoprivrednih izvora<sup>8</sup>. U trećem valu donesena je, tzv. Okvirna direktiva o vodama, 2000. godine.<sup>9</sup>

- 1 Declaration of the Council of the European Communities and of the representatives of the Governments of the Member States meeting in the Council of 22 November 1973 on the programme of action of the European Communities on the environment, SL C 112, 20.12.1973., str. 1.
- 2 V. Jans, J. H., Vedder, H. H. B., *European Environmental Law – After Lisbon*, 4th ed., Europa Law Publishing, Groningen, 2012., str. 391. i Grimeaud, D., *Reforming EU Water Law: Towards Sustainability?*, *European Environmental Law Review*, vol. 10, br. 2, 2001., str. 41–43. Jans i Vedder govore o četiri vala, budući da pod istim poglavljem (zakonodavstvo koje se odnosi na zaštitu voda) razmatraju zaštitu i slatke i morske vode. Zaštita morske vode neće se razmatrati u ovom radu.
- 3 Direktiva 75/440/EEZ od 16. lipnja 1975. o kvaliteti površinske vode namijenjene zahvaćanju pitke vode u državama članicama, SL L 194, 25.7.1975., str. 26.
- 4 Direktiva Vijeća 80/68/EEZ od 17. prosinca 1979. o zaštiti podzemnih voda od onečišćenja izazvanog određenim opasnim tvarima, SL L 20, 26.1.1980., str. 43.
- 5 Direktiva 75/440/EEZ, op. cit. (bilj. 4), Direktiva Vijeća 79/869/EEZ od 9. listopada 1979. o mjernim metodama i učestalosti uzorkovanja i analize površinske vode namijenjenih zahvaćanju pitke vode u državama članicama, SL L 271, 29.10.1979., str. 44., Direktiva Vijeća 76/160/EEZ od 8. prosinca 1975. o kakvoći vode za kupanje, SL L 31, 5.2.1976., str. 1., Direktiva Vijeća 78/659/EEZ od 18. srpnja 1978. o kvaliteti slatkih voda kojima je potrebna zaštita ili poboljšanje kako bi bile pogodne za život riba, SL L 222, 14.8.1978., str. 1., Direktiva Vijeća 79/923/EEZ od 30. listopada 1979. o propisanoj kvaliteti vode u kojoj žive školjkaši, SL L 281, 10.11.1979., str. 47. i Direktiva Vijeća 80/778/EEZ od 15. srpnja 1980. o kvaliteti vode namijenjene ljudskoj potrošnji, SL L 229, 30.8.1980., str. 11.
- 6 Direktiva Vijeća 76/464/EEZ od 4. svibnja 1976. o onečišćenju uzrokovanom ispuštanjem određenih opasnih tvari u vodeni okoliš Zajednice, SL L 129, 18.5.1976., str. 23. i Direktiva 80/68/EEZ, op. cit. (bilj. 5).
- 7 Direktiva Vijeća 91/271/EEZ od 21. svibnja 1991. o pročišćavanju komunalnih otpadnih voda, SL L 135, 30.5.1991., str. 40., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 001., str. 5.
- 8 Direktiva Vijeća 91/676/EEZ od 12. prosinca 1991. o zaštiti voda od onečišćenja uzrokovanog nitratima iz poljoprivrednih izvora, SL L 375, 31.12.1991., str. 1., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 006., str. 6.
- 9 Direktiva 2000/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. listopada 2000. o uspostavi okvira

Današnje zakonodavstvo EU-a koje se odnosi na područje zaštite slatkih voda može se podijeliti na sljedeće kategorije: (1) opći pravni okvir, (2) posebni načini upotrebe vode te (3) ispuštanje tvari.<sup>10</sup> U tablici 1. sažeto su prikazani propisi EU-a koji se odnose na pravnu zaštitu i upravljanje vodama.<sup>11</sup>

Tablica 1. Zakonodavstvo Europske unije u području pravne zaštite i upravljanja vodama

Opći pravni okvir	Direktiva 2000/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. listopada 2000. o uspostavi okvira za djelovanje Zajednice u području vodne politike (dalje u tekstu: Okvirna direktiva o vodama) Direktiva Vijeća 91/271/EEZ od 21. svibnja 1991. o pročišćavanju komunalnih otpadnih voda Direktiva 2007/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. listopada 2007. o procjeni i upravljanju rizicima od poplava <sup>13</sup>
Posebni načini upotrebe vode	Direktiva Vijeća 2013/51/Euratom od 22. listopada 2013. o utvrđivanju zahtjeva za zaštitu zdravlja stanovništva od radioaktivnih tvari u vodi namijenjenoj za ljudsku potrošnju <sup>14</sup> Uredba Komisije (EU) br. 115/2010 od 9. veljače 2010. o utvrđivanju uvjeta za korištenje aktivnog aluminijevog oksida za uklanjanje fluorida iz prirodnih mineralnih voda i izvorskih voda <sup>15</sup> Direktiva 2006/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 15. veljače 2006. o upravljanju kvalitetom vode za kupanje i stavljanju izvan snage Direktive 76/160/EEZ <sup>16</sup> Direktiva Vijeća 98/83/EZ od 3. studenoga 1998. o kvaliteti vode namijenjene za ljudsku potrošnju <sup>17</sup>

za djelovanje Zajednice u području vodne politike, SL L 327, 22.12.2000., str. 1., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 001., str. 48.

10 Usp. EUR-Lex, Sažeci zakonodavstva EU-a, Okoliš i klimatske promjene, Zaštita voda i gospodarenje vodama, <http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/environment/2006.html?root=2006>, pristup: 4. siječnja 2017.

11 Ibid. Iz prikaza su isključeni međunarodni ugovori.

12 SL L 288, 6.11.2007., str. 27., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 001., str. 186.

13 SL L 296, 7.11.2013., str. 12.

14 SL L 37, 10.2.2010., str. 13., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 13., sv. 038, str. 241.

15 SL L 64, 4.3.2006., str. 37, Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 006., str. 179.

16 SL L 330, 5.12.1998., str. 32, Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 006., str. 51.

Ispuštanje tvari	<p>Direktiva 2008/105/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2008. o standardima kvalitete okoliša u području vodne politike i o izmjeni i kasnijem stavljanju izvan snage Direktiva Vijeća 82/176/EEZ, 83/513/EEZ, 84/156/EEZ, 84/491/EEZ, 86/280EEZ i izmjeni Direktive 2000/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća<sup>18</sup></p> <p>Direktiva 2010/75/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 24. studenoga 2010. o industrijskim emisijama (integrirano sprečavanje i kontrola onečišćenja)<sup>19</sup></p> <p>Uredba (EZ) br. 648/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o deterdžentima<sup>20</sup></p> <p>Direktiva Vijeća 91/676/EEZ od 12. prosinca 1991. o zaštiti voda od onečišćenja uzrokovanog nitratima iz poljoprivrednih izvora</p> <p>Direktiva 2006/118/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o zaštiti podzemnih voda od onečišćenja i pogoršanja stanja<sup>21</sup></p>
------------------	--

Pored zakonodavstva prikazanog u tablici 1., na zaštitu voda primjenjuju se i drugi propisi prava okoliša Europske unije, od kojih je važno istaknuti Direktivu o procjeni utjecaja određenih javnih i privatnih projekata na okoliš,<sup>20</sup> Direktivu o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore<sup>21</sup> te Direktivu o odgovornosti za okoliš u pogledu sprečavanja i otklanjanja štete u okolišu.<sup>22</sup> Statistički podatci o postupcima koje pokreće Europska komisija protiv država članica pokazuju da je područje zaštite okoliša na samom vrhu najčešćih povreda. Na kraju 2016. godine bilo je 269 otvorenih postupaka protiv država u tom području.<sup>23</sup> Samo jedan predmet više (270) imalo je područje unutarnjeg tržišta, industrije, poduzetništva i malih i srednjih poduzeća.<sup>24</sup> U području okoliša najviše se postupaka odnosilo na povrede u području zaštite voda i upravljanja vodama (25,65 %), a iduće najzastupljenije povrede odnose se na gospodarenje otpadom (21,56 %).<sup>25</sup>

S obzirom na opsežnost teme zbog velikoga broja propisa Europske unije kojima

17 SL L 348, 24.12.2008., str. 84., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 006., str. 235.

18 SL L 334, 17.12.2010., str. 17–119., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: poglavlje 15., sv. 15., str. 159.

19 SL L 104, 8.4.2004., str. 1., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 13., sv. 053., str. 74.

20 Direktiva 2011/92/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o procjeni učinaka određenih javnih i privatnih projekata na okoliš, SL L 26, 28.1.2012., str. 1., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 027, str. 3.

21 Direktiva Vijeća 92/43/EEZ od 21. svibnja 1992. o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore, SL L 206, 22.7.1992., str. 7., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 002., str. 14.

22 Direktiva 2004/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o odgovornosti za okoliš u pogledu sprečavanja i otklanjanja štete u okolišu, SL L 143, 30.4.2004., str. 56, Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 026., str. 58.

23 Izvor: Europska komisija, Izvješće Komisije – Praćenje primjene zakonodavstva Europske unije, Godišnje izvješće za 2016., Bruxelles, 6.7.2017., COM/2017/0370 final, str. 26.

24 European Commission, Commission Staff Working Document, Part I: Policy areas, Accompanying the document, Monitoring the application of European Union law, 2016 Annual Report, Brussels, 6.7.2017, SWD(2017) 259 final, str. 27.

25 V. *ibid.*, str. 27.

se uređuje zaštita voda, ovaj rad će se ograničiti na pojedine aspekte pravne zaštite rijeka koje su države članice dužne osigurati temeljem Okvirne direktive o vodama. U radu će se preispitati usklađenost hrvatskoga zakonodavstva s odredbama Okvirne direktive o vodama i Konvencije o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša koje je Sud Europske unije protumačio u presudama C-461/13<sup>26</sup> te C-664/15<sup>27</sup>.

## 2. OKVIRNA DIREKTIVA O VODAMA

Okvirna direktiva o vodama (dalje i: ODV) teško je razumljiv pravni propis s odredbama koje su u velikoj mjeri složene i stručne. Osim toga, kako u svom mišljenju u predmetu C-461/13 navodi nezavisni odvjetnik Jääskinen, “mnoge poteškoće uzrokuje zakonodavna tehnika koja se sastoji od brojnih upućivanja u jednoj odredbi na drugu odredbu i druge akte kao i na mnoge iznimke kojima nije jasno utvrđen doseg”.<sup>28</sup>

Premda je Direktiva usvojena 2000. godine, do sada su u samo pet postupaka nacionalni sudovi podnijeli zahtjev za prethodnu odluku u vezi s tumačenjem njezinih odredaba (prethodno spomenuti predmeti C-461/13 i C-664/15 te C-43/10,<sup>29</sup> C-529/15<sup>30</sup> i C-686/15<sup>31</sup>).

Okvirna direktiva o vodama primjenjuje se na zaštitu kopnenih površinskih voda, prijelaznih voda, obalnih voda i podzemnih voda. Sve te vode na koje se primjenjuje Direktiva pripadaju jednoj od “jedinica” – riječnom slivu, vodnom području i vodnom tijelu.<sup>32</sup> Riječni sliv je površina tla s koje se sve površinsko otjecanje (putem niza potoka, rijeka, a moguće i jezera) slijeva u more (čl. 2. t. 13. ODV-a). Vodno područje je površina koja se sastoji od jednog ili više susjednih riječnih slivova zajedno s njihovim pripadajućim podzemnim i obalnim vodama i koja čini glavnu jedinicu za upravljanje riječnim slivovima (čl. 2. t. 15. ODV-a). U Republici Hrvatskoj za upravljanje riječnim slivovima utvrđena su dva vodna područja: vodno područje rijeke Dunav i Jadransko vodno područje (čl. 31. st. 1. Zakona o vodama).<sup>33</sup>

Cilj pojma vodnog tijela je utvrditi sve karakteristike i sadašnje stanje voda.<sup>34</sup>

26 C-461/13 – *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, presuda Suda (veliko vijeće) od 1. srpnja 2015., ECLI:EU:C:2015:433.

27 C-664/15 – *Protect Natur-, Arten- und Landschaftschutz Umweltorganisation*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 December 2017, ECLI:EU:C:2017:987 (presuda nije prevedena na hrvatski jezik).

28 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Niila Jääskinena od 23. listopada 2014., predmet C-461/13, ECLI:EU:C:2014:2324, točka 4.

29 C-43/10 – *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias and Others*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 September 2012, ECLI:EU:C:2012:560 (presuda nije prevedena na hrvatski jezik).

30 C-529/15 – *Folk*, Presuda Suda (prvo vijeće) od 1. lipnja 2017., ECLI:EU:C:2017:419.

31 C-686/15 – *Vodoopskrba i odvodnja*, Presuda Suda (šesto vijeće) od 7. prosinca 2016., ECLI:EU:C:2016:927.

32 Mišljenje nezavisnog odvjetnika, op. cit. (bilj. 30), točka 9.

33 Narodne novine, br. 153/2009, 63/2011, 130/2011, 56/2013, 14/2014.

34 Mišljenje nezavisnog odvjetnika, op. cit. (bilj. 30), točka 10.

Tijelo površinske vode jasno je određen i značajan dio (element) površinske vode, kao što je jezero, akumulacija, potok, rijeka ili kanal, dio potoka, rijeke ili kanala, prijelazna voda ili pojas obalne vode (čl. 2. t. 10. ODV-a). Tijela površinskih voda unutar vodnog područja svrstavaju se u jednu od sljedećih kategorija – rijeke, jezera, prijelazne vode ili obalne vode – ili kao umjetna ili znatno promijenjena tijela površinskih voda (Prilog II. t. 1.1. i. ODV-a). Umjetno vodno tijelo je tijelo površinske vode stvoreno ljudskom aktivnošću (čl. 2. t. 8.). Znatno promijenjeno vodno tijelo je svako tijelo kojem je zbog fizičkih promjena nastalih ljudskom aktivnošću bitno promijenjen karakter (čl. 2. t. 9. ODV-a).

Sustav upravljanja vodama koji se zahtijeva Direktivom mora ispunjavati nekoliko ključnih pretpostavki.

Kao prvo, ciljevi upravljanja vodama moraju se temeljiti na cjelokupnom ekološkom stanju voda, uzimajući u obzir biološke, fizičko-kemijske i hidromorfološke karakteristike. To zahtijeva od država članica poduzimanje opsežnih analiza kako bi utvrdile koliko je ljudska aktivnost utjecala na ekološko stanje voda te klasificiranje voda prema kategorijama njihovog “stanja”. Ekološko stanje svakoga tipa vodnog tijela izražava se u klasifikacijskom sustavu utvrđenim u Prilogu V. Direktive.

Kao drugo, sukladno Direktivi sve vode moraju ostvariti “dobro ekološko stanje”, “dobar ekološki potencijal” (znatno promijenjena i umjetna vodna tijela) ili “dobro stanje” (podzemne vode) ili se njihovo vrlo dobro stanje mora održati, uz moguća određene iznimke.

I kao treće, Direktiva zahtijeva da se upravljanje vodama poduzme na sveobuhvatan i integriran način izradom planova upravljanja riječnim slivovima. Potrebno je izraditi planove za svaki riječni sliv, koji može uključivati više od jedne države članice. Svaki plan definira značajke vodnog područja, prikazuje sve značajne pritiske i utjecaje ljudske aktivnosti na stanje voda, određuje program mjera za ispravljanje problema i utvrđuje program praćenja za opću procjenu stanja voda i za specifične rizike koji im prijete. Pri izradi plana države članice moraju uključiti javnost, a plan se koristi i za izvješćivanje Europske komisije.<sup>35</sup>

### **2.1. Predmet C-461/13 *Weser* – pravna priroda ciljeva zaštite voda**

Predmet C-461/13 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e. V. protiv Bundesrepublik Deutschland* skraćeno je poznat pod imenom *Weser* jer se odnosio na tu rijeku koja prolazi kroz grad Bremen i ulijeva se u Sjeverno more kod grada Bremerhavena. Savezno njemačko upravno tijelo, odobrilo je tri projekta koja su se odnosila na uređenje rijeke. U biti riječ je o zahvatima produbljivanja kanala kako bi veliki, osobito kontejnerski brodovi, mogli stići do luka Bremerhaven, Brake i Bremen. Javni interes u korist provedbe ovih projekata očitovao se u održavanju radnih mjesta te jačanju gospodarstva (proizvodnja čelika i automobila). Projektom bi se, također, podupirale njemačke luke u natjecanju protiv konkurencije drugih luka

35 Farmer, A. M. (ur.), *Manual of European Environmental Policy*, Chapter 5.2: Water Framework Directive, Routledge, London, 2012., str. 3–4., <https://ieep.eu/publications/2014/11/chapter-5-water-and-marine>.



te bi se ostvarila zaštita prekomorskih dobavnih pravaca za Njemačku, kao i za druge europske zemlje.

Međutim, s druge strane, provedba tih projekata podrazumijevala bi iskopavanje dna rijeke u kanalima, s posljedicama povećanja brzine toka, rasta razine mora tijekom plime, povišenja najniže razine mora, povećanja saliniteta i granica slanih voda te povećanja muljevitosti riječnoga korita i izvan kanala.<sup>36</sup>

Sukladno Okvirnoj direktivi o vodama, ekološko stanje površinskih voda, kako pojašnjava nezavisni odvjetnik Jääskinen u svom mišljenju, utvrđuje se s “pomoću znanstvenog mehanizma koji se temelji na elementima kvalitete, odnosno biološkim (biljne i životinjske vrste), hidromorfološkim i fizičko-kemijskim, pri čemu se navedeni elementi ocjenjuju ovisno o pokazateljima (na primjer prisutnost beskralježnjaka ili riba u vodotoku)”.<sup>37</sup> Klasifikacija ekološkog stanja površinskih voda sastoji se od pet klasifikacijskih kategorija za biološke elemente (vrlo dobro stanje, dobro stanje, umjereno dobro stanje, siromašno i loše), i po tri kategorije (vrlo dobro stanje, dobro stanje, umjereno dobro stanje) za hidromorfološke i fizikalno-kemijske elemente.<sup>38</sup> Stanje površinske vode određuje se prema najlošijoj vrijednosti njezina ekološkog i kemijskog stanja.<sup>39</sup>

Ekološko stanje rijeke Weser već se smatra kritičnim i malo je vjerojatno da će rijeka Weser u bliskoj budućnosti doseći dobro ekološko stanje ili dobar ekološki potencijal.<sup>40</sup> Usprkos negativnim učincima provedbe projekta jaružanja dna rijeke, nadležno upravno tijelo u Njemačkoj odobrilo je projekte. Ocijenilo je da bi se, zbog utjecaja projekata, sadašnje stanje rijeke Weser moglo u nekim dijelovima znatno promijeniti nagore, ali da to ne bi dovelo do promjene razreda stanja prema Prilogu V. Okvirne direktive o vodama.<sup>41</sup>

Protiv te odluke udruga *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV* podnijela je tužbu pred nadležnim upravnim sudom. Savezni upravni sud (*Bundesverwaltungsgericht*) odlučio je prekinuti postupak i uputiti Sudu EU-a nekoliko prethodnih pitanja.

Pitanje kojim se Sud EU-a morao pozabaviti jest jesu li ciljevi zaštite voda, koji su propisani u Okvirnoj direktivi o vodama, pravno obvezujući ili ne?

Relevantni dio članka 4. ODV-a, koji ima naslov okolišni ciljevi, glasi:

“1. Provodeći programe mjera koji su utvrđeni planovima upravljanja riječnim slivovima:

(a) za površinske vode

i. Države članice provode potrebne mjere radi sprečavanja pogoršanja stanja svih površinskih voda, uz primjenu stavaka 6. i 7. i ne dovodeći u pitanje stavak 8.

ii. Države članice štite, poboljšavaju i obnavljaju sva tijela površinske vode,

36 Mišljenje nezavisnog odvjetnika, op. cit. (bilj. 30), točka 22.

37 Ibid., točka 47.

38 V. Alge, T. i dr., *Priručnik o načinu određivanja statusa voda i provedbi monitoringa*, Zelena akcija, Zagreb, 2012., str. 7–10.

39 Mišljenje nezavisnog odvjetnika, op. cit. (bilj. 30), točka 97. te presuda Suda EU-a C-461/13, op. cit. (bilj. 28) točka 59.

40 Ibid., mišljenje, točka 81.

41 Ibid., točka 24.

podložno primjeni podtočke iii. za umjetna i znatno promijenjena vodna tijela, u cilju postizanja dobrog stanja površinskih voda najkasnije 15 godina od datuma stupanja na snagu ove Direktive, sukladno odredbama iz Priloga V., podložno primjeni odgoda određenih u suglasnosti sa stavkom 4. i primjeni stavaka 5., 6. i 7., ne dovodeći u pitanje stavak 8.;

iii. Države članice štite i poboljšavaju sva umjetna i znatno promijenjena vodna tijela, u cilju postizanja dobrog ekološkog potencijala i dobrog kemijskog stanja površinskih voda najkasnije 15 godina od datuma stupanja na snagu ove Direktive, u skladu s odredbama iz Priloga V., podložno primjeni odgoda određenih u skladu sa stavkom 4. i uz primjenu stavaka 5., 6. i 7., ne dovodeći u pitanje stavak 8.; ...”.

Pojavila su se dva moguća tumačenja ove odredbe. Prvo je minimalističko tumačenje za koje su se zalagale njemačka i nizozemska vlada. Prema tom tumačenju Okvirna direktiva o vodama samo je sredstvo za planiranje upravljanja vodama te državama članicama ostavlja veliki manevarski prostor u smislu njezine provedbe. Direktiva se ne odnosi na kriterije za odobravanje konkretnih projekata.<sup>42</sup> S druge strane, udruga koja je podnijela tužbu, poljska vlada i vlada Ujedinjenog Kraljevstva kao i Komisija, zalagale su se za drugačije tumačenje prema kojemu se citirane odredbe članka 4. stavka 1. trebaju tumačiti na način da države članice, osim ako nisu predviđene iznimke, moraju uskratiti odobrenje projekta kada on može izazvati pogoršanje stanja tijela površinskih voda ili kada ugrožava postizanje dobrog stanja površinskih voda odnosno dobrog ekološkog potencijala i kemijskog stanja površinskih voda.<sup>43</sup>

Za razliku od Okvirne direktive o vodama koja okolišne ciljeve propisuje u članku 4., u članku 4. stavku 2. Zakona o vodama (dalje i: ZV) propisani su ciljevi upravljanja vodama:

“1. osiguranje dovoljnih količina kvalitetne pitke vode za vodoopskrbu stanovništva,

2. osiguranje potrebnih količina vode odgovarajuće kakvoće za različite gospodarske i osobne potrebe,

3. zaštita ljudi i njihove imovine od poplava i drugih oblika štetnog djelovanja voda i

4. postizanje i očuvanje dobrog stanja voda radi zaštite života i zdravlja ljudi, zaštite njihove imovine, zaštite vodnih i o vodi ovisnih ekosustava.”

Vidljivo je da su okolišni ciljevi, u određenoj mjeri, sadržani u točki 4. Međutim, detaljnije odredbe o ciljevima zaštite voda propisani su tek u članku 40. Zakona o vodama koji glasi: “Zaštita voda ima za cilj:

- spriječiti daljnje pogoršanje, zaštititi i poboljšati stanje vodnih ekosustava te, s obzirom na potrebe za vodom, kopnenih ekosustava i močvarnih područja izravno ovisnih o vodnim ekosustavima;
- promicati održivo korištenje voda na osnovi dugoročne zaštite raspoloživih vodnih resursa;
- bolje zaštititi i poboljšati stanje vodnog okoliša, među ostalim i putem

42 V. *ibid.*, točka 34.

43 *Ibid.*, točka 33.

- specifičnih mjera za postupno smanjenje ispuštanja, emisija i rasipanja opasnih tvari s prioritetne liste, te prekid ili postupno ukidanje ispuštanja, emisija ili rasipanja opasnih tvari s prioritetne liste;
- osigurati postupno smanjenje onečišćenja podzemnih voda i sprječavati njihovo daljnje onečišćenje, te
  - pridonijeti ublažavanju posljedica poplava i suša.
  - Ostvarenjem ciljeva iz stavka 1. ovoga članka pridonosi se:
  - očuvanju života i zdravlja ljudi,
  - osiguravanju dostatnih količina površinskih i podzemnih voda dobre kakvoće potrebnih za održivo, uravnoteženo i pravično korištenje voda,
  - znatnom smanjenju onečišćenja podzemnih voda,
  - zaštiti kopnenih površinskih voda i morskih voda,
  - postizanju ciljeva mjerodavnih međunarodnih ugovora, uključujući i one koji su usmjereni na uklanjanje onečišćenja morskog okoliša sukladno propisima kojima se osigurava prekidanje ili postupno ukidanje ispuštanja, emisije i rasipanja opasnih tvari s prioritetne liste, a s konačnim ciljem postizanja vrijednosti u morskom okolišu bliskih temeljnim koncentracijama tvari koje se prirodno javljaju i koncentracija oko nule za sintetske tvari i
  - sprječavanju daljnjeg pogoršanja te zaštiti i poboljšanju stanja vodnih ekosustava te, s obzirom na potrebe za vodom, kopnenih ekosustava i močvarnih područja izravno ovisnih o vodnim ekosustavima.

Zaštita voda ostvaruje se donošenjem provedbenih propisa iz ovoga poglavlja, nadzorom nad stanjem kakvoće voda i izvorima onečišćavanja, kontrolom onečišćenja, zabranom ispuštanja onečišćujućih tvari u vode i zabranom drugih radnji i ponašanja koja mogu izazvati onečišćenje vodnoga okoliša i okoliša u cjelini, građenjem i upravljanjem građevinama odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda te drugim mjerama usmjerenim očuvanju i poboljšavanju kakvoće i namjenske korisnosti voda.

Provedba mjera zaštite voda od onečišćenja ne može izravno ili neizravno povećati onečišćenje kopnenih voda.

Zaštita voda uključuje uvijek i zaštitu vodnog okoliša, a gdje je primjenjivo i drugih sastavnica okoliša.”

Ako usporedimo odredbe članka 4. ODV-a i članka 40. ZV-a, možemo uočiti da je ZV-om propisan općeniti cilj da “zaštita voda ima za cilj: – spriječiti daljnje pogoršanje ... vodnih ekosustava” (st. 1., prva alineja), ali nigdje nije izriekom navedena dužnost sprječavanja pogoršanja. Za razliku od toga, u članku 4. stavak 1. točka (a) podtočka i. ODV-a propisana je dužnost država članica da provode (engl. *shall implement*) potrebne mjere radi sprječavanja pogoršanja stanja svih površinskih voda.

Pored toga, u članku 40. stavku 1. ZV-a nije naveden cilj postizanja dobrog stanja voda, već je kao cilj propisano “poboljšati stanje vodnih ekosustava” (prva alineja) odnosno “bolje zaštititi i poboljšati stanje vodnog okoliša” (treća alineja). Međutim, postizanje i očuvanje dobrog stanja voda jest naveden kao cilj u točki 4. članka 4. stavka 2. ZV-a.

Kada, zatim, pogledamo kako je propisano da se zaštita voda u Hrvatskoj

ostvaruje, vidimo da je u članku 40. stavku 3. ZV-a nabrojano, *inter alia*, donošenje provedbenih propisa, nadzor nad stanjem kakvoće voda i izvorima onečišćenja, kontrola onečišćenja, zabrana ispuštanja onečišćujućih tvari u vode i drugih radnji i ponašanja koja mogu izazvati onečišćenje vodnog okoliša. Nažalost, ne postoji jasna odredba koja propisuje zabranu pogoršanja stanja voda.

Može se činiti da se ovim odredbama “samo” propisuju ciljevi kojima se teži i koji se nastoje postići te da stoga nije toliko važan način na koji su odredbe članka 4. ODV-a prenesene u Zakon o vodama. Međutim, u predmetu *Weser* njemački Savezni upravni sud je upravo to želio saznati, jesu li ciljevi propisani u Okvirnoj direktivi o vodama samo “težnje” ili su ipak pravnoobvezujući?

Prema shvaćanju Suda EU-a Direktiva u članku 4. stavku 1. propisuje dva različita cilja, koji su međusobno povezani. Prvi je cilj obveza sprečavanja pogoršanja, a drugi je cilj obveza poboljšanja.<sup>44</sup> Sud je sagledao kakvo značenje ove obveze imaju kod odlučivanja o odobravanju zahvata čija bi provedba mogla osujetiti njihovo ispunjenje. Znači li da se zahvat ne može odobriti ako bi mogao izazvati pogoršanje stanja tijela površinskih voda ili kad ugrožava postizanje dobrog stanja površinskih voda (osim ako nije predviđena iznimka)?<sup>45</sup>

Sud EU-a presudio je u korist takvog tumačenja. Odbio je tumačiti Direktivu na način da je riječ o pukom političkom instrumentu, odnosno da se obveze iz članka 4. stavka 1. (a) (i) do (iii) odnose samo na najbolja nastojanja država članica.<sup>46</sup>

Sud EU-a odgovorio je da članak 4. st. 1. točku (a) podtočke (i) do (iii) Okvirne direktive o vodama o okolišnim ciljevima “treba tumačiti na način da države članice, osim ako nije predviđeno izuzeće, moraju uskratiti odobrenje projekta kada on može izazvati pogoršanje stanja tijela površinskih voda ili kada ugrožava postizanje dobrog stanja površinskih voda odnosno dobrog ekološkog potencijala i kemijskog stanja tih voda do datuma određenog tom direktivom”.<sup>47</sup>

Koje su konkretne posljedice ove presude? Ciljevi zaštite okoliša propisani u članku 4. stavku 1. točki (a) ODV-a su pravno obvezujući. Što to znači? Čak i ako neki zahvat ispunjava sve uvjete temeljem drugih mjerodavnih propisa, ako će se zbog njegove provedbe pogoršati stanje površinskih voda, tada se ne smije izdati odobrenje za provedbu projekta. Međutim, moguće su iznimke. One su propisane u članku 4. stavku 7. ODV-a i prenesene su u članak 54.a Zakona o vodama. Iznimke su usporedno prikazane u tablici 2.

44 Presuda Suda EU-a C-461/13, op. cit. (bilj. 28), točka 39.

45 Ibid., točka 29.

46 Paloniitty, T., The Weser Case: Case C-461/13 Bund v Germany, *Journal of Environmental Law*, 2016., 28, str. 154.

47 Presuda Suda EU-a C-461/13, op. cit. (bilj. 28), točka 51.

Tablica 2. Iznimke od obveze sprječavanja pogoršanja i obveze poboljšanja

Okvirna direktiva o vodama	Zakon o vodama
<p data-bbox="332 371 426 396">Članak 4.</p> <p data-bbox="177 414 203 433">...</p> <p data-bbox="177 438 580 487">7. Države članice ne krše ovu Direktivu u slučaju:</p> <p data-bbox="177 493 580 748">— da je nepostizanje dobrog stanja podzemnih voda, dobrog ekološkog stanja ili, gdje je to odgovarajuće, dobrog ekološkog potencijala, ili nesprečavanje pogoršanja stanja površinskih ili podzemnih voda posljedica novonastalih promjena fizičkih karakteristika tijela površinske vode ili promjena razine tijela podzemne vode, ili</p> <p data-bbox="177 753 580 893">— da je nesprečavanje pogoršanja od vrlo dobrog stanja prema dobrom stanju tijela površinske vode rezultat novih ljudskih aktivnosti u području održivog razvoja</p> <p data-bbox="177 899 542 924">ako su zadovoljeni svi sljedeći uvjeti:</p> <p data-bbox="177 930 580 1008">(a) poduzeti su svi praktični koraci za ublažavanje negativnog utjecaja na stanje vodnog tijela;</p> <p data-bbox="177 1013 580 1354">(b) razlozi tih modifikacija i promjena izričito su navedeni i objašnjeni u planu upravljanja riječnim slivom iz članka 13. te da se ciljevi preispituju svakih šest godina;</p> <p data-bbox="177 1359 580 1359">(c) razlozi tih modifikacija i promjena od prevladavajućeg su javnog interesa i/ili su koristi za okoliš i društvo od postizanja ciljeva iz stavka 1. manji od koristi za ljudsko zdravlje, sigurnost i održivi razvoj, koje proizlaze iz tih modifikacija i promjena; i</p> <p data-bbox="177 1365 580 1525">(d) korisni ciljevi kojima služe te promjene stanja vode ne mogu se iz tehničkih razloga ili zbog nerazmjernih troškova postići drugim sredstvima koja predstavljaju znatno bolju ekološku opciju.</p>	<p data-bbox="628 371 1083 396">Neodstupanja od postizanja ciljeva zaštite voda</p> <p data-bbox="795 402 915 427">Članak 54.a</p> <p data-bbox="602 433 1108 687">Ne smatra se odstupanjem od postizanja ciljeva zaštite voda ako se ne uspije postići dobro stanje podzemnih voda, dobro ekološko stanje ili, gdje je to odgovarajuće, dobar ekološki potencijal, ili spriječiti pogoršanje stanja površinskih ili podzemnih voda uslijed novonastalih promjena fizičkih karakteristika površinskih voda ili promjena razine podzemnih voda, kada su ispunjeni svi sljedeći uvjeti:</p> <ul data-bbox="602 693 1108 1179" style="list-style-type: none"><li data-bbox="602 693 1108 748">• da su poduzeti svi praktični koraci za ublažavanje negativnog utjecaja na stanje vode;</li><li data-bbox="602 753 1108 862">• da su razlozi tih izmjena ili promjena izričito navedeni i objašnjeni u Planu upravljanja vodnim područjima, te da se ciljevi revidiraju svakih 6 godina;</li><li data-bbox="602 868 1108 1033">• da su razlozi tih izmjena i promjena od prevladavajućeg javnog interesa i/ili da su koristi za okoliš i društvo od postizanja ciljeva zaštite voda manji od koristi za ljudsko zdravlje, sigurnost i održivi razvoj koje proizlaze iz tih izmjena i promjena te</li><li data-bbox="602 1039 1108 1179">• da se korisni ciljevi kojima služe te promjene stanja vode ne mogu iz tehničkih razloga ili zbog nerazmjernih troškova postići drugim sredstvima koja predstavljaju znatno bolju ekološku varijantu.</li></ul> <p data-bbox="602 1184 1108 1354">Ne smatra se odstupanjem od postizanja ciljeva zaštite voda i ako se ne uspije spriječiti pogoršanje od vrlo dobrog stanja prema dobrom stanju površinskih voda uslijed novih ljudskih djelatnosti u sklopu održivog razvoja kada su ispunjeni svi uvjeti iz stavka 1. ovoga članka.</p>

U Europskom izvješću o okolišu – Stanje i izgledi 2015., utvrđeno je da su države članice daleko od ispunjenja ciljeva vodne politike i uspostavljanja zdravih vodnih sustava. Cilj ostvarenja dobrog statusa u 2015. postignut je za samo polovinu

kopnenih voda.<sup>48</sup> U tom pogledu znanstvenici dobro predviđaju da će pravni režim koji se primjenjuje na vode prijeći u “stanje iznimaka”.<sup>49</sup> To znači da će se češće početi koristiti iznimke propisane u članku 4. stavku 7. Okvirne direktive o vodama.<sup>50</sup> Sukladno članku 4. stavku 7. Direktivi, razlozi promjena moraju biti izričito navedeni i objašnjeni u Planu upravljanja vodnim područjima te se ciljevi moraju revidirati svakih šest godina. Praktična posljedica toga mogla bi značiti da će se pojedini projekti morati “staviti na čekanje” do narednog krug revidiranja, budući da se planovi upravljanja vodnim područjima mijenjaju svakih šest godina. Za očekivati je da će u pojedinim državama članicama doći do osmišljavanja novih postupaka odobravanja projekata koji će morati biti usklađeni s Okvirnom direktivom o vodama i presudom Suda EU-a u predmetu *Weser*.

Drugo pitanje na koje je Sud EU-a morao dati odgovor jest što to znači “pogoršanje stanja” tijela površinskih voda? Dva su moguća tumačenja tog pojma. Njemačka, nizozemska i poljska vlada te vlada Ujedinjenog Kraljevstva zalagale su se za, tzv. teoriju o razredu prema kojoj pogoršanje stanja obuhvaća samo negativne promjene koje dovode do klasificiranja rijeke u niži razred u smislu Priloga V. ODV-u.<sup>51</sup> Njemačko upravno tijelo odobrilo je projekt upravo jer su ocijenili da pogoršanje neće biti toliko da će dovesti do toga da rijeka padne u niži razred.

Udruga koja je podnijela tužbu, zalagala se za, tzv. *status quo* teoriju, prema kojoj pogoršanje stanja obuhvaća sve promjene stanja vodnog tijela.<sup>52</sup> Komisija je pak smatrala da pogoršanje postoji ako se stanje barem jednog elementa kvalitete kojim se procjenjuje ekološko stanje površinskih voda u smislu Priloga V. ODV-u pogorša za jedan razred.<sup>53</sup> Sud EU-a prihvatio je tu, tzv. “teoriju o kvaliteti elementa” prema kojoj “dolazi do pogoršanja čim se stanje barem jednog od elemenata kvalitete u smislu Priloga V. toj direktivi pogorša za jedan razred, iako takvo pogoršanje elementa kvalitete ne znači pogoršanje klasifikacije kvalitete tijela površinskih voda u cijelosti. Međutim, ako se dotični element kvalitete već nalazi u najnižem razredu, svako pogoršanje koje se na njega odnosi predstavlja “pogoršanje stanja” tijela površinskih voda u smislu navedenog članka 4. stavka 1. točke (a) podtočke (i).”<sup>54</sup>

Ovdje se otvara jedno važno pitanje. Što ako se radi o zahvatu (projektu) za koji se ne mora provesti procjena utjecaja na okoliš, a nema ni mogućeg značajnijeg utjecaja na ekološku mrežu? Kako zainteresirana javnost može sudjelovati u postupcima izdavanja odobrenja za takve projekte (vodopravni akti) koji mogu dovesti do pogoršanja ekološkog stanja površinskih voda? Naime, kada pogledamo Okvirnu direktivu o vodama države članice, ona u članku 14. stavku 1. propisuje da su države

48 Europska agencija za okoliš, Europsko izvješće o okolišu – stanje i izgledi 2015.: sinteza, 2015., str. 62.

49 Salm, D., *The Case for Smart Governance in European Water Law*, u: Vanheudsen B., Squintani, L. (eds.), *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects*, Cambridge, Intersentia, 2016., str. 223.

50 Ibid.

51 Mišljenje nezavisnog odvjetnika, op. cit. (bilj. 30), točka 89.

52 Ibid., točka 90.

53 Ibid., točka 88.

54 Presuda Suda EU-a C-461/13, op. cit. (bilj. 28), točka 70.

članice dužne poticati aktivno uključivanje svih zainteresiranih strana u njezinu provedbu, a osobito u izradu, preispitivanje i nadopunjavanje planova upravljanja riječnim slivovima. Hrvatski zakonodavac potpuno je zanemario dužnost iz prvoga dijela citirane odredbe te je jedino propisao da javnost ima pravo sudjelovati u izradi planskih dokumenata za upravljanje vodama (čl. 5. st. 8. ZV-a). Stoga, zaključno, smatramo da sudjelovanje javnosti u pitanjima koji se odnose na zaštitu voda nije usklađeno s pravom EU-a, o čemu će više riječi biti u idućem poglavlju.

### 3. AARHUŠKA KONVENCIJA

Konvencija o pristupu informacijama o okolišu, sudjelovanju javnosti i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša zaključena 1998. u Aarhusu (Danskoj), stupila je na snagu 2001. godine. Skraćeno se naziva Aarhuskom konvencijom (u daljnjem tekstu i: Konvencija). Cilj joj je doprinijeti zaštiti prava svake osobe sadašnjega i budućih naraštaja na život u okolišu pogodnom za njegovo ili njezino zdravlje i dobrobit. Radi ostvarenja navedenog cilja svaka stranka Konvencije dužna je jamčiti pravo pristupa informacijama, sudjelovanja javnosti u odlučivanju o okolišu i pristupa pravosuđu u pitanjima okoliša sukladno njezinim odredbama. Europska unija (tada: Europska zajednica)<sup>55</sup> potpisala je Konvenciju 25. lipnja 1998. u Aarhusu, međutim ratificirala ju je gotovo sedam godina kasnije kada je Vijeće Europske unije usvojilo Odluku o sklapanju Aarhuske konvencije u ime Europske zajednice.<sup>56</sup> Aarhuska konvencija je u Hrvatskoj stupila na snagu 25. lipnja 2007. godine.<sup>57</sup>

Odredbe Konvencije samo su minimum standarda ispod kojih stranka Konvencije ne smije ići. Stranke imaju pravo zadržati ili uvesti mjere kojima se osigurava širi pristup informacijama, opsežnije sudjelovanje javnosti u odlučivanju i širi pristup pravosuđu u pitanjima okoliša nego što se to traži Konvencijom.<sup>58</sup>

Sudjelovanje javnosti u odlučivanju u pitanjima okoliša pojavljuje se kao jedno od važnijih sredstava zaštite okoliša. Temelji se na tomu da je okoliš opće dobro, pa se odluke tijela javne vlasti koje bi mogle utjecati na okoliš moraju donijeti transparentno i uz uključivanje svih zainteresiranih. Tri se članka Aarhuske konvencije bave sudjelovanjem javnosti u odlučivanju o pitanjima okoliša – članak 6. koji se tiče odlučivanja o određenim djelatnostima, članak 7. o sudjelovanju u vezi s planovima, programima i politikama te članak 8. o sudjelovanju tijekom izrade

55 Ugovor iz Lisabona o izmjenama i dopunama Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o uspostavi Europske zajednice koji je stupio na snagu 1. prosinca 2009. ukinuo je razlikovanje između Europske zajednice i Europske unije te isključivo zadržava naziv Europska unija. Međutim, u vrijeme potpisivanja Aarhuske konvencije, Europska unija nije imala pravnu osobnost, već je međunarodnu pravnu osobnost imala samo Europska zajednica.

56 Council Decision of 17 February 2005 on the conclusion, on behalf of the European Community, of the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters (2005/370/EC), SL L 124, 17.05.2005., str. 1.

57 Zakon o potvrđivanju Konvencije objavljen je 12. siječnja 2007. u Narodnim novinama (dalje: NN) – Međunarodni ugovori, br. 1/2007, a Konvencija je u Hrvatskoj stupila na snagu devedesetoga dana od datuma kada je položila ispravu o ratifikaciji sukladno čl. 20. st. 3. Konvencije.

58 Čl. 3. st. 5. Aarhuske konvencije.

propisa i općenormativnih akata.

Konvencija razlikuje pojmove javnosti i zainteresirane javnosti kojoj priznaje određena veća prava u odnosu na ostale pripadnike javnosti. Zainteresirana javnost definira se kao javnost na koju utječe ili bi moglo utjecati odlučivanje o okolišu ili koja je za to zainteresirana. Nevladine organizacije koje rade na promicanju zaštite okoliša i udovoljavaju svim zahtjevima domaćeg zakonodavstva smatraju se zainteresiranima (čl. 2. t. 5. Konvencije).

U članku 6. Konvencije propisuje se obveza stranaka da omoguće javnosti sudjelovanje u donošenju odluke o tomu treba li dopustiti određene djelatnosti. To se, ponajprije, odnosi na djelatnosti koje su navedene u Dodatku I. Konvencije (st. 1. podstavak (a)). Radi se o djelatnostima iz područja energetike, proizvodnje i prerade metala, prerade minerala, kemijske industrije, gospodarenja otpadom i drugim djelatnostima. Za njih se samom normom pretpostavlja da imaju značajne učinke na okoliš. Međutim, članak 6. primjenjuje se i na odluke o djelatnostima izvan opsega Dodatka I., a koje mogu imati značajne učinke na okoliš (st. 1. podstavak (b)). Pored toga, primjena članka 6. proširena je, na odgovarajući način i gdje je to prikladno, i na razmatranja i dopunjavanja radnih uvjeta prethodno spomenutih djelatnosti (st. 10.).

Stranke Konvencije dužne su pripadnicima zainteresirane javnosti osigurati pristup sudskoj kontroli donošenja odluka kojima se odobravaju djelatnosti koje mogu imati značajne učinke na okoliš (čl. 9. st. 2. Konvencije). No, pristup pravosuđu mora biti osiguran i u svim drugim slučajevima kada se određenim odlukama, radnjama ili propustima krše propisi koji se odnose na okoliš. To znači da javnost mora imati osiguran pristup sudskoj kontroli odluka, radnji i propusta tijela javne vlasti i privatnih osoba koji su u suprotnosti s odredbama domaćeg zakonodavstva iz područja zaštite okoliša (čl. 9. st. 3. Konvencije).

Domaće zakonodavstvo koje se odnosi na okoliš ne obuhvaća samo propise koji izričito u svom naslovu sadrže riječ “okoliš” (primjerice Zakon o zaštiti okoliša), već sve propise koji se na neki način odnose na okoliš. Stoga radnje ili propusti koji su protivni propisima o prostornom planiranju, gospodarenju otpada ili iskorištavanju prirodnih resursa, također mogu biti pokriveni člankom 9. stavkom 3. neovisno o tomu što se radi o posebnim propisima (Zakonu o prostornom planiranju, Zakonu o održivom gospodarenju otpada ili Zakonu o zaštiti prirode).

Za države koje su članice Europske unije, pojam “nacionalno” ili “domaće” pravo ili zakonodavstvo uključuje i pravo Europske unije koje obvezuje državu članicu. To znači da se radnje ili propusti, koji su protivni direktivama ili drugim propisima Unije i koji su primjenjivi pred nacionalnim sudovima i tijelima javne vlasti, mogu osporavati temeljem članka 9. stavka 3.



### 3.1. *Predmet C-664/15 Protect – sudjelovanje javnosti i pristup pravosuđu u području zaštite voda*

U predmetu C-664/15 *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation protiv Bezirkshauptmannschaft Gmünd* (predmet će se skraćeno zvati *Protect*) austrijski Visoki upravni sud postavio je Sudu EU-a određena pitanja koja su se odnosila na postupak izdavanja odobrenje za vađenje vode iz rijeke radi proizvodnje snijega za skijalište.

Zahtjev nositelja zahvata (društvo *Aichelberglift*) prvotno se razmatrao u postupku ocjene prihvatljivosti zahvata za ekološku mrežu Natura 2000 koji se temelji na članku 6. stavku 3. Direktive o staništima. Nadležno nacionalno tijelo odlučilo je da zbog malog utjecaja koji projekt ima na okoliš nije bilo razloga za odbijanje zahtjeva.<sup>59</sup> Nakon toga, zahtjev nositelja zahvata razmatrao se u zasebnom upravnom postupku na temelju austrijskog Zakona o vodama (*Wasserrechtsgesetz*, u daljnjem tekstu: *WRG*). *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation* (u daljnjem tekstu: *Protect*), organizacija za zaštitu okoliša, podnijela je zahtjev da sudjeluje kao stranka u tom postupku na temelju članka 6. stavka 3. Direktive o staništima i članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije.

Sukladno austrijskom Zakonu o općem upravnom postupku (§ 8.) (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*, u daljnjem tekstu: *AVG*), sudionici u upravnom postupku su osobe koje koriste usluge koje obavljaju javnopravna tijela ili na koje utječu djelatnosti takvih tijela, a ako su u uključene u predmet na temelju pravnog ovlaštenja ili pravnog interesa, takve su osobe stranke u postupku.<sup>60</sup> Prema austrijskom Zakonu o vodama *WRG*-u (§ 102.), stranke u postupku su, *inter alia*, podnositelj zahtjeva te osobe koje imaju obvezu činjenja, trpljenja ili suzdržavanja, ili osobe na čija se prava na neki drugi način utječe, osobe s ribolovnim pravima ili pravima korištenja, kao i osobe koje izjavljaju sukob. Nadalje, zainteresirane osobe u smislu stavka 8. *AVG*-a su, osobito, one osobe koje, u skladu s predmetom rasprave o kojoj je riječ i u onoj mjeri u kojoj im već nije bio odobren položaj, imaju interes za javnu upotrebu, osobe koje imaju stvarna prava u pogledu zahvaćene nekretnine, sve osobe koje bi imale koristi od očuvanja ili napuštanja postrojenja ili ukidanja prava na vodu te, u svrhu postupka za prigovor na projekte, sve osobe koje se trebaju smatrati strankama kada se realiziraju ti projekti. Zainteresirane osobe imaju pravo objasniti svoje interese tijekom postupka, ali nemaju pravo podnijeti prigovore.<sup>61</sup>

Nadležno okružno tijelo tijekom postupka izdavanja odobrenja za vađenje vode održalo je raspravu u kojoj je *Protect* istaknuo prigovore koji su odbijeni jer ta udruga nije navela povredu nikakvih prava na temelju *WRG*-a, te stoga nije mogla biti stranka u postupku u skladu s nacionalnim pravilima. Nadležno okružno tijelo usvojilo je zahtjev nositelja zahvata za izdavanje odobrenja.<sup>62</sup> *Protect* je tu odluku neuspješno

59 Mišljenje nezavisne odvjetnice Eleanor Sharpston od 12. listopada 2017., predmet C-664/15, ECLI:EU:C:2017:760, točka 22.

60 Presuda Suda EU-a C-664/15, op. cit. (bilj. 29), točka 14.

61 Ibid., točka 15.

62 Mišljenje nezavisne odvjetnice, op. cit. (bilj. 61), točka 24.

pobijao pred Zemaljskim upravnim sudom u Donjoj Austriji koji je utvrdio da *Protect* nije imao položaj stranke u upravnom postupku jer se tijekom tog postupka nije pozvao na povredu prava koja se štite temeljem propisa koji uređuju pitanja vezana za vode.

*Protect* je zatim, protiv presude tog suda pokrenuo postupak pred Visokim upravnim sudom. Visoki upravni sud je zastao s postupkom i postavio tri pitanja Sudu EU-a o pravu organizacija za zaštitu okoliša da sudjeluju u postupcima i osporavaju odluke koje se donose temeljem Okvirne direktive o vodama.

Prvo je pitanje glasilo: priznaje li članak 4. Okvirne direktive o vodama ili ta direktiva kao cjelina, organizaciji za zaštitu okoliša – u postupku u kojem nije potrebno provesti procjenu utjecaja na okoliš u skladu s Direktivom 2011/92/EU – prava za zaštitu kojih ona ima pristup upravnim ili sudskim postupcima u skladu s člankom 9. stavkom 3. Aarhuška konvencije?

U prvom dijelu odgovora, Sud EU-a ponovio je svoje zaključke iz presude *Weser* da članak 4. stavak 1. točka (a) Direktive 2000/60 ne propisuje samo ciljeve planiranja upravljanja, nego nameće obvezu sprječavanja pogoršanja stanja vodnih tijela koja ima obvezujuće učinke na države članice u svakoj fazi postupka propisanih tom Direktivom, a osobito tijekom postupka odobravanja dozvola za pojedine projekte.<sup>63</sup>

Sud EU-a zatim je utvrdio da učinkovitost Okvirne direktive o vodama i njezin cilj zaštite okoliša zahtijevaju da se pojedinci ili, ako je prikladno, pravilno osnovana organizacija za zaštitu okoliša mogu osloniti na tu Direktivu u sudskom postupku.<sup>64</sup> Jednako tako, nacionalni sudovi moraju biti u mogućnosti uzeti u obzir Direktivu kao dio prava EU-a kako bi, između ostalog, ispitali je li nacionalno tijelo koje je izdalo dozvolu za projekt koji može imati utjecaja na stanje vode ispunilo svoje obveze iz članka 4. Direktive, a osobito sprječavanje pogoršanja vodnih tijela, te da se zadržalo u granicama slobodne procjene koju je nadležnim državnim tijelima dodijelila ta odredba.<sup>65</sup>

Osim odredbe članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije koji se odnosi na osiguravanje pristupa pravosuđu kada se određenim odlukama, radnjama ili propustima krše propisi koji se odnose na okoliš, Sud EU-a utvrdio je da se na ovaj predmet primjenjuje i Povelja EU-a o temeljnim pravima,<sup>66</sup> koja u svom članku 47. jamči pravo na djelotvorni pravni lijek i na pošteno suđenje.<sup>67</sup> Prema pravnom shvaćanju Suda, odredba članka 9. stavka 3. Konvencije, u vezi s člankom 47. Povelje, nameće državama članicama obvezu osiguranja učinkovite sudske zaštite prava koja proizlaze iz prava Europske unije, a posebice iz odredaba prava okoliša.<sup>68</sup> S obzirom na važnost toga dijela presude, koja još nije prevedena na hrvatski jezik, citirat će se njezin dio u cijelosti:

“45. Istina je da samo “članovi javnosti» koji “udovoljavaju mjerilima, ako ih ima, utvrđenima domaćim zakonodavstvom” imaju prava iz članka 9. stavka 3.

63 V. presuda Suda EU-a C-664/15, op. cit. (bilj. 29), točka 32.

64 Ibid., točka 34.

65 Ibid.

66 SL C 202, 7.6.2016., str. 389.

67 Presuda Suda EU-a C-664/15, op. cit. (bilj. 29), točka 44.

68 Ibid., točka 45.

Aarhuške konvencije, tako da ta odredba, sama po sebi, nema izravni učinak u pravu EU-a. Međutim, ostaje činjenica da ta odredba, u vezi s člankom 47. Povelje, nameće državama članicama obvezu osiguranja učinkovite sudske zaštite prava koja proizlaze iz prava Europske unije, a osobito iz odredbama prava okoliša (vidi, u tom smislu, presudu od 8. ožujka 2011., *Lesoochranárske zoskupenie*, C-240/09, EU:C:2011:125, točke 45. i 51.).

46. Kao što je nezavisna odvjetnica napomenula, u suštini, u točkama 89. i 90. njezinog Mišljenja, pravo na pokretanje postupka iz članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije bilo bi lišeno svog korisnog djelovanja, pa čak i svoje same biti, ako bi se trebalo priznati da je, određivanjem tih uvjeta, određenim kategorijama "pripadnika javnosti", a tim više "zainteresiranoj javnosti", poput organizacija za zaštitu okoliša koje zadovoljavaju uvjete iz članka 2. točke 5. Aarhuške konvencije, uskraćeno bilo kakvo pravo na pokretanje postupka.

47. Utvrđivanje tih kriterija ne smije lišiti organizacije za zaštitu okoliša, osobito, mogućnosti provjere poštuju li se pravila prava okoliša EU-a, s obzirom na to da su takva pravila obično u javnom interesu, a ne samo u interesu pojedinih pojedinaca, te da je cilj tih organizacija braniti javni interes (vidi, u tom smislu, presudu od 12. svibnja 2011. godine *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen*, C-115/09, EU:C:2011:289, točka 46.).

48. Iako podrazumijevaju da država ugovornica zadržava diskreciju glede provedbe te odredbe, riječi "mjerilima, ako ih ima, utvrđenima domaćim zakonodavstvom" u članku 9. stavku 3. Aarhuške konvencije ne mogu dopustiti tim državama da nametnu kriterije tako strogo da bi za organizacije za zaštitu okoliša bilo praktično nemoguće osporavati radnje ili propuste na koje se te odredbe primjenjuju.<sup>69</sup>

Prema austrijskom pravu, samo fizičke ili pravne osobe koje su stranke upravnog postupka mogu podnijeti tužbu sudu radi zaštite svojih prava za koja tvrde da su im povrijeđena. Organizacije za zaštitu okoliša koje nemaju nikakva subjektivna javna prava nemaju položaj stranke u postupku izdavanja odobrenja za vađenje vode na temelju austrijskoga Zakona o vodama. Stoga, uskraćujući organizacijama za zaštitu okoliša prava da podnesu tužbu protiv takve odluke o izdavanju odobrenja, relevantno nacionalno postupovno pravo suprotno je zahtjevima koji proizlaze iz zajedničke primjene članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije i članka 47. Povelje.<sup>70</sup> U tom slučaju, nacionalni sud dužan je uskratiti primjenu nacionalne norme koja je protivna odredbama prava EU-a, čak i ako prema svom nacionalnom pravu nema uopće tu ovlast ili bi morao zastati s postupkom i čekati da tu normu ukine neko drugo tijelo, primjerice, Ustavni sud.<sup>71</sup>

S obzirom na sve prethodno navedeno, Sud EU-a odgovorio je na prvo pitanje da se članak 9. stavak 3. Aarhuške konvencije, u svezi s člankom 47. Povelje o temeljnim pravima, mora tumačiti tako da pravilno osnovana organizacija za zaštitu okoliša koja djeluje sukladno zahtjevima nacionalnog prava mora biti u mogućnosti podnijeti tužbu pred sudom protiv odluke kojom se odobrava odobrenje za projekt

69 Presuda Suda EU-a C-664/15, op. cit. (bilj. 29), točke 45–48.

70 Ibid., točka 52.

71 Ibid., točka 56.

koji može biti u suprotnosti s obvezom sprečavanja pogoršanja stanja vodnih tijela koja je propisana člankom 4. Okvirne direktive o vodama.<sup>72</sup>

Drugo pitanje koje je postavio Visoki upravni sud glasilo je: Zahtijeva li se, u skladu s odredbama Aarhuške konvencije, da se prava koja proizlaze iz Okvirne direktive o vodama mogu ostvariti već u postupku pred upravnim tijelom ili je dovoljna mogućnost pružanja sudske zaštite protiv odluke upravnog tijela?

Prema članku 14. stavku 1. Okvirne direktive o vodama, države članice su dužne poticati aktivno uključivanje svih zainteresiranih strana u provedbu Okvirne direktive o vodama, a posebno u izradu, preispitivanje i nadopunjavanje planova upravljanja riječnim slivovima. Međutim, kako to pojašnjava Sud EU-a riječ "poticati" donekle izražava aspiraciju, tako da je obvezujuća priroda te odredbe ograničena. To potvrđuje i činjenica da, iako druge odredbe članka 14. sadrže prave obveze, one se posebno odnose na postupak izrade, preispitivanja i nadopunjavanja planova upravljanja riječnim slivom.<sup>73</sup> Međutim, činjenica ostaje da kada primjenjuju Okvirnu direktivu o vodama, države članice su dužne poštovati bit članka 14. stavka 1. koji se sastoji od obveze poticanja svih zainteresiranih strana da aktivno sudjeluju u njezinoj provedbi.<sup>74</sup>

Nije sporno da je *Protect* imao mogućnost, u određenoj mjeri, sudjelovati u postupku u svojstvu "zainteresirane strane" u smislu WRG-a. Međutim, položaj "zainteresirane strane" nije jednak položaju stranke u upravnom postupku.<sup>75</sup> Položaj stranke u upravnom postupku omogućuje organizaciji za zaštitu okoliša aktivno sudjeluje u odlučivanju, tako da detaljnije i na prikladniji način izloži svoje argumente o riziku da bi planirani projekt mogao imati štetne učinke na okoliš. Nadležna tijela moraju te argumente uzeti u obzir prije nego što odobre projekt.<sup>76</sup>

Prema mišljenju Suda EU-a: "Aktivno sudjelovanje *Protect*-a kao pravilno osnovane organizacije za zaštitu okoliša koja djeluje u skladu sa zahtjevima primjenjivog nacionalnog prava je još važnije, s obzirom na to da su samo takve organizacije orijentirane prema javnom interesu, a ne zaštiti interesa pojedinaca".<sup>77</sup>

S obzirom na sve naprijed navedeno, odgovor Suda EU-a na drugo pitanje je da se odredbe članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije, članka 47. Povelje i članka 14. stavka 1. Direktive 2000/60, moraju tumačiti tako da im se protive nacionalna postupovna pravila koja oduzimaju organizacijama za zaštitu okoliša pravo sudjelovanja kao stranke u postupku izdavanja odobrenja koje je namijenjeno provedbi Okvirne direktive o vodama i koja ograničavaju pravo pokretanja postupaka osporavanja odluka donesenih u takvom postupku isključivo na osobe koje imaju takav položaj.<sup>78</sup>

Drugim riječima, organizacijama za zaštitu okoliša, poput *Protecta*, mora se omogućiti pravo da kao stranke sudjeluju u postupcima za izdavanje odobrenja koja se vode na temelju odredaba nacionalnog prava kojima je provedena Okvirna direktiva o vodama.

72 Ibid., točka 58.

73 Ibid., točka 74.

74 Ibid., točka 75.

75 Ibid., točka 77.

76 Ibid., točka 78.

77 Ibid., točka 79.

78 Ibid., točka 81.

I na kraju, treće pitanje koje je postavio Visoki upravni sud glasilo je: Je li dopuštena odredba nacionalnoga postupovnog prava (članak 42. Zakona o općem upravnom postupku) kojom se nalaže da organizacija za zaštitu okoliša, kao i druge stranke postupka, svoje prigovore mora pravodobno istaknuti već u postupku pred upravnim tijelima, a ne tek u tužbi podnesenoj upravnom sudu, jer u protivnome gubi položaj stranke i ne može više podnijeti tužbu upravnom sudu? Sud EU-a odgovorio je da se članci 9. stavci 3. i 4. Aarhuške konvencije u vezi s člankom 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, trebaju tumačiti na način da im se protive nacionalna postupovna pravila koja postavljaju rok organizaciji za zaštitu okoliša kojim ona gubi položaj stranke i stoga ne može protiv odluke donesene u tom postupku podnijeti tužbu, ako nije istaknula pravodobno prigovore, nakon pokretanja postupka, ili najkasnije, tijekom usmene rasprave u tom postupku.<sup>79</sup>

Kakav učinak ova presuda ima na mnoge države članice EU-a, ne samo na Austriju? Države u kojima udruge za zaštitu okoliša nemaju pravo sudjelovati u postupcima izdavanja vodopravnih akata, kao što je to i Hrvatska, nisu usklađene s Okvirnom direktivom o vodama.

Prema članku 141. stavku 2. hrvatskoga Zakona o vodama, vodopravni akti izdaju se radi postizanja utvrđenih ciljeva upravljanja vodama iz članka 4. tog Zakona koji uključuju i “postizanje i očuvanje dobrog stanja voda radi zaštite života i zdravlja ljudi, zaštite njihove imovine, zaštite vodnih i o vodi ovisnih ekosustava”. Kao što je to već spomenuto u poglavlju 2.2. ovoga rada, hrvatski zakonodavac propisao je da javnost ima pravo sudjelovati samo u izradi planskih dokumenata za upravljanje vodama (čl. 5. st. 8. ZV-a). To znači da hrvatski Zakon o vodama nije usklađen s člankom 14. stavkom 1. Okvirne direktivom o vodama, Aarhuškom konvencijom i člankom 47. Povelje o temeljnim pravima.

Udrugama za zaštitu okoliša koje djeluju u javnom interesu mora se omogućiti položaj stranke u tim postupcima. Osim toga, udruge za zaštitu okoliša moraju imati pravo osporavati vodopravne akte ako smatraju da su njima povrijeđene odredbe domaćega zakonodavstva iz područja zaštite okoliša, što uključuje i pravo okoliša Europske unije.

### **3.2. Pogrešna provedba članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije u hrvatsko zakonodavstvo**

U Hrvatskoj je članak 9. stavak 3. Aarhuške konvencije<sup>80</sup> neispravno proveden u Zakon o zaštiti okoliša (dalje i: ZoZO).<sup>81</sup>

Članak 19. stavak 2. ZoZO-a propisuje: “U svrhu zaštite prava na zdrav život i održiv okoliš te u svrhu zaštite okoliša i pojedinih sastavnica okoliša i zaštite od

79 Ibid., točka 101.

80 Čl. 9. st. 3. glasi: “3. Osim i bez obzira na postupke ocjene navedene u stavcima 1. i 2. ovoga članka, svaka je stranka dužna osigurati pripadnicima javnosti, koji udovoljavaju mjerilima, ako ih ima, utvrđenima domaćim zakonodavstvom, pristup administrativnim ili sudbenim postupcima kojima se osporavaju činjenja i nečinjenja privatnih osoba i tijela vlasti koji su u suprotnosti s odredbama domaćega zakonodavstva koje se odnose na okoliš.”

81 Narodne novine br. 80/2013, 153/2013, 78/2015.

štetnog utjecaja opterećenja, osoba koja učini vjerojatnim svoj pravni interes i osoba koja zbog lokacije zahvata i/ili zbog prirode i/ili utjecaja zahvata može, u skladu sa zakonom, dokazati da joj je trajno narušeno pravo (istaknula autorica), ima pravo osporavati postupovnu i materijalnu zakonitost odluka, čina i propusta tijela javne vlasti putem nadležnog tijela i/ili nadležnog suda, u skladu sa zakonom.”

Ovom odredbom, kao jednim od načela zaštite okoliša, utvrđeno je načelo prava na pristup pravosuđu. To načelo sadrži uvjet “trajnog narušavanja prava” koje nije u skladu s Aarhuškom konvencijom ni Direktivom 2003/35.<sup>82</sup> Ne postoji niti jedan drugi primjer u hrvatskom zakonodavstvu da je trajna povreda prava uvjet za dopuštenost podnošenja tužbe u upravnom sporu. Dovoljno je da tužitelj smatra da mu je pravo povrijeđeno. Povreda ne mora biti trajna. Osim što je ovaj uvjet “trajnog narušavanja prava” protivan članku 9. stavku 2. Aarhuške konvencije, on je protivan i Ustavu Republike Hrvatske,<sup>83</sup> jer nerazmjerno ograničava pravo na pristup sudu te sudsku kontrolu pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti (članak 29. stavak 1. te članak 19. stavak 2. Ustava RH). Ova odredba vjerojatno je nastala kao posljedica pogrešnog prijevoda članka 10.a Direktive 2003/35 na hrvatski jezik.<sup>84</sup> No, to nikako ne ispričava pogrešni prijenos Aarhuške konvencije i Direktive 2003/35 koji je zakonodavac počinio u tekstu Zakona o zaštiti okoliša iz 2007.<sup>85</sup> (v. članak 18. stavak 2.<sup>86</sup> te članak 144. stavak 1.<sup>87</sup> Zakona iz 2007.). Tu je pogrešku zakonodavac u novom Zakonu o zaštiti okoliša iz 2013. samo djelomično ispravio na način da je

82 Direktiva 2003/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26. svibnja 2003. o osiguravanju sudjelovanja javnosti u izradi određenih planova i programa koji se odnose na okoliš i o izmjeni direktiva Vijeća 85/337/EEZ i 96/61/EEZ s obzirom na sudjelovanje javnosti i pristup pravosuđu, SL L 156, 25.6.2003, str. 17.

83 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 8/1998 – pročišćeni tekst, 113/2000, 124/2000 – pročišćeni tekst, 28/2001, 41/2001 – pročišćeni tekst, 55/2001 – ispravak, 76/2010, 85/2010 – pročišćeni tekst, 5/2014.

84 Radna verzija prijevoda Direktive 2003/35 na hrvatski jezik bila je dostupna na web stranici <http://www.prevedi.gov.me/15.10.10/32003L0035.pdf>, međutim pristup toj stranici više nije moguć. Relevantni dio pogrešnog prijevoda je glasio: “Države članice osigurati će da se, sukladno odgovarajućem nacionalnom pravnom sustavu, članovima zainteresirane javnosti: (a) koji imaju dovoljan interes ili (b) koji trajno narušavaju pravo (istaknula autorica), u slučaju da upravno postupovno pravo države članice to propisuje kao preduvjet, omogućiti pristup ispitivanju pred sudom ili nekim drugim nezavisnim i nepristranim tijelom koje je određeno zakonom radi pobijanja materijalne ili postupovne zakonitosti odluka, radnji ili propusta, sukladno odredbama ove Direktive koje se odnose na sudjelovanje javnosti.”

85 Narodne novine, br. 110/2007.

86 “U svrhu zaštite prava na zdrav život i održiv okoliš te u svrhu zaštite okoliša i pojedinih sastavnica okoliša i zaštite od štetnog utjecaja opterećenja, osoba (građanin i druga fizička te pravna osoba, njihove skupine, udruge i organizacije) koja učini vjerojatnim svoj pravni interes i osoba koja zbog lokacije zahvata i/ili zbog prirode i/ili utjecaja zahvata može, u skladu sa zakonom, dokazati da joj je trajno narušeno pravo, ima pravo osporavati postupovnu i materijalnu zakonitost odluka, čina i propusta tijela javne vlasti putem nadležnog tijela i/ili nadležnog suda, u skladu sa zakonom.”

87 “Da ima vjerojatan pravni interes u postupcima uređenim ovim Zakonom u kojima je predviđeno sudjelovanje zainteresirane javnosti smatrat će se svaka fizička i pravna osoba koja zbog lokacije zahvata i/ili zbog prirode i utjecaja zahvata može, u skladu sa zakonom, dokazati da joj je trajno narušeno pravo.”

izbacio riječ “trajno” iz članka 167. stavka 1. (koji je u svemu ostalome identičan članku 144. stavku 1. Zakona iz 2007.). Međutim, uvjet trajnog narušavanja prava zadržan je u odredbi članka 19. stavak 2. Zakona o zaštiti okoliša, kojom se utvrđuje načelo prava na pristup pravosuđu, što tu odredbu čini protivnom Direktivi 2003/35, Aarhuškoj konvenciji te Ustavu.

Ispravan prijevod Direktive 2003/35 u međuvremenu je objavljen u Službenom listu Europske unije.<sup>88</sup> Zakonodavac bi trebao uzeti u obzir prijevod članka 10.a Direktive 2003/35<sup>89</sup> te ispraviti odredbu ZoZO-a, koja je vjerojatno nastala kao rezultat pogrešnog prijevoda. Također, načelo prava na pristup pravosuđu trebalo bi uskladiti sa Zakonom o upravnim sporovima (dalje i: ZUS),<sup>90</sup> kako bi se očuvala konzistentnost hrvatskoga pravnog sustava. Budući da upravno postupovno pravo Republike Hrvatske propisuje da pravo podnošenja tužbe ima svatko tko smatra da mu je povrijeđeno pravo ili pravni interes,<sup>91</sup> takva odredba trebala bi biti sadržana i u načelu prava na pristup pravosuđu.

U tom smislu članak 19. stavak 2. ZoZO-a (usklađen s Direktivom 2003/35 te Zakonom o upravnim sporovima) trebao bi glasiti: “U svrhu zaštite prava na zdrav život i održiv okoliš te u svrhu zaštite okoliša i pojedinih sastavnica okoliša i zaštite od štetnog utjecaja opterećenja, osoba koja učini vjerojatnim svoj pravni interes ili koja zbog lokacije zahvata i/ili zbog prirode i/ili utjecaja zahvata smatra da joj je povrijeđeno pravo ili pravni interes, ima pravo osporavati postupovnu i materijalnu zakonitost odluka, radnji i propusta tijela javne vlasti putem nadležnog tijela i/ili nadležnog suda, u skladu sa zakonom.”

Za daljnju ocjenu usklađenosti s člankom 9. stavkom 3. Aarhuške konvencije nužno je citirati odredbe članka 167. i članka 169. ZoZO-a koje su prikazane u tablici 3.

88 V. Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 026., str. 48.

89 Relevantni dio glasi: “Članak 10.a.

Države članice osiguravaju da u skladu s odgovarajućim nacionalnim pravnim sustavom, pripadnici zainteresirane javnosti:

(a) koji imaju dovoljan interes ili, alternativno,

(b) koji tvrde da im je povrijeđeno pravo, ako upravno postupovno pravo države članice to propisuje kao preduvjet (istaknula autorica), imaju pristup postupku revizije pred sudom ili nekim drugim nezavisnim i nepristranim tijelom koje je određeno pravom radi pobijanja materijalne ili postupovne zakonitosti odluka, radnji ili propusta, u skladu s odredbama ove Direktive koje se odnose na sudjelovanje javnosti. ...”

90 Narodne novine, br. 20/2010, 143/2012, 152/2014, 94/2016 – Odluka Ustavnog suda i 29/2017.

91 Članak 17. stavak 1. ZUS-a glasi: “Tužitelj je fizička ili pravna osoba koja smatra da su joj prava i pravni interesi povrijeđeni pojedinačnom odlukom, postupanjem javnopravnog tijela, odnosno propuštanjem donošenja pojedinačne odluke ili postupanja javnopravnog tijela u zakonom propisanom roku ili sklapanjem, raskidom ili izvršavanjem upravnog ugovora.”

Tablica 3. Osporavanje odluka, radnji i propusta tijela javne vlasti u pitanjima zaštite okoliša

Priznavanje pravnog interesa osobama zainteresirane javnosti Članak 167. ZoZO-a	Osporavanje odluka, radnji i propusta tijela javne vlasti te djelovanja ili propuštanja djelovanja pravnih i fizičkih osoba u pitanjima zaštite okoliša Članak 169. ZoZO-a
<p>(1) Da ima vjerojatan pravni interes u postupcima uređenim ovim Zakonom u kojima je predviđeno sudjelovanje zainteresirane javnosti smatrat će se svaka fizička i pravna osoba koja zbog lokacije zahvata i/ili zbog prirode i utjecaja zahvata može, u skladu sa zakonom, dokazati da joj je narušeno pravo.</p> <p>(2) Podrazumijeva se da ima dovoljan (vjerojatan) pravni interes u postupcima uređenim ovim Zakonom u kojima je predviđeno sudjelovanje zainteresirane javnosti i udruga civilnog društva koja djeluje na području zaštite okoliša ako:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- je registrirana sukladno posebnim propisima o udrugama te da joj je statutom kao cilj određena zaštita i unaprjeđenje okoliša, uključujući i zaštitu ljudskog zdravlja i zaštitu ili racionalno korištenje prirodnih dobara,</li> <li>- je registrirana u smislu podstavka 1. ovoga stavka najmanje dvije godine prije nego je započeo postupak tijela javne vlasti o zahtjevu povodom kojega iskazuje svoj pravni interes, te ako dokaže da je u tom razdoblju aktivno sudjelovala u aktivnostima vezanim za zaštitu okoliša na području grada ili općine gdje ima registrirano sjedište sukladno svojem statutu.</li> </ul>	<p>(1) Fizička i pravna osoba koja ispunjava uvjete iz članka 167. stavka 1. ovoga Zakona i smatra da je odlukom, radnjom i propustom tijela javne vlasti ili djelovanjem ili propuštanjem djelovanja fizičke ili pravne osobe (primjerice: operatera, onečišćivača) u pitanjima zaštite okoliša povrijeđen ovaj Zakon, odnosno posebni zakon kojim je uređena zaštita pojedine sastavnice okoliša ili zaštita od utjecaja opterećenja, te propisi doneseni na temelju tih zakona, imaju pravo, pred nadležnim sudom sukladno ovom Zakonu i posebnim propisima osporavati zakonitost donesene odluke, radnje i propusta u vezi sa zaštitom okoliša, te osporavati zakonitost djelovanja ili propuštanja djelovanja u pitanjima zaštite okoliša.</p> <p>(2) Zahtjev u smislu stavaka 1. ovoga članka mora biti podnesen u propisanom obliku sukladno posebnom propisu, u roku od 30 dana od dana dostave strankama, odnosno dana objave na internetskim stranicama tijela koje je donijelo odluku koja se osporava, odnosno od dana proteka roka za izvršenje radnje odnosno donošenje odluke. U zahtjevu mora biti navedeno i obrazloženo u čemu je sadržana odnosno na što se odnosi povreda propisa iz stavka 1. ovoga članka. Zahtjev mora biti potkrijepljen odgovarajućim dokazima.</p>

Svrha je članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije omogućiti javnosti pravna sredstva kojima će se postići provedba važećih odredaba zakona koje se odnose na okoliš. Stranke Konvencije ne moraju uvesti *actio popularis*, ali uvjeti za osporavanje odluka, radnji i propusta ne smiju biti toliko rigorozni da praktički onemogućavaju svim udrugama za zaštitu okoliša i većini drugih subjekata pristup pravosuđu temeljem članka 9. stavka 3. Pristup mora biti pravilo, a ne iznimka.

Premda je, kao što je već prethodno napomenuto, iz odredbe članka 167. stavka 1. zakonodavac izbacio riječ “trajno”, svejedno se i dalje dovodi u nejednaki položaj tužitelj, koji pristup upravnosudskoj kontroli ostvaruje temeljem ZUS-a i onaj koji pristup toj kontroli ostvaruje primjenom ZoZO-a, što je protivno članku 14. stavku



2. Ustava koji jamči jednakost svih pred zakonom. Naime, sukladno ZUS-u tužitelj je fizička ili pravna osoba koja smatra da su joj prava i pravni interesi povrijeđeni pojedinačnom odlukom, postupanjem javnopravnoga tijela, odnosno propuštanjem donošenja pojedinačne odluke ili postupanja javnopravnoga tijela u zakonom propisanom roku. Sukladno članku 167. stavka 1. tužitelj je osoba koja zbog lokacije zahvata i/ili zbog prirode i utjecaja zahvata može, u skladu sa zakonom, dokazati da joj je narušeno pravo. Ne postoji razumno opravdanje za takav nejednak pristup gdje se u ZoZO-u pravo na podnošenje tužbe veže uz dokazivanje povrede prava umjesto uz tvrdnju, tj. mišljenje da su prava i pravni interesi povrijeđeni.

Nadalje, odredba članka 169. stavka 1. nije u skladu s Arhuškom konvencijom jer udruge za zaštitu okoliša u pravilu neće moći dokazati da im je narušeno pravo, budući da one većinom djeluju radi zaštite općih interesa, a ne vlastitih. Upravo je takvim organizacija, prema presudi Suda EU-a u predmetu *Protect* potrebno osigurati mogućnost podnošenja tužbe, sukladno članku 9. stavku 3. Aarhuške konvencije.

U odredbi članka 169. stavak 1. ZZO-a nije propisano o kojem je nadležnom sudu riječ, već je to pitanje prepušteno posebnim propisima. Da bi neka osoba mogla ostvariti pravo na podnošenje tužbe nadležnom sudu moraju se ispuniti, ne samo uvjeti određeni ZoZO-om, već i uvjeti određeni tim posebnim propisima. Takav zaključak mogao bi proizlaziti iz dijela odredbe članka 169. stavka 1. koji propisuje da osobe “imaju pravo, pred nadležnim sudom sukladno ovom Zakonu i posebnim propisima osporavati postupovnu i materijalnu zakonitost donesene odluke, radnje i propusta u vezi sa zaštitom okoliša” (istaknula autorica).

Svrha je Konvencije da se omogućí širi pristup pravosuđu u pitanjima okoliša. Osnovno polazište je da, ako postojeće zakonodavstvo ne osigurava široki pristup pravosuđu, morat će se prilagoditi Arhuškoj konvenciji. Odredbom članka 169. stavka 1. uvedeni su dvostruki uvjeti za osporavanje postupovne i materijalne zakonitosti donesene odluke, radnje i propusta u vezi sa zaštitom okoliša – novi uvjeti propisani ZoZO-om, a da su pritom zadržani uvjeti koji su propisani posebnim zakonima. Time je zapravo sužen pristup pravosuđu.

U pogledu roka, propisano je da zahtjev nadležnom sudu mora biti podnesen u roku od 30 dana od dana dostave strankama, odnosno dana objave na internetskim stranicama tijela koje je donijelo odluku koja se osporava, odnosno od dana protoka roka za izvršenje radnje odnosno donošenje odluke.

Budući da se brojni upravni akti (poput vodopravnih akata), kojima može doći do povrede odredaba posebnih zakona i podzakonskih propisa vezanih za zaštitu okoliša, javno ne objavljuju (čak štoviše ne objavljuju se ni informacije da se provode konkretni postupci), niti u postupcima njihovog donošenja pripadnici zainteresirane javnosti imaju pravo sudjelovati, podnošenje tužbi protiv takvih akata svedeno je na iluzorno pravo. To je i razlog zašto se u praksi sporovi temeljem članka 169. Zakona o zaštiti okoliša uopće ne pokreću.

Osim toga, ako odluka nije donesena, odnosno da javnopravno tijelo nije postupilo u zakonom propisanom roku, prema ZUS-u ne postoje “krajnji” rokovi za podnošenje pravnog sredstva. Tužba jedino može biti prijevremena, ako stranka nije čekala da protekne zakonom propisani rok u kojem je javnopravno tijelo trebalo

donijeti i dostaviti stranci odluku ili na neki drugi način postupiti.<sup>92</sup> Međutim, čim taj rok protekne, pravno sredstvo se ne može smatrati nepravovremenim, ako povreda zakonske obveze donošenja odluke odnosno postupanja još uvijek traje.<sup>93</sup>

I na posljetku, rok od 30 dana koji se odnosi na propust javnopravnih tijela nerazumno je kratak. Kako neka osoba uopće može znati kada je istekao rok da javnopravno tijelo nešto poduzme po zakonu u postupku u kojem ona uopće nije stranka, niti u tom postupku ima pravo sudjelovati, pa da bi onda u narednih 30 dana mogla podnijeti tužbu koja povrh toga mora biti potkrijepljena odgovarajućim dokazima. Uostalom, kao što je već prethodno rečeno, takva tužba jedino bi mogla biti prijevremena (ako se nije čekalo osam dana nakon proteka propisanog roka), a ne i zakašnjela, jer je opće pravilo prema ZUS-u da se u slučaju propusta tužba može podnijeti sve dok povreda zakonske obveze postupanja još uvijek traje.

Zbog svih navedenih razloga hrvatski zakonodavac trebao bi uskladiti odredbu članka 169. stavka 2. s pretpostavkama i rokovima za podnošenje tužbe koji vrijede prema ZUS-u. Osim toga, morao bi omogućiti i udrugama za zaštitu okoliša pravo podnošenja tužbe, kao što im je to i inače dopušteno u postupcima uređenima ZoZO-om.

#### 4. ZAKLJUČAK

U presudi C-461/13 *Weser* Sud Europske unije utvrdio je da su okolišni ciljevi Okvirne direktive o vodama pravno obvezujući. Ne radi se samo o političkim težnjama čije je ostvarenje podložno najboljim nastojanjima država članica. To znači, da čak i ako neki zahvat ispunjava sve uvjete temeljem drugih mjerodavnih propisa, ako će se zbog njegove provedbe pogoršati stanje površinskih voda, tada se ne smije izdati odobrenje za provedbu projekta, osim ako su ispunjeni uvjeti za primjenu iznimki. U tom smislu, moguće je da će praktična posljedica ove presude biti ta da će se u državama članicama sve češće početi koristiti iznimke propisane u članku 4. stavku 7. Okvirne direktive o vodama. Zbog toga će se morati bolje urediti postupci u kojima se o tim iznimkama odlučuje te će se morati omogućiti sudjelovanje zainteresirane javnosti, osobito udruga za zaštitu okoliša. Hrvatski Zakon o vodama u tom pogledu nije usklađen s Okvirnom direktivom o vodama jer sudjelovanje zainteresirane javnosti omogućava samo u izradi planskih dokumenata za upravljanje vodama, ali ne i pri izdavanju vodopravnih akata.

O sudjelovanju zainteresirane javnosti bila je riječ u presudi C-644/15 *Protect*. Udrugama za zaštitu okoliša mora se omogućiti sudjelovanje u postupcima izdavanja upravnih akata koji se pokreću sa svrhom provedbe Okvirne direktive o vodama. Izdavanje vodopravnih akata prema hrvatskom Zakonu o vodama upravo se provodi radi postizanja i očuvanja dobrog stanja voda (v. čl. 141. st. 1. u vezi s čl. 4. st. 2. t. 2. ZV-a). Uz to, učinkovitost Okvirne direktive o vodama i njezin cilj zaštite okoliša

92 Pri pokretanju spora zbog propuštanja donošenja pojedinačne odluke ili propuštanja postupanja u propisanom roku tužba se sudu podnosi najranije osam dana nakon proteka propisanog roka (čl. 24. st. 2. ZUS-a).

93 V. Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 524.

zahtijevaju da se pripadnici zainteresirane javnosti mogu osloniti na nju u sudskim postupcima. Odredba članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije koja se odnosi na pravo na pristup pravosuđu nameće državama članicama obvezu osiguranja učinkovite sudske zaštite prava koja proizlaze iz prava EU-a, a osobito iz odredaba prava okoliša. Nažalost, način na koji je članak 9. stavak 3. proveden u hrvatsko zakonodavstvo postavlja pojedincima uvjete koje je nemoguće ispuniti, a osim toga udruge za zaštitu okoliša lišava prava da pokreću upravne sporove. Postupak izdavanja vodopravnih akata u Hrvatskoj trebao bi se reformirati na način da se uskladi s Okvirnom direktivom o vodama i Aarhuškom konvencijom te relevantnim presudama Suda EU-a.

## LITERATURA

1. Alge, T. i dr., *Priručnik o načinu određivanja statusa voda i provedbi monitoringa*, Zelena akcija, Zagreb, 2012.
2. Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
3. European Commission, Commission Staff Working Document, Part I: Policy areas, Accompanying the document, *Monitoring the application of European Union law, 2016 Annual Report*, Brussels, 6.7.2017, SWD(2017) 259 final.
4. Europska agencija za okoliš, *Europsko izvješće o okolišu – stanje i izgledi 2015.: sinteza*, 2015.
5. Europska komisija, *Izvješće Komisije – Praćenje primjene zakonodavstva Europske unije, Godišnje izvješće za 2016.*, Bruxelles, 6.7.2017., COM/2017/0370 final.
6. Farmer, A. M. (ur.), *Manual of European Environmental Policy*, Routledge, London, 2012.
7. Grimeaud, D., *Reforming EU Water Law: Towards Sustainability?*, European Environmental Law Review, vol. 10, br. 2, 2001., str. 41.–51.
8. Jans, J. H., Vedder, H. H. B., *European Environmental Law – After Lisbon*, 4th ed., Europa Law Publishing, Groningen, 2012.
9. Paloniiti, T., *The Weser Case: Case C-461/13 Bund v Germany*, Journal of Environmental Law, 2016., 28, str. 151.–158.
10. Vanheudsen, B., Squintani, L. (eds.), *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects*, Cambridge, Intersentia, 2016.

## Pravni izvori

1. Council Decision of 17 February 2005 on the conclusion, on behalf of the European Community, of the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters (2005/370/EC), SL L 124, 17.05.2005., str. 1.
2. Direktiva 2000/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. listopada 2000. o uspostavi okvira za djelovanje Zajednice u području vodne politike, SL L 327, 22.12.2000., str. 1., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 001., str. 48.
3. Direktiva 2003/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26. svibnja 2003. o osiguravanju sudjelovanja javnosti u izradi određenih planova i programa koji se odnose na okoliš i o izmjeni direktiva Vijeća 85/337/EEZ i 96/61/EZ s obzirom na sudjelovanje javnosti i pristup pravosuđu, SL L 156, 25.6.2003., str. 17., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 026., str. 48.
4. Direktiva 2004/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o odgovornosti za okoliš u pogledu sprečavanja i otklanjanja štete u okolišu, SL L 143, 30.4.2004., str. 56, Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 026., str. 58.
5. Direktiva 2006/118/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o zaštiti podzemnih voda od onečišćenja i pogoršanja stanja, SL L 372, 27.12.2006., str. 19, Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 028., str. 41.
6. Direktiva 2006/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 15. veljače 2006. o upravljanju kvalitetom vode za kupanje i stavljanju izvan snage Direktive 76/160/EEZ, SL L 64, 4.3.2006., str. 37, Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 006., str. 179.
7. Direktiva 2007/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. listopada 2007. o procjeni i upravljanju rizicima od poplava, SL L 288, 6.11.2007., str. 27., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 001., str. 186.
8. Direktiva 2008/105/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2008. o standardima kvalitete okoliša u području vodne politike i o izmjeni i kasnijem stavljanju izvan snage Direktiva Vijeća 82/176/EEZ, 83/513/EEZ, 84/156/EEZ, 84/491/EEZ,

- 86/280EEZ i izmjeni Direktive 2000/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 348, 24.12.2008., str. 84., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 006., str. 235.
9. Direktiva 2010/75/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 24. studenoga 2010. o industrijskim emisijama (integrirano sprečavanje i kontrola onečišćenja), SL L 334, 17.12.2010., str. 17–119., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 15., str. 159.
  10. Direktiva 2011/92/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o procjeni učinaka određenih javnih i privatnih projekata na okoliš, SL L 26, 28.1.2012., str. 1., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 027., str. 3.
  11. Direktiva 75/440/EEZ od 16. lipnja 1975. o kvaliteti površinske vode namijenjene zahvaćanju pitke vode u državama članicama, SL L 194, 25.7.1975., str. 26.
  12. Direktiva Vijeća 79/869/EEZ od 9. listopada 1979. o mjernim metodama i učestalosti uzorkovanja i analize površinske vode namijenjenih zahvaćanju pitke vode u državama članicama, SL L 271, 29.10.1979., str. 44.
  13. Direktiva Vijeća 2013/51/Euratom od 22. listopada 2013. o utvrđivanju zahtjeva za zaštitu zdravlja stanovništva od radioaktivnih tvari u vodi namijenjenoj za ljudsku potrošnju, SL L 296, 7.11.2013., str. 12.
  14. Direktiva Vijeća 76/160/EEZ od 8. prosinca 1975. o kakvoći vode za kupanje, SL L 31, 5.2.1976., str. 1.
  15. Direktiva Vijeća 76/464/EEZ od 4. svibnja 1976. o onečišćenju uzrokovanom ispuštanjem određenih opasnih tvari u vodeni okoliš Zajednice, SL L 129, 18.5.1976., str. 23.
  16. Direktiva Vijeća 78/659/EEZ od 18. srpnja 1978. o kvaliteti slatkih voda kojima je potrebna zaštita ili poboljšanje kako bi bile pogodne za život riba, SL L 222, 14.8.1978., str. 1.
  17. Direktiva Vijeća 79/923/EEZ od 30. listopada 1979. o propisanoj kvaliteti vode u kojoj žive školjkaši, SL L 281, 10.11.1979., str. 47.
  18. Direktiva Vijeća 80/68/EEZ od 17. prosinca 1979. o zaštiti podzemnih voda od onečišćenja izazvanog određenim opasnim tvarima, SL L 20, 26.1.1980., str. 43.
  19. Direktiva Vijeća 80/778/EEZ od 15. srpnja 1980. o kvaliteti vode namijenjene ljudskoj potrošnji, SL L 229, 30.8.1980., str. 11.
  20. Direktiva Vijeća 91/271/EEZ od 21. svibnja 1991. o pročišćavanju komunalnih otpadnih voda, SL L 135, 30.5.1991., str. 40., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 001., str. 5.
  21. Direktiva Vijeća 91/676/EEZ od 12. prosinca 1991. o zaštiti voda od onečišćenja uzrokovanog nitratima iz poljoprivrednih izvora, SL L 375, 31.12.1991., str. 1., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 006., str. 6.
  22. Direktiva Vijeća 92/43/EEZ od 21. svibnja 1992. o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore, SL L 206, 22.7.1992., str. 7., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 002., str. 14.
  23. Direktiva Vijeća 98/83/EZ od 3. studenoga 1998. o kvaliteti vode namijenjene za ljudsku potrošnju, SL L 330, 5.12.1998., str. 32, Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15., sv. 006., str. 51.
  24. Konvencija o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša, NN – MU, br. 1/2007.
  25. Uredba (EZ) br. 648/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o deterđentima, SL L 104, 8.4.2004., str. 1., Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 13., sv. 053., str. 74.
  26. Uredba Komisije (EU) br. 115/2010 od 9. veljače 2010. o utvrđivanju uvjeta za korištenje aktivnog aluminijevog oksida za uklanjanje fluorida iz prirodnih mineralnih voda i izvorskih voda, SL L 37, 10.2.2010., str. 13., Posebno izdanje na hrvatskom

- jeziku: Poglavlje 13., sv. 038., str. 241.
27. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 8/1998 – pročišćeni tekst, 113/2000, 124/2000 – pročišćeni tekst, 28/2001, 41/2001 – pročišćeni tekst, 55/2001 – ispravak, 76/2010, 85/2010 – pročišćeni tekst, 5/2014.
  28. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine br. 20/2010, 143/2012, 152/2014, 94/2016 – Odluka Ustavnog suda i 29/2017.
  29. Zakon o vodama, Narodne novine, br. 153/2009, 63/2011, 130/2011, 56/2013, 14/2014.
  30. Zakon o zaštiti okoliša, Narodne novine, br. 110/2007.
  31. Zakon o zaštiti okoliša, Narodne novine, br. 80/2013, 153/2013 – Zakon o gradnji, 78/2015.

#### Presude Suda EU-a i mišljenja nezavisnih odvjetnika

1. C-43/10 – Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias and Others, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 September 2012, ECLI:EU:C:2012:560 (presuda nije prevedena na hrvatski jezik).
2. C-461/13 – Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, presuda Suda (veliko vijeće) od 1. srpnja 2015., ECLI:EU:C:2015:433.
3. C-529/15 – Folk, Presuda Suda (prvo vijeće) od 1. lipnja 2017., ECLI:EU:C:2017:419
4. C-664/15 – Protect Natur-, Arten- und Landschaftschutz Umweltorganisation, Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 December 2017, ECLI:EU:C:2017:987 (presuda u trenutku pisanja rada nije bila prevedena na hrvatski jezik).
5. C-686/15 – Vodoopskrba i odvodnja, Presuda Suda (šesto vijeće) od 7. prosinca 2016., ECLI:EU:C:2016:927.
6. Mišljenje nezavisne odvjetnice Eleanor Sharpston od 12. listopada 2017., predmet C-664/15, ECLI:EU:C:2017:760.
7. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Niila Jääskinena od 23. listopada 2014., predmet C-461/13, ECLI:EU:C:2014:2324.

#### Mrežni izvori

1. EUR-Lex, Sažeci zakonodavstva EU-a, Okoliš i klimatske promjene, Zaštita voda i gospodarenje vodama, <http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/environment/2006.html?root=2006>, pristup: 1. veljače 2018.

**Lana Ofak\***

Summary

## **HARMONIZATION OF CROATIAN LEGISLATION WITH EU LAW IN THE FIELD OF WATER PROTECTION WITH SPECIAL EMPHASIS ON PUBLIC PARTICIPATION AND ACCESS TO JUSTICE**

The legal protection of water is a field of law with the highest number of initiated infringement proceedings against EU member states related to violations of environmental law. In addition, the European State of Environment Report – State and Outlook in 2015 determined that EU member states were far from having healthy aquatic ecosystems, and the target of achieving a good status by 2015 was reached by only half of surface water bodies. This paper will analyse certain aspects of legal protection of water which EU Member States are obliged to provide under the Water Framework Directive. This paper will examine the compatibility of Croatian legislation with the provisions of the Water Framework Directive and the Convention on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), as interpreted by the Court of Justice in Judgments C-461/13 Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland ("Weser") and C-664/15 Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation. The paper will also offer some solutions for harmonizing Croatian legislation with the provisions of the Water Framework Directive and the Aarhus Convention.

**Keywords:** *Water Framework Directive, Aarhus Convention, Water Act, Environmental Protection Act, Case Law of the Court of Justice of the European Union.*

---

\* Lana Ofak, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb; lana.ofak@pravo.hr.

### Zusammenfassung

## **DIE ANGLEICHUNG DER KROATISCHEN GESETZGEBUNG AN DAS EU RECHT IM BEREICH DES GEWÄSSERSCHUTZES UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER ÖFFENTLICHKEITSBETEILIGUNG AN ENTSCHEIDUNGSVERFAHREN UND DES ZUGANGS ZU GERICHTEN**

Im Bereich des rechtlichen Gewässerschutzes wurden die meisten Verfahren gegen die EU-Mitgliedstaaten wegen der Verletzung des Umweltrechtes eingeleitet. Darüber hinaus wurde im Europäischen Umweltbericht - Zustand und Ausblick 2015 - festgestellt, dass die EU-Mitgliedstaaten weit von der Durchsetzung gesunder Gewässerökologie sind und dass das Ziel des guten Zustands nur für die Hälfte der Binnengewässer erreicht wurde. Deshalb analysiert man in dieser Arbeit einzelne Aspekte des rechtlichen Gewässerschutzes, welche die EU-Mitgliedstaaten laut der Wasser-Rahmenrichtlinie versorgen müssen. Ebenfalls überprüft die Arbeit die Angeglichenheit der kroatischen Gesetzgebung an die Wasser-Rahmenrichtlinie und an das Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus Konvention), welche der Gerichtshof der Europäischen Union in Urteilen C-461/13 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland ("Weser")* und C-664/15 *Protect Natur-, Arten- und Landschaftschutz Umweltorganisation* ausgelegt hat. Die Arbeit schlägt auch bestimmte Lösungen für die Angleichung der kroatischen Gesetzgebung an die Bestimmungen der Wasser-Rahmenrichtlinie und der Aarhus Konvention vor.

**Schlüsselwörter:** *Wasser-Rahmenrichtlinie, Aarhus Konvention, Gewässergesetz, Umweltschutzgesetz, Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union.*



Riassunto

## **ADEGUAMENTO DELLA LEGISLAZIONE CROATA AL DIRITTO DELL'UE NELL'AMBITO DELLA TUTELA DELLE ACQUE CON PARTICOLARE ATTENZIONE ALLA PARTECIPAZIONE DEL PUBBLICO ED ALL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA**

La tutela giuridica delle acque è il campo del diritto che annovera il maggior numero di procedimenti avviati contro gli stati membri dell'Unione europea a causa di violazioni del diritto all'ambiente. Oltre a ciò, nella relazione europea sull'ambiente – lo stato e le prospettive 2015. è stato accertato che gli stati membri dell'UE sono lontani dalla creazione di sistemi idrici ecosostenibili; posto che il fine della realizzazione di un buon sistema nel 2015 è stato raggiunto soltanto nella metà delle acque. In questo lavoro si analizzeranno gli aspetti della tutela legale delle acque che gli stati membri dell'UE sono obbligati ad assicurare in forza della Direttiva quadro sulle acque. Nel lavoro si disaminerà l'adeguamento della legislazione croata rispetto alla Direttiva quadro sulle acque e la Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (Convenzione di Aarhus), che la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha richiamato nelle sentenze C-461/13 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland ("Weser")* e C-664/15 *Protect Natur-, Arten- und Landschaftschutz Umweltorganisation*. Nel lavoro verranno altresì offerte alcune soluzioni per l'adeguamento della legislazione croata con le disposizioni della Direttiva quadro sulle acque e la Convenzione di Aarhus.

**Parole chiave:** *Direttiva quadro sulle acque, Convenzione di Aarhus, legge sulle acque, legge sulla tutela dell'ambiente, giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea.*



## PRAVNO UREĐENJE KUPNJE DIONICA CILJNOG DRUŠTVA ZADUŽIVANJEM (LBO TRANSAKCIJE)

*Izv. prof. dr. sc. Saša Prelič\**  
*Doc. dr. sc. Antonija Zubović\*\**

UDK 347.728.2  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.10>  
Ur.: 16. veljače 2018.  
Pr.: 25. veljače 2018.  
Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U radu se obrađuju transakcije kod kojih se stjecanje dionica financira zaduživanjem ciljnog društva (LBO transakcije), ukazujući na otvorena pitanja u njihovoj primjeni. Autori se posebno osvrću na primjenu propisa o povezanim društvima te na provođenje statusne promjene pripajanja kod LBO transakcija. Budući da je praksa pokazala da se LBO transakcije često koriste u postupcima preuzimanja, autori u zasebnom poglavlju obrađuju korištenje ovih transakcija u tim postupcima. U radu se analizira europski regulatorni okvir uređenja LBO transakcija te se iznose i uspoređuju rješenja hrvatskoga, slovenskog i talijanskog prava. Uspoređujući rješenja istraženih pravnih poredaka uočeno je da su sva tri istražena pravna poretka različito uređila ove transakcije. Dok su Hrvatska i Italija uređile LBO transakcije na način kako ih uređuje Druga direktiva u pravu društava, slovenski je zakonodavac znatno pooštrio uvjete za korištenje ovih transakcija, odnosno de facto onemogućio njihovo korištenje. Temeljem rezultata provedenoga istraživanja, autori zaključno daju prijedloge rješenja de lege ferenda.*

**Ključne riječi:** *LBO transakcije, MBO transakcije, preuzimanje dioničkih društava, ciljno društvo, zaduživanje društva, povezana društva, pripajanje.*

\* Dr. sc. Saša Prelič, izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mariboru; [sasa.prelic@um.si](mailto:sasa.prelic@um.si).

\*\* Dr. sc. Antonija Zubović, docentica Pravnog fakulteta u Rijeci; [azubovic@pravri.hr](mailto:azubovic@pravri.hr).  
Ovaj rad su financirali Hrvatska zaklada za znanost projektom br. 9366 „Pravni aspekti korporativnih akvizicija i restrukturiranje društava utemeljenih na znanju” te Sveučilište u Rijeci projektom br. 13.08.1.2.01 „Zaštita korisnika na hrvatskom i europskom tržištu financijskih usluga”.

## 1. UVOD

Jedno od ključnih pitanja u postupku stjecanja dionica društva, osobito u postupku preuzimanja, koji ima za cilj stjecanje ili učvršćivanje kontrole nad društvom, pitanje je načina financiranja stjecanja dionica ciljnoga društva. Stjecatelju je u interesu steći dionice po što povoljnijoj cijeni te uz korištenje za njega najpovoljnije financijske transakcije. Jedan od načina financiranja stjecanja dionica jest kroz transakciju u kojoj se stjecanje dionica ciljnoga društva financira zaduživanjem samoga ciljnog društva, tzv. *leveraged buy-out* transakcije. Kod ovih transakcija financijski rizik stjecanja dionica prebacuje se sa stjecatelja na ciljno društvo. Dakle, ciljno društvo je ono koje na sebe preuzima rizik otplate duga. Upravo tako postavljena financijska konstrukcija otvara niz otvorenih pitanja na koja je potrebno dati odgovor. To je ponajprije dopustivost ovakvih transakcija, način njihove provedbe, kao i zadiranje u osnovna načela prava društava. Ova pitanja bit će naglašenija ako se kao stjecatelji dionica pojavljuju članovi uprave ili nadzornog odbora, kod kojih se osobito postavlja pitanje rješavanja sukoba interesa.

U europskom pravu LBO transakcije uređene su Drugom direktivom u pravu društava, čija je posljednja izmjena stupila na snagu 19. srpnja 2017. godine. Međutim, valja naglasiti da je riječ o direktivi minimalne harmonizacije, stoga države članice mogu proširiti njihovu primjenu i na ona društva i one slučajeve koji njome nisu izričito uređeni.

Nacionalni zakonodavci su različito uređili pitanje stjecanja dionica kroz *leveraged buy-out* transakcije, kod kojih se kao zasebno pitanje otvara i mogućnost njihove primjene u postupku preuzimanja. Riječ je o postupku koji ima za cilj stjecanje ili učvršćivanje kontrole nad uvrštenim društvom, u kojem primjena ovakvih transakcija dodatno otvara mogućnosti zloraba i postupanja koja bi mogla ići na uštrb samoga ciljnog društva, dovodeći u pitanje njegovu opstojnost i daljnje poslovanje. Međutim, potrebno je voditi računa i o pravima koja proizlaze iz dionica te granicu zadiranja u upravljačka prava dioničara.

Zadatak je ovoga rada razjasniti transakcije kod kojih se stjecanje dionica financira zaduživanjem ciljnoga društva, ukazati na otvorena pitanja u primjeni ovih transakcija te uspoređujući rješenja ispitivanih pravnih poredaka dati prijedloge rješenja *de lege ferenda*.

## 2. POJAM I VRSTE LBO TRANSAKCIJA

Pod pojmom *leveraged buy-out* (dalje u tekstu: LBO) podrazumijeva se transakcija u kojoj se stjecanje dionica ciljnog društva financira zaduživanjem.<sup>1</sup> Uočava se da je takav način financiranja kupnje dionica ciljnog društva u postupku preuzimanja, u posljednjim godinama u porastu.

Zajednička karakteristika LBO transakcija je da ponuditelj financira stjecanje

---

<sup>1</sup> LBO transakcije prvi se puta pojavljuju šezdesetih godina 20. stoljeća u SAD-u, a svoj procvat doživljavaju osamdesetih godina 20. stoljeća. Ove su transakcije bile poznate pod imenom *bootstrap acquisition*.

kontrolnoga paketa dionica nekoga ciljnog društva sredstvima koja je stekao zaduživanjem. Kao izvor financiranja “preuzimanja”, pod kojim podrazumijevamo postupak stjecanja kontrole nad ciljnim društvom, služi imovina ciljnog društva, odnosno ciljno je društvo to koje će iz svoje imovine otplaćivati preuzeti dug. Stoga se ti otkupi i nazivaju “kreditirani otkupi”.<sup>2</sup>

Promatrano s financijskoga aspekta, ponuditelji stječu dionice društva s malim financijskim izdatkom. S druge strane, ciljno društvo opterećuje svoju imovinu, čime postaje manje atraktivno za druge ulagatelje. Dakle, financijski rizik stjecanja dionica prenosi se sa stjecatelja dionica (ponuditelja) na ciljno društvo.<sup>3</sup> Ponuditelj se u obvezi otplate duga oslanja na imovinu ciljnog društva. Međutim, nužno je naglasiti da, iako ovakvim načinom zaduživanja ciljnog društva dolazi do opterećivanja njegove imovine, što će imati za posljedicu smanjivanje vrijednosti njegovih dionica, ovakav način stjecanja dionica bit će isplativ ponuditelju nakon što ciljno društvo isplati preuzeti dug.<sup>4</sup>

Davanje ovakve financijske pomoći ponuditelju može dovesti do neželjenih posljedica za ostale dioničare ciljnog društva, budući da time može doći do manipuliranja cijenama dionica ciljnog društva. Članovi uprave ciljnog društva mogu favorizirati određenog ulagatelja na uštrb ostalih potencijalnih ulagatelja, dajući mu financijsku podršku za stjecanje dionica. Takvo ponašanje može dovesti do smanjenja imovine ciljnog društva te može ugroziti interese dioničara i kreditora. Ovakvi slučajevi, zajedno s povećanim rizikom od bankrota, objašnjavaju zašto su mnogi pravni poređci oprezno pristupili uređenju transakcija davanja financijske podrške što uključuje i LBO transakcije.

Razlikuje se nekoliko vrsta LBO transakcija. Ovisno o osobi koja se pojavljuje u ulozi stjecatelja dionica ciljnog društva možemo govoriti, o tzv. *management buy-out* transakcijama (dalje u tekstu: MBO), ako dionice stječu direktori društva, te o *employee buy-out*, kada dionice stječu zaposlenici društva. Ako dionice stječe drugo društvo, u doktrini se govori o *corporate buy-out*, dok se za institucionalne ulagatelje u ulozi stjecatelja dionica koristi pojam *institutional buy-out* transakcije (IBO).<sup>5</sup>

2 Prelič, Saša, MBO - koga je treba varovati pri kreditiranih odkupih (LBO) in kako, *Pravna praksa*, br. 2., 2008., str. 6.

3 Varanelli, Luigi, Leveraged buyouts med teorijo in prakso, *Podjetje in delo*, god. 27., br. 3-4., 2001., str. 356., ističe da je “pravi” dužnik ciljno društvo, a ne ponuditelj. Chinmay, Prakash, Saylee, Warade, *Leveraged Buyout – “It’s Positioning Through Time”*, *Orion, The Research Journal*, vol. 1., br. 1., 2013., str. 16., ističu da se 70 do 90 % transakcije financira zaduživanjem. Mao, Yaping, Renneboog, Luc, *Do Managers Manipulate Earnings Prior to Management Buyouts?*, *ECGI - Finance Working Paper No. 383*, 2013., dostupno na <https://ssrn.com/abstract=2330784> (18.1.2018.), str. 3., iznose podatak da se najčešće radi o 60 do 90%. Međutim, u posljednje vrijeme taj se postotak smanjio na 50 do 60 %, što je posljedica financijske krize.

4 Eckbo, B. Espen, Thorburn, Karin S., *Corporate Restructuring: Breakups and LBOs*, *Handbook of Corporate Finance: Empirical Corporate Finance*, u: Eckbo B. Espen (ur.), *Elsevier/North-Holland Handbook of Finance Series*, vol. 2., 2008., str. 431.-496.

5 Tübke, Alexander, *Success Factors of Corporate Spin-offs*, *ISEN International Studies in Entrepreneurship*, Kluwer Academic Publishers, 2004., str. 22., Seel, Gregory, Brian, *An Overview of Leveraged Buy-Out Transactions*, <http://ssrn.com/abstract=1532261> (22.11.2017.),

O *management buy-out* transakciji, kao obliku LBO transakcije, govorimo kada zaduživanjem ciljnog društva dionice stječu članovi organa upravljanja. Razlikuje se nekoliko oblika MBO transakcija: MBO transakcija u kojoj se dionice stječu ponudama koje su upućene jednom ili nekolicini dioničara (*stock acquisition MBO with partial bid*), MBO transakcije u kojima je bilo obvezna ili dobrovoljna ponuda upućena svim dioničarima ciljnog društva (*stock acquisition MBO with bid for total shareholding*) te MBO transakcije kojima je cilj kupnja pojedinih dijelova imovine društva (*asset acquisition MBO*).

Ovisno o tomu pojavljuju li se kao stjecatelji dionica članovi uprave tog ciljnog društva ili članovi uprave drugoga društva, razlikuju se MBO transakcije i MBI (*management buy-in*) transakcije. U prvom slučaju, dakle kada dionice stječu članovi uprave ciljnog društva riječ je o MBO transakcijama, dok se ako dionice ciljnog društva stječu članovi uprave nekog društva govori o MBI transakcijama. Iako se u oba slučaja radi o članovima uprave, njihov se položaj bitno razlikuje, primjerice kada je riječ o informacijama i podacima kojima raspolazu, kao i mogućnosti utjecaja na ishod transakcije, stoga se ovdje govori o dva različita oblika LBO transakcija. Transakcija u kojoj su ponuditelji i članovi uprave ciljnog društva i članovi uprave nekoga drugog društva u literaturi se naziva *buy-in-management buyout* (BIMBO).

LBO transakcije mogu se provesti na način da dolazi do osnivanja novoga društva (*NewCo*) koje onda stječe dionice ciljnog društva, što najčešće čine članovi uprave ciljnog društva kod poduzimanja MBO transakcije. Kod ove varijante LBO transakcije, riječ je o društvu koje se osniva radi stjecanja dionica ciljnog društva, koje se po dovršetku LBO transakcije najčešće pripaja ciljnom društvu (*downstream merger*) ili, pak, ono pripaja ciljno društvo (*upstream merger*). Dakle, općenito gledano, postoje dva oblika ostvarivanja LBO transakcija: kada po dovršetku LBO transakcije ne dolazi do statusne promjene pripajanja i uz pripajanje društava (tzv. *merger leveraged buy-out*).<sup>6</sup>

### **3. PRIMJENA PROPISA O POVEZANIM DRUŠTVIMA KOD LBO TRANSAKCIJA**

Budući da kod ostvarivanja LBO transakcija nastaje poseban oblik povezanosti između stjecatelja dionica, kada je stjecatelj dionica društvo, i ciljnog društva, pri analizi LBO transakcija bitno je skrenuti pažnju i na odredbe o povezanim društvima. Struktura LBO transakcije na određeni je način oblik stvarnoga (faktičnog) koncerna, kojega karakterizira jedinstveno vođenje. Osnova za jedinstveno vodstvo je zajednička financijska funkcija, koja je ključan element strukture LBO transakcije. Dakle, provođenjem ove transakcije ciljno društvo postaje ovisno društvo (društvo kćer), dok je društvo koje je steklo dionice ciljnog društva vladajuće društvo (društvo majka).<sup>7</sup>

---

gdje daje prikaz LBO transakcije.

6 U ovom slučaju stjecatelj se zadužuje, a preuzete obveze ispunjava novo društvo. Vidjeti više kod Bergamo, Elio, Tiburzi, Pierluigi, *Le nuove trasformazioni, fusioni, scissioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2005., str. 155., Varanelli, Luigi, op. cit., str. 359.

7 Prelič, Saša, op. cit., str. 6-8.

Kada je riječ o faktičnom koncernu vladajuće društvo ne smije koristiti svoj utjecaj na način da ovisno društvo uputi<sup>8</sup> na to da poduzme štetne pravne poslove ili da poduzme ili propusti radnje na svoju štetu. Međutim, vladajuće bi društvo to ipak moglo učiniti ako se obveže da će ovisnom društvu nadoknaditi štetu koja bi mu time nastala (čl. 496. st. 1. ZTD-a, čl. 545. st. 1. ZGD-a). U tom slučaju, ako se šteta ne nadoknadi u poslovnoj godini, mora se najkasnije na kraju poslovne godine u kojoj je ovisnome društvu počinjena šteta utvrditi kada će se i na koji način to učiniti. Ujedno se ovisnome društvu mora osigurati odgovarajući pravni zahtjev prema vladajućem društvu (čl. 496. st. 2. ZTD-a, čl. 545. st. 2. ZGD-a).

Ako vladajuće društvo ne bi postupilo prema navedenim odredbama, ono je dužno ovisnome društvu nadoknaditi svu štetu koja iz toga proizađe.<sup>9</sup>

Otvoreno pitanje koje se pojavljuje kod primjene odredaba o naknadi štete za davanje štetnih uputa jest utvrđivanje visine pričinjene štete. U doktrini je zauzeto stajalište da bi se visina štete trebala odrediti prema okolnostima koje su postojale u trenutku poduzimanja pravnoga posla ili radnje koja je uzrokovala štetu, a ne okolnosti koje su postojale u trenutku nastanka posljedica takve radnje.<sup>10</sup>

Međutim, valja istaknuti da je zakonom propisan i razlog oslobađanja od obveze naknade štete, a to će biti u slučaju ako bi uredan i savjestan voditelj poslova nekoga nezavisnog društva ušao u takav pravni posao ili bi poduzeo ili propustio istu takvu radnju (čl. 501. st. 3. ZTD-a). Ovakvim propisivanjem slabi se učinkovitost odredaba o ovlastima i odgovornostima vladajućeg i ovisnog društva. Ujedno valja istaknuti da, dok je ovaj razlog u hrvatskom zakonodavstvu izričito propisan, u slovenskom zakonodavstvu nema takve odredbe.

Kod povezanosti trgovačkih društava udjelima u temeljnom kapitalu, osnovna obveza uprave ovisnog društva izrada je izvješća o odnosima s povezanim društvima (tzv. izvješće o ovisnosti).<sup>11</sup> Svrha je izrade ovih izvješća pribavljanje podataka koji

8 Jurić, Dionis, *Hrvatsko pravo povezanih društava s prikazom njemačkog, francuskog i engleskog prava* (magistarski rad), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2002., str. 98., ističe da se pod upućivanjem podrazumijeva svaki utjecaj vladajućeg društva na upravu i djelatnike ovisnog društva. Naglašava da se utjecaj može ostvarivati i kroz skupštinu ovisnog društva na kojoj vladajuće društvo ima većinu glasova.

9 Sukladno odredbi čl. 501. st. 1. ZTD-a zahtjev za naknadu štete mogu pojedinačno postaviti i dioničari i članovi društva bez obzira na štetu koja im je prouzročena štetom počinjenom društvu. Ujedno pored vladajućeg društva, kao solidarni dužnici, odgovaraju i zakonski zastupnici društva koji su uputili ovisno društvo na to da poduzme štetni pravni posao. Za slovensko zakonodavstvo vidjeti odredbe čl. 547. ZGD-a.

10 Jurić, Dionis, *op. cit.*, str. 97.

11 U izvješću treba navesti sve pravne poslove koje je društvo u prethodnoj godini poduzelo s vladajućim društvom ili s njime povezanim društvima ili prema uputama u interesu tih društava, kao i sve druge radnje, koje je u protekloj godini prema uputama tih društava poduzelo ili propustilo poduzeti. Kod pravnih poslova moraju se navesti činidba i protučinidba, a kod ostalih radnji razlozi za njihovo poduzimanje te njima postignute prednosti i štete koje su nastale za društvo. Pri pokrivanju gubitaka mora se pojedinačno navesti kako je stvarno nadoknađen gubitak u poslovnoj godini ili za što je društvu bilo omogućeno da postavi pravni zahtjev. Na kraju izvješća uprava, odnosno izvršni direktori moraju izjaviti je li društvo prema okolnostima koje su bile poznate u trenutku kada je poduzet pravni posao ili neka radnja ili kada je ona propuštena, za svaki pravni posao primilo odgovarajuću protučinidbu i nije li time što je neka

kasnije mogu poslužiti za podnošenje zahtjeva za naknadu štete zbog nesavjesnog rada članova uprave i nadzornog odbora vladajućeg i ovisnog društva. Osnovni prigovor koji se upućuje izvješću o ovisnosti je da ga ne dobivaju neposredno na uvid članovi društva.<sup>12</sup> Ono se ne objavljuje jer često sadrži podatke koji su poslovna tajna. Izvješće se dostavlja revizoru i nadzornom odboru, koji o tomu izvještava skupštinu ovisnog društva.

Svaki član ovisnog društva ima pravo postaviti zahtjev sudu da se posebno ispituju poslovni odnosi društva s vladajućim društvom ili s nekim društvom koje je s njime povezano. Oni to mogu učiniti u sljedećim slučajevima: 1. ako je revizor ograničio izjavu o prihvaćanju izvješća o ovisnosti uprave ovisnog društva ili ju je odbio dati, 2. ako se nadzorni, odnosno upravni odbor izjasnio za to da treba staviti prigovore na izjavu uprave koju je ona dala na kraju svoga izvješća o odnosima s povezanim društvima, 3. ako su uprava, odnosno izvršni direktori izjavili da je društvo bilo oštećeno određenim pravnim poslovima ili mjerama, a da mu šteta nije nadoknađena. Prenošenjem izmjena odredaba Druge direktive u hrvatsko zakonodavstvo, koje su stupile na snagu 1. travnja 2008.,<sup>13</sup> dodana je odredba prema kojoj ako postoje okolnosti koje opravdavaju sumnju da je postupanjem protivno obvezi urednog vođenja poslova oštećeno društvo, zahtjev mogu postaviti i dioničari, odnosno članovi društva na čije dionice, odnosno poslovne udjele otpada 5 % temeljnoga kapitala ako učine vjerojatnim da su najmanje tri mjeseca prije postavljanja zahtjeva dioničari, odnosno članovi društva.

#### **4. LBO TRANSAKCIJE KAO INSTRUMENT ZA PROVOĐENJE STATUSNE PROMJENE PRIPAJANJA**

LBO transakcije mogu poslužiti kao učinkoviti instrument za provođenje statusne promjene pripajanja (engl. *merger leveraged buy out* - MLBO).

Kod MLBO transakcija razlikuju se dvije vrste pripajanja. Prvi je slučaj kada dolazi do pripajanja novoosnovanoga društva (*NewCo*) ciljnom društvu (*downstream merger*), dok u drugom slučaju dolazi do pripajanja ciljnog društva (društva kćeri) novoosnovanom društvu (*upstream merger*).<sup>14</sup> U doktrini se ističe da je najčešći oblik pripajanja kod MBO transakcija pripajanje novoosnovanog društva (*NewCo*) ciljnom društvu, čime novoosnovano društvo (*NewCo*) prestaje postojati (*downstream merger*). Budući da je pripajanje statusna promjena kod koje dolazi do prijenosa svih prava i obveze pripojenoga društva na društvo preuzimatelja (ciljno društvo), što uključuje i obveze proizašle iz LBO transakcije, posljedica je da dug koji je nastao zbog stjecanja dionica, ne otplaćuje subjekt koji je kupio dionice, već ciljno društvo

---

radnja bila poduzeta ili propuštena došlo do štete. Ako je društvo pretrpjelo štetu, uprava mora osim toga izjaviti je li mu ona nadoknađena. Ova se izjava unosi i u izvješće o stanju društva. Vidi čl. 497. st. 1. i 3. ZTD-a. Za slovensko pravo vidi odredbu čl. 545. st. 3.-5. ZGD-a.

12 Jurić, Dionis, op. cit., str. 99.

13 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 107/07.

14 Prelič, Saša, Prostor, Jerneja, Aktualna vprašanja pri statusnih preoblikovanj v Republiki Sloveniji (implementacija Direktive 2009/109/EC), Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34., br. 1., 2013., str. 611.



(tzv. *debt push down*).<sup>15</sup> Ističe se da time nastaje trostruki učinak: porezne pogodnosti radi financijskih izdataka u društvu kćeri (ciljnom društvu), davatelj kredita stječe bolje osiguranje za dani kredit, slabljenje zaštite (položaja) manjinskih dioničara i vjerovnika ciljnog društva.<sup>16</sup>

U doktrini se ističe stajalište da je prijenos dugova na društvo preuzimatelja (ciljno društvo) dopušten kada je prije pripajanja u društvu koje se pripaja (*NewCo*) učinjeno redovno smanjenje temeljnoga kapitala. Smanjenje mora odgovarati najmanje visini smanjene imovine društva. To je jednako razlici između prenesenih dugova i stvarne vrijednosti imovine. Drugim riječima, prijenos duga ne smije biti veći od najveće dopuštene visine smanjenja temeljnoga kapitala.<sup>17</sup>

Kod pripajanja treba voditi računa i o interesima vjerovnika ciljnog društva, u ovom slučaju društva preuzimatelja. U doktrini se ističe stajalište da ako se vjerovnicima ne bi mogla podmiriti dospjela potraživanja niti dati osiguranje, ne može doći do pripajanja.<sup>18</sup>

## 5. OTVORENA PITANJA PRIMJENE LBO TRANSAKCIJA

LBO transakcije otvaraju pitanje poštovanja nekih osnovnih načela prava društava. Ponajprije se postavlja pitanje jednakoga položaja dioničara društva, koje je osobito naglašeno kod MBO transakcija kada u stjecanju dionica ne sudjeluju svi dioničari društva.<sup>19</sup>

Osjetljivost LBO transakcija uočava se u mogućnosti nastanka sukoba interesa između pojedinih subjekata, od kojih se prvenstveno ističe sukob koji se javlja između dioničara i direktora ciljnog društva, koji je osobito naglašen kod MBO transakcija, budući da se direktori društva nalaze na obje strane iste transakcije, djeluju i kao kupci i prodavatelji, odnosno zastupnici prodavatelja (dioničara) dionica ciljnog društva.<sup>20</sup> Tako će članovi uprave, gledano sa stajališta kupca dionica ciljnog društva, nastojati kupiti te dionice po povoljnijoj, nižoj cijeni, dok s druge strane, kao članovi uprave imaju dužnost postupati u najboljem interesu društva, što bi značilo postići najbolju cijenu za dionice. Drugim riječima, oni mogu utjecati na vrijednost društva, odnosno

15 Varanelli, Luigi, Menedžerski odkupi, izvedeni s tehniko management buyout, Pravna praksa, br. 49-50., 2007., str. 6-8.

16 Tompa, Gašper, Dopustnost operacij LBO/MBO, Pravna praksa, god. 28., br. 37., 2009., str. I.

17 Ibid., str. II. gdje se poziva na Hügel, H. F., Verschmelzung und Einbringung: Unternehmensübertragung auf verbandsrechtlicher Grundlage im österreichischen und deutschen Gesellschafts-, Bilanz- und Ertragsteuerrecht der Kapitalgesellschaften, von Hanns F. Hügel, Manz, 1993., str. 50.

18 Tompa, Gašper, op. cit., str. III. gdje se poziva na Koppensteiner, H.-G., Österreichisches und Europäisches Verschmelzungsrecht, u: FS Jihann Semler, 1993., str. 491.

19 Tompa, Gašper, op. cit., str. I., Parać, Zoran, Nedopušteno stjecanje vlastitih dionica i njegove pravne posljedice, Pravo u gospodarstvu, god. 38., sv. 4., 1999., str. 609-610.

20 Sukob interesa može se pojaviti i u drugim slučajevima, poput donošenja odluke o pripajanju novoosnovanog društva ciljnom društvu. O sukobu interesa može se govoriti ne samo kod stjecanja dionica ciljnog društva, već i kod stjecanja njegove imovine na ovakav način (*asset-acquisition LBO*).

moгу smanjiti vrijednost njegove imovine,<sup>21</sup> čime će utjecati na cijenu dionica društva, odnosno doći će do njezina smanjivanja.

Direktori ujedno mogu utjecati i na financijske rezultate društva prije provođenja LBO transakcije te tako utjecati na cijenu dionica i vrijednost transakcije. Istraživanja su pokazala da direktori često koriste mehanizme koji dovode do smanjivanja financijskih rezultata ciljnog društva, osobito kod MBO transakcija, kako bi stekli dionice po nižoj cijeni.<sup>22</sup> Međutim, valja istaknuti da će financijski rezultat biti čimbenik koji će utjecati i na iznos financijske pomoći koju daje ciljno društvo, stoga ako je on niži bit će niži i iznos financijske pomoći. Dakle, direktori društva moraju prosuditi njihov interes u korištenju ove mogućnosti. Istraživanja pokazuju da u ciljnim društvima u kojima se namjerava provesti MBO transakcija dolazi do smanjivanja financijskoga rezultata, najčešće povećavanjem troškova društva, primjerice troškova proizvodnje, u fazi prije provođenja transakcije, u odnosu na ona društva kod kojih se ne namjerava provesti ova transakcija. Ujedno se ističe da je smanjivanje financijskog rezultata uočljivije ako se provodi MBO u odnosu na LBO transakciju.<sup>23</sup>

Otvoreno je i pitanje postojanja asimetrije informacija, koje polazi od pretpostavke da članovi uprave imaju više informacija o društvu od ostalih dioničara društva. Tako članovi uprave imaju povlaštene informacije o društvu, koje nisu javno dostupne, a koje bi mogle utjecati na buduće poslovanje društva, čime također mogu utjecati i na vrijednost društva i vrijednost dionica društva.<sup>24</sup> Ujedno bi te informacije mogli koristiti bilo kod prodaje ili kupnje dionica ciljnog društva i na tako utjecati na ishod transakcije. Međutim, valja istaknuti da ako poduzmu aktivnosti koje će dovesti do pada vrijednosti društva, posljedično će to dovesti do pada vrijednosti njihovih dionica.<sup>25</sup>

Ističe se da bi se kod pravnih poredaka koji uređuju ovakav sukob interesa navedene odredbe mogle primijeniti samo na teoretskoj razini, ali bi vrlo teško došle u primjenu u praksi za ocjenu poduzetih postupaka direktora prije transakcije.<sup>26</sup>

21 Primjerice, prodajom vrijedne imovine društva (tzv. *crown jewels*). Vidi više kod Zubović, Antonija, Stjecanje glasačke kontrole nad uvrštenim društvom (doktorska disertacija), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012., str. 189.-191.

22 Renneboog, Luc, Vansteenkiste, Cara, Leveraged Buyouts: A Survey of the Literature, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Finance Working Paper No. 492/2017, dostupno na <https://ssrn.com/abstract=2896653> (15.1.2018.), str. 12., 29.

23 Mao, Yaping, Renneboog, Luc, op. cit, str. 3.-4.

24 Čulinović-Herc, Edita, Povreda obveze objave podataka na tržištu kapitala i sporovi ulagatelja (dioničara) protiv uvrštenih društava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., br. 1., 2009., str. 135.-170., Maurović, Ljiljana, Korištenje povlaštenih informacija managementa u stjecanju vlastitih dionica društva, Hrvatska pravna revija, br. 12., 2004., str. 45.

25 Ovakvo postupanje članova uprave može dovesti do istiskivanja dioničara po cijeni koja je znatno niža od stvarne vrijednosti. Osano, Hiroshi, Acquisition Mode and Financing in Takeovers, <http://ssrn.com/abstract=1373552> (28.12.2017.), Scholes, Louise, Wright, Mike, Westhead, Paul, Burrows, Andrew, Bruining, Hans, Information Sharing, Price Negotiation and Management Buy-outs of Private Family-owned Firms, <http://ssrn.com/abstract=982896> (28.12.2017.), Jensen, Michael, C., Warner, Jerold, B., The Distribution of Power Among Corporate Managers, Shareholders, and Directors, <http://papers.ssrn.com/abstract=173459> (29.12.2017.), str. 16.

26 Vicari, Andrea, Conflicts of Interest of Target Company's Directors and Shareholders in

Stoga se predlaže da se problem smanjivanja vrijednosti društva od strane direktora, može riješiti upućivanjem na odredbe o njihovoj odgovornosti zajedno sa striktnim tumačenjem pravila poslovne prosudbe.<sup>27</sup>

Vezano za objavu informacija, zloraba bi se mogla prevenirati nametanjem obveze objavljivanja određenih informacija, dakle većom transparentnošću. Ističe se da se u pojedinim europskim državama zahtijeva da društva u slučaju transakcija s povezanim osobama (engl. *correlated parties*), koje uključuju transakcije između društva i drugoga društva kojega kontroliraju direktori prvog društva, moraju objaviti niz podataka vezanih za uvjete pod kojima transakcija treba biti izvršena, razloge za njezino poduzimanje, postupak izračuna cijene te procjena njezine usklađenosti s tržišnom vrijednošću u sličnim operacijama i mogućem postojanju procjena stručnjaka za potvrdu njezine pravičnosti.<sup>28</sup> Analizirajući odredbe o povezanim društvima, valja istaknuti da će se najčešće ovi podatci zahtijevati za povezana društva, dakle ona društva koja su povezana s ciljnim društvom.

Kada je riječ o uobičajenim LBO transakcijama, dakle kada se kao stjecatelji dionica ne pojavljuju direktori društva, problematika postojanja sukoba interesa je drukčija. Direktori se nalaze u položaju da mogu utjecati na ponuditelja s kime će društvo sklopiti transakciju. Oni mogu favorizirati pojedine ponuditelje, na način da im se zauzvrat ponude određene koristi.<sup>29</sup> Ovdje su osobito važni ekskluzivni sporazumi (engl. *exclusive agreements*) koji mogu sadržavati odredbe o penaliziranju ciljnog društva u slučaju povrede njihovih klauzula. Zajednička karakteristika ovakvih sporazuma, koji mogu biti sklopljeni s različitim sadržajem, jest da ograničavaju ciljno društvo u poduzimanju "paralelnih pregovora" s drugim potencijalnim ponuditeljima, što bi se inače moglo poduzeti bez ikakvih ograničenja i zabrana (engl. *no-shop provision*).

Važni sporazumi na ovom području su i oni koji jamče novoosnovanom društvu (*NewCo*) pravo stjecanja dionica ili imovine ciljnog društva po unaprijed određenoj cijeni, koje se može izvršavati kada treća osoba stekne dionice kojima prelazi određeni postotak temeljnoga kapitala društva (engl. *lock-ups*).<sup>30</sup> Sklapanjem ovih

---

Leveraged Buy-Outs, *European Company & Financial Law Review*, vol. 4., br. 3., September, 2007., str. 353., ističe da pojedine europske države u svojim zakonima sadrže odredbe o sukobu interesa dajući primjer Francuske gdje je to propisano čl. L. 225-38, L. 225-40 i L. 225-42 francuskoga Trgovačkog zakonika (*Code de Commerce*), Velike Britanije gdje su navedene odredbe sadržane u čl. 177. et seq. te 190. et seq. Companies Act iz 2006. godine i Italije gdje je riječ o čl. 2391., 2391-bis i 2373. Codice Civile.

27 Ibid., str. 354.

28 Npr. čl. 2391-bis talijanskoga Građanskog zakonika, čl. 71-bis Consob Regulation 11971/1999 te Schedule 4 Aneks 3B Consob Regulation 11971/1999. Kod primjene ovih odredaba ostaje otvoreno pitanje tumačenja pojma *correlated parties* te se dolazi do zaključka da se ove odredbe ne bi primjenjivale na transakcije između novoosnovanog društva (*NewCo*) od strane direktora ciljnog društva i pojedinih dioničara ciljnog društva, kada je ponuda upućena samo njima (engl. *partial bid*). Consob Regulation 11971/1999, dostupno na: [http://www.consob.it/mainen/documenti/english/laws/reg11971e.html?symbblink=/mainen/issuers/listed\\_companies/reg11971e.htm](http://www.consob.it/mainen/documenti/english/laws/reg11971e.html?symbblink=/mainen/issuers/listed_companies/reg11971e.htm) (15.11.2017.).

29 Koristi mogu biti u vidu većih naknada, obećanja zadržavanja položaja i dr.

30 Zubović, Antonija, op. cit., str. 187.-188.

sporazuma, novoosnovanom društvu se, s jedne strane, jamči prednost u odnosu na druge ponuditelje, a s druge, omogućeno mu je stjecanje dobiti po osnovi razlike u ugovorenoj cijeni i cijeni po kojoj dionice stječu ostali ponuditelji. Valjanost ovih sporazuma može biti podvrgnuta ispitivanju primjenom različitih zakonskih odredaba, ovisno o sadržaju sporazuma.<sup>31</sup> Ističu se oprečna stajališta o valjanosti ovih sporazuma. S jedne strane, zauzima se stajalište da ovakvi sporazumi trebaju biti ocijenjeni negativno, dok se s druge iznosi da se ove sporazume treba smatrati valjanima ako su sklopljeni u skladu s pravilom poslovne prosudbe, budući da “poput *poison pills* oni ne prekludiraju ponude, već prisiljavaju potencijalne ponuditelje da pregovaraju s upravom čime se upravi omogućava postizanje najviše cijene”.<sup>32</sup>

## 6. EUROPSKI REGULATORNI OKVIR

Prvi “val” LBO transakcija pojavio se osamdesetih godina 20. stoljeća u SAD-u, Kanadi i Velikoj Britaniji. Drugi je “val” sredinom 2000-tih godina zahvatio najvećim dijelom kontinentalnu Europu.<sup>33</sup> Širenje primjene navedenih transakcija stvorilo je potrebu njezinog regulatornog uređenja i na razini Europske unije i u nacionalnim zakonodavstvima država članica. Najveći je broj LBO transakcija u Velikoj Britaniji koju slijede Nizozemska, Francuska, Njemačka, Italija i Španjolska.<sup>34</sup>

U europskom pravu, LBO transakcije obuhvaćene su Drugom direktivom u pravu društava,<sup>35</sup> odredbom kojom se uređuju uvjeti davanja financijske pomoći, koja predstavlja nadogradnju zabrani stjecanja vlastitih dionica. Direktiva je izmijenjena

- 
- 31 Valjanost odredaba o plaćanju naknade za odustajanje može biti podvrgnuta ispitivanju primjenom odredaba o mogućnosti kažnjavanja društva, odredaba o obvezi objavljivanja ponude za preuzimanje kao i zabrani financijske podrške. Sklapanje *lock-up* sporazuma može se ispitivati primjenom odredaba o obvezi objavljivanja ponude za preuzimanje.
- 32 Vicari, Andrea, op. cit., str. 365., Jensen, Michael, C., *Active Investors, LBOs, and the Privatization of Bankruptcy*, *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 2., br. 1., 1989., str. 40., navodi primjer slučaja RJR kada je inicijalna ponuda povećana sa 75 USD po dionici na 109 USD po dionici.
- 33 Renneboog, Luc, Vansteenkiste, Cara, op. cit., str. 51. ističu da je osnovni razlog toga trenda regulatorne izmjene. Wright, Mike, Simons, Tomas, Scholes, Louise, Renneboog, Luc, *Leveraged Buyouts in the U.K. and Continental Europe: Retrospect and Prospect*, ECGI - Finance Working Paper No. 126/2006; CentER Discussion Paper Series No. 2006-70, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=918121> (5.1.2018.), str. 2., gdje ističu da je od 1996. do 2005. godine vrijednost LBO transakcija na području kontinentalne Europe porasla za više od pet puta, te je 2005. godine iznosila 100 milijardi eura.
- 34 Wright, Mike, Renneboog, Luc, Simons, Tomas, Scholes, Louise, op. cit. U Velikoj Britaniji zabrana davanja financijske podrške uređena je odredbama *Companies Act-a* (čl. 677-683.). O komentaru ovih odredaba u kontekstu LBO transakcija vidjeti više kod Giannino, Michele, *The regulation of LBOs under English and Italian Company Law*, <http://ssrn.com/abstract=1448719>, str. 5. (23.12.2017.).
- 35 Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, OJ L 26, 31.1.1977., p. 1–13.

i dopunjena 2006.,<sup>36</sup> 2009., 2012.<sup>37</sup> i 2017. godine.<sup>38</sup> Posljednja je izmjena stupila na snagu 19. srpnja 2017. godine. Uvjeti davanja financijske pomoći društva za stjecanje njegovih dionica od treće osobe propisani su u članku 64. i 65. Direktive.<sup>39</sup>

Sukladno odredbi članka 64. Direktive, kada država članica dopusti da društvo, bilo posredno ili neposredno, odobri predujam ili dade zajam ili osiguranje u cilju stjecanja njegovih dionica od treće osobe, moraju biti ispunjeni Direktivom propisani uvjeti. Provođenje transakcije u nadležnosti je organa upravljanja društvom (engl. *administrative or management body*) koja treba biti provedena po fer tržišnim uvjetima, osobito u pogledu koristi koje steče društvo. Financijska pomoć koja se odobri trećoj osobi ili više osobama bit će podvrgnuta ispitivanju. Transakciju treba iznijeti organ koji upravlja društvom pred glavnu skupštinu radi stjecanja prethodne suglasnosti.<sup>40</sup> Ujedno je propisano da organ upravljanja treba podnijeti pisano izvješće glavnoj skupštini u kojem se trebaju navesti razlozi za poduzimanje transakcije, interes društva za ulazak u takvu transakciju, uvjeti pod kojima se transakcija provodi, rizici povezani s transakcijom u pogledu likvidnosti i solventnosti društva kao i cijena po kojoj treća osoba treba steći dionice. Izvješće je potrebno dostaviti registru radi objave u skladu s člankom 16. Direktive.

Iznos ukupne financijske pomoći odobrene trećim osobama ne smije niti u jednom trenutku dovesti do smanjenja neto aktive društva ispod iznosa propisanoga u članku 56. stavak 1. i 2. Direktive, uzimajući u obzir i eventualno smanjenje neto

36 Directive 2006/68/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 amending Council Directive 77/91/EEC as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, OJ L 264, 25.9.2006., p. 32–36. Države članice bile su dužne prenijeti odredbe Direktive u nacionalno zakonodavstvo do 15. travnja 2008. godine.

37 Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, OJ L 315, 14.11.2012., p. 74–97.

38 Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law, OJ L 169, 30.6.2017., p. 46–127.

39 Izvorna odredba čl. 64. Druge direktive donesena je 2006. godine u odredbi čl. 23. Druge direktive. U doktrini su se tada iznosila stajališta da će mogućnost korištenja sredstava društva u financiranju stjecanja njegovih dionica prema propisanim uvjetima biti rijetko korištena jer je vremenski ograničena, skupa, uključuje transakcije koje ometaju aktivnosti manjinskih dioničara i izlažu direktore osobnim rizicima. Vidjeti više kod Maurović, Ljiljana, Smjernica 2006/68/EC o održavanju kapitala i stjecanju vlastitih dionica društva, Hrvatska pravna revija, br. 6., 2007., str. 3., gdje se poziva na Ferran, Eilis, Simplification of European Company Law on Financial Assistance, *European Business Organization Law Review*, vol. 6., 2005., str. 93., 99. Međutim, unatoč ograničenjima i režimu propisanom u odredbama Druge direktive, praksa je pokazala da dolazi do povećanoga korištenja ove transakcije, osobito u postupcima stjecanja kontrole nad društvom. Ferran, Eilis, Regulation of Private Equity - Backed Leveraged Buyout Activity in Europe, ECGI - Law Working Paper No. 84/2007., dostupno na <https://ssrn.com/abstract=989748> (10.1.2018.), str. 20.-21.

40 Odluka se donosi većinom i uz postojanje kvoruma na način kako je propisano čl. 83. Druge direktive.

aktive do kojega može doći stjecanjem, od društva ili za račun društva, vlastitih dionica u skladu s člankom 60. stavak 1. Direktive. Dalje je društvu propisana obveza uključiti u pasivu u bilanci i rezervu, koja nije na raspolaganju za isplatu, u iznosu ukupne financijske pomoći. Kada treća osoba putem financijske pomoći društva stječe od društva njegove vlastite dionice ili upiše dionice izdane u postupku povećanja temeljnoga kapitala, takvo stjecanje, kao i upisivanje, treba biti učinjeno po pravičnoj cijeni (engl. *fair price*). Međutim, Direktiva ne određuje što se smatra pravičnom cijenom.

Direktivom su propisane i iznimke od obveze ispunjenja propisanih uvjeta. Tako je propisano da se prethodno navedeni uvjeti neće primijeniti na transakcije sklopljene s bankama i drugim financijskim institucijama u okviru njihova redovitog poslovanja, niti u pogledu transakcija sklopljenih u cilju stjecanja dionica od zaposlenika društava ili za zaposlenike društva ili zaposlenike povezanih društava. Međutim, ove transakcije ne smiju dovesti do smanjenja neto aktive društva ispod iznosa propisanoga u članku 56. stavak 1. Direktive. Ujedno na temelju izričite odredbe Direktive, propisani uvjeti za davanje financijske podrške ne primjenjuju se na stjecanje dionica u slučaju opisanom članku 61. stavak 1. t. h).<sup>41</sup>

U članku 65. Direktive propisani su dodatni zaštitni mehanizmi kada u stjecanju dionica, uz odobrenje financijske pomoći, sudjeluju članovi organa upravljanja društvom, ili organa upravljanja vladajućeg društva,<sup>42</sup> ili samo vladajuće društvo, ili pojedinac, koji djeluju u svoje vlastito ime, ali za račun članova navedenih tijela ili za račun vladajućeg društva. U navedenim slučajevima države članice trebaju osigurati odgovarajuću zaštitu da navedene transakcije nisu protivne interesima društva.

Odredbama Direktive o davanju financijske pomoći pruža se zaštita društvu, dioničarima društva, ali i ulagateljima koji koriste ovu transakciju u stjecanju dionica ciljnog društva.<sup>43</sup>

Ujedno valja istaknuti da su odredbama Druge direktive o davanju financijske pomoći obuhvaćena samo dionička društva, što znači da ovim odredbama nisu obuhvaćena društva s ograničenom odgovornošću. Budući da se radi o direktivi minimalne harmonizacije, države članice mogu primjenu ovih odredaba proširiti i na ta društva.<sup>44</sup> Dakle, o nacionalnim zakonodavstvima će ovisiti polje primjene ovih odredaba, a samim time i zaštita interesa tih društava, njihovih dioničara i ulagatelja.

41 Riječ je o potpuno uplaćenim dionicama koje je izdalo ulagateljsko društvo s fiksnim kapitalom koji je definiran čl. 15. st. 4. Druge direktive te koji je stečen na zahtjev ulagatelja od društva ili povezanog društva.

42 Za potrebe ove odredbe vladajuće društvo definirano je čl. 22. Direktive 2013/34/EU.

43 Ferran, Eilis, op. cit., str. 20.

44 Primjerice, Španjolska je proširila primjenu i na društva s ograničenom odgovornošću. Vidjeti više kod Ferran, Eilis, op. cit., str. 22.

## 7. DOPUŠTENOST LBO TRANSAKCIJA U DRŽAVAMA ČLANICAMA EUROPSKE UNIJE

### 7.1. Hrvatska

Odredba članka 64. Druge direktive u pravu društava prenesena je u hrvatsko zakonodavstvo odredbom članka 234. ZTD-a, koja propisuje ništetnost pravnoga posla kojim društvo nekome daje predujam, zajam ili osiguranje radi stjecanja dionica toga društva. Međutim, sukladno zakonskoj odredbi, to se ne odnosi na tekuće pravne poslove kreditnih, odnosno financijskih institucija, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno, niti na davanje predujma ili zajma ni na pružanje osiguranja da bi dionice stekli zaposleni u društvu ili u društvu koje je s njime povezano.<sup>45</sup> Pravni je posao ništetan i u tim slučajevima, ako društvo ne bi pri stjecanju vlastitih dionica moglo stvoriti propisane rezerve za te dionice da se ne bi smanjila neto aktiva ispod razine propisane u članku 233. stavku 4. ZTD-a.

Međutim, valja razlikovati pravni posao kojim društvo daje predujam, zajam ili osiguranje radi stjecanja dionica toga društva, od pravnog posla kojim se korištenjem tako pribavljenih sredstava ili danog osiguranja stječu dionice društva. Riječ je o dva odvojena pravna posla, čak i kada su sadržana u istoj ispravi.<sup>46</sup>

Prenošenjem izmjena i dopuna odredaba Druge direktive u hrvatsko zakonodavstvo, koje su stupile na snagu 1. travnja 2008., dodani su stavci kojima su propisani uvjeti koji moraju biti ispunjeni ako je društvu dopušteno da nekome dade predujam, zajam ili osiguranje za stjecanje vlastitih dionica, pa i pri povećanju temeljnoga kapitala društva. Izričito je propisano da moraju biti ispunjeni slijedeći uvjeti: 1. dionice se moraju steći po *fair* tržišnim uvjetima posebno u pogledu onoga što društvo za to dobiva, uključujući i kamate na dani zajam, osiguranja koja se daju za otplatu zajma i povrat predujma s time da se prethodno ispita kreditna sposobnost treće ili trećih osoba koje sudjeluju u tome poslu za što sve odgovara uprava društva, 2. uprava, odnosno izvršni direktori društva moraju za sklapanje tog posla dobiti prethodnu suglasnost glavne skupštine odlukom donesenom glasovima koji predstavljaju najmanje dvije trećine temeljnoga kapitala društva zastupljenog na glavnoj skupštini pri donošenju odluke, s time da mora prije donošenja odluke glavnoj skupštini podnijeti pisano izvješće i u njemu navesti razloge za sklapanje takvog posla, interes društva da u njega uđe, uvjete pod kojima se posao treba sklopiti, rizike kojima se izlaže društvo s obzirom na njegovu likvidnost i solventnost i cijenu po kojoj treća osoba treba steći dionice koje se izvješće mora dostaviti i registarskom

45 Visoki trgovački sud RH u presudi od 21. siječnja 2012. godine donesenoj u predmetu PŽ-2431/10, smatra da ugovor kojim društvo prodaje dionice društva svom zaposleniku, s time da mu on za njih plaća cijenu u 84 jednaka mjesečna obroka uz kamate, tako da se ti iznosi odbijaju od dijela materijalnih troškova koji pripadaju zaposlenicima, ima učinak ugovora kojim se zaposleniku daje zajam za stjecanje dionica društva, što je dopušteno po ZTD-u, stoga takav pravni posao nije ništetan. Vidjeti više kod Barbić, Jakša, *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Svezak 1., Organizator, Zagreb, 2013., str. 659.*

46 Takvo je stajalište zauzeto i u sudskoj praksi Visokog trgovačkog suda RH. Vidi presudu PŽ-7567/05-4 od 24. listopada 2007. Isto stajalište zauzima i Barbić, Jakša, *op. cit., str. 659.*

sudu radi objave da je i kada je predano sudu, 3. iznos financijske pomoći koja se tako daje trećoj osobi ili trećim osobama ne smije ni u kom času dovesti do toga da se iznos neto aktive društva smanji ispod razine iz članka 233. stavka 4. ZTD-a uzevši pritom u obzir smanjenja neto aktive do kojih je došlo prethodnim stjecanjem vlastitih dionica društva neposredno ili preko drugih osoba, a društvo mora u izvještaju o financijskom položaju među obvezama iskazati rezerve koje se ne mogu koristiti za isplate dioničarima u ukupnom iznosu na izloženi način dane financijske pomoći trećim osobama.

Pravni posao kojim se daje predujam, zajam ili osiguranje radi stjecanja dionica društva i tako pomaže da dionice društva steknu članovi uprave, odnosno izvršni direktori i članovi nadzornog, odnosno upravnog odbora društva, pa i pri povećanju temeljnog kapitala društva, ili društvo koje se u odnosu na društvo o čijim je dionicama riječ smatra vladajućim društvom ili to čine treće osobe u svoje ime, a za njihov račun je ništetan ako nije u najboljem interesu društva (čl. 234. st. 4. ZTD-a). Postavlja se pitanje “najboljega interesa društva”. Svakako valja istaknuti da njega treba procijeniti prema objektivnom mjerilu.

Zabrana davanja financijske pomoći dio je doktrine o očuvanju kapitala društva, koja postavlja ograničenja društvima u korištenju njihove imovine. Budući da članovi društva ne odgovaraju za obveze društva, već društvo za obveze odgovara svojom imovinom, nužno je pružiti određenu zaštitu vjerovnicima društva. Međutim, potrebno je naglasiti da se odredbe članka 233. i 234. ZTD-a primjenjuju samo na dionička društva, što je u skladu s odredbama članka 64. i 65. Direktive. Dakle, ovaj se režim ne primjenjuje na društva s ograničenom odgovornošću. Međutim, valja istaknuti da će se zaštita društvu, dioničarima i vjerovnicima pružiti kroz odredbe o održavanju temeljnoga kapitala, rezervama i odredbama o povezanim društvima.

## 7.2. Slovenija

U Sloveniji su MBO transakcije od 2008. godine *de facto* praktično onemogućene. Godine 2008. slovenski je zakonodavac znatno pooštrio uvjete za te transakcije, čije je poduzimanje bilo u velikom porastu. Slovenski zakonodavac ocijenio je da MBO transakcije predstavljaju preveliko “osiromašivanje” (slo. *izčrpavanje*) ciljnih društava, da predstavljaju “tajkunizaciju”, te da ih stoga treba što više onemogućiti.<sup>47</sup> Zbog toga je novela ZGD-1A propisala pravilo koji dioničkim društvima, kao potencijalno ciljnim društvima, zabranjuje davanje bilo kakve financijske pomoći u korist ponuditelja. Svaki pravni posao, koji bi na teret svoje imovine poduzelo dioničko društvo u korist osobe koja stječe njegove dionice, je ništetan (čl. 248. st. 1. ZGD-1). Pored pravnih poslova kojima bi društvo (u korist ponuditelja) dalo predujam ili zajam za stjecanje njegovih dionica, ništetan je i svaki drugi pravni posao koji bi za društvo proizveo iste ili slične (slo. *primerljive*) pravne učinke (čl. 248. st. 1. ZGD-1 nakon novele ZGD-1A).<sup>48</sup> Tako je u predmetu rješavanom pred Visokim trgovačkim

47 Detaljnije Kocbek, Marijan, Prelič, Saša, *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1) z novelama ZGD-1A in ZGD-1B – uvodna pojasnila*, GV Založba, Ljubljana, 2008., str. 139-155.

48 Prema stajalištu zauzetom u sudskoj praksi davanje jamstva za ispunjenje obveze stjecatelja



sudom u Ljubljani, sud zauzeo stajalište da odredbom članka 248. stavka 1. ZGD-a treba obuhvatiti sve pravne poslove koji imaju isti ili slični učinak kao ništetni pravni poslovi stjecanja vlastitih dionica. U konkretnom slučaju 5. ožujka 2008. godine društvo M. d.o.o. preuzelo je društvo X. d.d. Dana 30. rujna 2008. godine društvo M. d.o.o. uzelo je zajam u iznosu od pet milijuna eura za koji ciljno društvo X d.d. izdaje bjanko mjenicu kojom osigurava ispunjenje obveze društva M. d.o.o. Ugovor o zajmu sklopljen je radi refinanciranja obveza proizašlih iz preuzimanja.<sup>49</sup>

U stavku 2. istoga članka propisane su iznimke od navedene zabrane. Naime, navedena zabrana se ne primjenjuje na tekuće pravne poslove financijskih organizacija niti za pravne poslove kojima dionice stječu zaposlenici društva ili s njime povezanoga društva. Međutim, i taj pravni posao bit će ništetan ako društvo ne može formirati rezerve za vlastite dionice bez smanjenja temeljnoga kapitala ili po zakonu ili statutu propisane rezerve koje se ne smiju upotrebljavati za isplate dioničarima. U članku 248. stavku 3. ZGD-a izričito je propisano da je ništetan pravni posao sklopljen između društva i druge osobe prema kojemu bi druga osoba bila ovlaštena stjecati dionice društva za račun društva ili ovisnoga društva ili društva u kojima društvo ima većinski udio, ako bi dionice bile stečene protivno odredbi članka 247. ZGD-a, kojom se uređuje stjecanje vlastitih dionica.

Ujedno je poduzimanje MBO transakcija postrženo i u pravu preuzimanja (ZPre-1). Ističe se da je osnovni cilj novele ZPre-1A<sup>50</sup> bio onemogućiti preuzimanja koja vrijeđaju načelo zabrane stjecanja vlastitih dionica, pravnim poslovima koji imaju za društvo jednaki učinak kao da ih ono samo stječe.<sup>51</sup> U literaturi se za nedopušteno posezanje u imovinu ciljnog društva koristi izraz “osiromašivanje/umanjivanje imovine preuzetog društva” (slo. *izčrpavanje prevzete družbe*).<sup>52</sup> Pod tim pojmom podrazumijeva se da se dobit koja nastaje poslovanjem ciljnog društva, a koja bi se mogla iskoristiti za daljnji razvoj ciljnog društva ili, pak, za isplatu dividendi dioničarima društva, koristi za financiranje vraćanja duga koji je preuzelo novoosnovano društvo (*NewCo*).<sup>53</sup>

ZPre-1A kao dodatni uvjet za dobivanje odobrenja Agencije za trg vrednostnih

---

dionica ima jednak ekonomski učinak, odnosno dovodi do umanjenja imovine društva, što dovodi do ništetnosti takvih pravnih poslova. Odluka Višjeg sudišća u Ljubljani VSL sklep Cpg 1221/2010 od 14. listopada 2010. godine. ECLI:SI:VSLJ:2010:CPG.1221.2010.

49 Odluka Višjeg sudišća u Ljubljani VSL sklep Cpg 1221/2010 od 14. listopada 2010. godine. ECLI:SI:VSLJ:2010:CPG.1221.2010.

50 Zakon o dopolnitvi Zakona o prevzemih, Uradni list RS, br. 1/08.

51 Drnovšek, Gregor, Aktualna problematika, povezana z uveljavljanjem ZPre-1, Šesnajsto posvetovanje o aktualni problematiki s področja gospodarskega prava: Gospodarski subjekti na trgu – novosti in aktualna vprašanja gospodarskega prava, Portorož, 2008., str. 71-91., Kocbek, Marijan, Instituti novele ZGD-1A in nadaljnje spreminjanje ZGD-1 z usklajevanjem evropskega prava družb, Šesnajsto posvetovanje, Gospodarski subjekti na trgu – novosti in aktualna vprašanja gospodarskega prava, Portorož, 2008., str. 14-15.

52 Drnovšek, Gregor, op. cit., str. 79., Tompa, Gašper, op. cit., str. I.-VIII., Prelič, Saša, Varstvo interesa upnikov in manjšinskih družbenikov pri statusnih preoblikovanjih, Zbornik radova „Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije“, Pravni fakultet, Rijeka, 2011., str. 384.

53 Prelič, Saša, MBO - koga je treba varovati pri kreditiranih otkupih (LBO) in kako, cit., str. 6.-8.

papirjev (ATVP) za objavljivanje ponude za preuzimanje potencijalnom ponuditelju nalaže da dokaže ATVP da plaćanje dionica na koje se odnosi ponuda za preuzimanje, nije osigurano dionicama ciljnog društva (čl. 32. st. 2. ZPre-1A). Ponuditelj je, dakle u položaju da ako želi dobiti odobrenje za objavljivanje ponude za preuzimanje ne smije te dionice koristiti kao osiguranje za dobivanje kredita.<sup>54</sup> Odredba ZPre-1A pravno je potpuno neutemeljena, budući da potencijalnom ponuditelju, kao imatelju dionica, ograničava njegovo pravo raspolaganja stečenim dionicama.

U konačnici, izmjenama slovenskoga zakonodavstva, praktično je onemogućeno pripajanje ciljnog društva i ponuditelja, bez obzira na smjer mogućeg pripajanja (engl. *down* ili *upstream merger*). Spomenuta novela ZGD-1A znatno je pooštrila uvjete za valjanost odluke skupštine o pripajanju u određenim iznimnim slučajevima. Nove odredbe trećeg do petog stavka članka 592. ZGD-1 propisuju posebne zahtjeve za valjanost odluke o pripajanju. Primjena tih odredaba ograničava se na one slučajeve kada u pripajanju sudjeluje društvo koje je imatelj više od 25 % dionica nekoga drugog društva koje sudjeluje u pripajanju (dionica ciljnog društva), kada je stjecanje tih dionica financiralo kreditom (ili drugim pravnim poslovima sa sličnim učinkom), za čije osiguranje služe (ili bi služili) upravo ti (kreditom financirani) udjeli. U tim slučajevima za valjanost odluke o pripajanju nije dovoljna većina ili zahtjevi koji se uobičajeno zahtijevaju za valjanost odluke o pripajanju. U navedenim okolnostima, položaj vjerovnika se štiti na način da se traži njihova suglasnost kao uvjet za valjanost odluke o pripajanju. To podrazumijeva da se u navedenim slučajevima u postupak donošenja odluke uključuju pored imatelja udjela i vjerovnici, što bitno jača i štiti njihov položaj.

Prema noveli ZGD-1A, za valjanost odluke kojom se daje suglasnost, kojom se potvrđuje valjanost odluke o pripajanju, potrebna je (pored odluke imatelja udjela) također i trostruka suglasnost vjerovnika (kumulativno). Prvo, zahtijeva se većinska suglasnost, koju daje većina vjerovnika svakoga društva koje sudjeluje u pripajanju. Tu suglasnost daju vjerovnici, čija potraživanja ukupno iznose (barem) 75 % ukupnih obveza društva, na način kako su iskazane u bilanci stanja društva na dan obračuna pripajanja. U ukupan broj obveza, koji je osnova za izračun potrebne većinske suglasnosti, uračunava se i iznos otpremnina za zaposlenike društva, koje bi prema odredbama radnoga zakonodavstva bilo dužno isplatiti društvo, ako bi prestalo na taj dan. U ime zaposlenika izjavu, koja je relevantna za izračun većinske suglasnosti, daje predstavnik zaposlenika u skladu sa ZSDU-om (zbor radnika ili zastupnik radnika) (prva alineja čl. 592. st. 3. u svezi sa st. 4. ZGD-1). Druga suglasnost koja se zahtijeva je individualna suglasnost većine vjerovnika svakog društva koje sudjeluje u pripajanju. Većinski vjerovnici su oni vjerovnici čije tražbine prelaze 5 % udjela svih obveza društva (druga alineja čl. 592. st. 3. ZGD-1). Kao treća suglasnost traži se suglasnost zaposlenika svakoga društva koje sudjeluje u pripajanju. Jednako kao i kod većinske suglasnosti, u ime zaposlenika izjavu o suglasnosti daje njihov predstavnik u skladu s pravilima radnoga zakonodavstva (treća alineja čl. 592. st. 3. ZGD-1). Izjave o suglasnosti vjerovnici i predstavnik zaposlenika moraju dati u obliku

54 Plavšak, Nina, *Novela Zakona o prevzemih: Večja zaštita malih delničarjev in upnikov ali neprimeren poskus*, *Pravna praksa*, br. 48., 2007., str. 3-4.

javnobilježničke isprave (čl. 592. st. 5. ZGD-1).

Novo odredbe članka 592. stavci 3.-5. ZGD-1, usvojene novelom ZGD-1A, otvorile su mogućnost, da vjerovnici i zaposlenici, aktivno i unaprijed, sudjeluju u postupku odlučivanja o pripajanju. To im pravo nije priznato u svim slučajevima pripajanja, već je ograničeno na one slučajeve kada se u ulozi društva koje se pripaja (pripajanje po vertikalnoj osi prema gore, *upstream merger*) ili društva preuzimatelja (pripajanje po vertikalnoj osi prema dolje, *downstream merger*) nalazi takvo društvo koje drži određeni postotak dionica ciljnog društva, pri čemu je kao izvor financiranja dobilo sredstva na podlozi kredita te je za osiguranje kredita koristilo dionice ciljnog društva. S ekonomskoga gledišta, kod takvoga pripajanja dolazi do spajanja kapitalne strukture društva preuzimatelja i pripojenoga društva, s konačnim učinkom da kao izvor iz kojeg će se otplaćivati dugovi po osnovi dobivenog kredita, služe prihodi nastali poslovanjem ciljnog društva. To znači da kod pripajanja po vertikalnoj osi prema gore, novoosnovano društvo neposredno “preuzima” kreditne obveze preuzetog društva. Kod pripajanja po vertikalnoj osi prema dolje, imovina novoosnovanog društva će se prenijeti u imovinu prezaduženoga preuzetog društva, što ima, uzimajući u obzir obveze društva preuzimatelja, učinak “razvodnjavanja” njegovog vlastitog kapitala. Uzimajući u obzir strukturu kapitala, može nastati situacija da poslije pripajanja, društvo preuzimatelj realno nije u mogućnosti dati neko od sredstava osiguranja vjerovnicima društva. Da bi pružio zaštitu u tim slučajevima pripajanja, slovenski je zakonodavac dao mogućnost vjerovnicima aktivno se uključiti u postupak donošenja odluke o pripajanju. U tom se smislu u bitnome postrožuju normativni zahtjevi za valjanost odluke o pripajanju, na koji način se LBO transakcije koje rezultiraju pripajanjem ciljnog društva i preuzimatelja, praktično potpuno onemogućavaju.

### 7.3. Italija

U talijanskom zakonodavstvu izričito se razlikuju LBO transakcije kod kojih ne dolazi do pripajanja društva i onih koje se provode uz pripajanje društva (tal.  *fusione a seguito di acquisizione con indebitamento*). Vezano za navedenu razliku potrebno je istaknuti da je u prvom slučaju, dakle kod LBO transakcija kod kojih ne dolazi do pripajanja društva nužno razlikovati uređenje koje je bilo na snazi do 2008. godine i ono koje je stupilo na snagu 30. rujna 2008. godine. U pogledu druge skupine transakcija, dakle kod LBO transakcija koje se provode uz provođenje statusne promjene pripajanja, potrebno je razlikovati uređenje prije i poslije 2003. godine. Do 2003. godine primjenjivao se isti režim na sve LBO transakcije, dakle bez obzira na to dolazi li do pripajanja ciljnog društva stjecatelju dionica.

Vezano za zakonodavno uređenje LBO transakcija u Italiji nužno je spomenuti da su prije reforme pravnoga sustava 2003. godine, kada su donesene odredbe o LBO transakcijama uz provođenje pripajanja, odredbe o LBO transakcijama bile sadržane u članku 2357. i 2358. talijanskog Građanskog zakonika. Članak 2357. Građanskog zakonika ograničava slobodu društva u stjecanju vlastitih dionica, dok je člankom 2358. Građanskog zakonika prenesena odredba izvornog članka 23. Druge direktive, sada članka 64. Druge direktive, kojom se određuju uvjeti za pružanje financijske

pomoći. Konkretno, odredbom članka 2358. Građanskog zakonika, do 2008. godine, bilo je zabranjeno društvu odobravanje zajmova ili davanje jamstava za stjecanje njegovih dionica. Jedina iznimka od propisane zabrane odnosila se na financijsku pomoć danu za stjecanje dionica zaposlenicima društva ili zaposlenicima povezanih društava.<sup>55</sup> Međutim, u talijanskoj doktrini i praksi nije postojalo unisono stajalište jesu li LBO transakcije obuhvaćene ovim odredbama. Milanski sud (Civil Court) je u predmetu *Furlan v. Farmitalia Carlo Erba et. al.*<sup>56</sup> presudio da LBO transakcije nisu niti izravno niti neizravno povrijedile odredbe članka 2358. Građanskog zakonika. Međutim, kazneni sud je u kaznenom predmetu *Farmitalia* zanemario pitanje zakonitosti LBO transakcija. Presudio je da je pripajanje ciljnog društva stjecatelju relevantno samo kao dokaz koluzije između društva koje je izdalo dionice i društva koje je steklo dionice, kako bi se zaobišla zabrana propisana člankom 2357. Građanskoga zakonika.<sup>57</sup> U predmetu *Fratelli Marzoli* sud je izričito naglasio da se zakonitost LBO transakcija treba prosuđivati od slučaja do slučaja.<sup>58</sup> Odluka u predmetu *Bruni v. Trenno*<sup>59</sup> smatra se ključnom za daljnji razvoj sudske prakse u pogledu ocjene valjanosti LBO transakcija. Sud je podržao stajalište o ispitivanju LBO transakcija ovisno o okolnostima konkretnoga slučaja, ali je postavio pravilo poslovne prosudbe (engl. *business judgment rule*) kao parametar po kojem treba procijeniti njihovu valjanost. Sud je smatrao da stranke nisu postupale fraudolozno pri poduzimanju MBO transakcije, budući da se transakcija temelji na dobrim poslovnim razlozima. Svrha je poduzimanja ove transakcije ostvarivanje poslovnog plana koji je predvidio stratešku kombinaciju imovine stranaka, koja će omogućiti generiranje određenih novčanih tokova. Navedena je sudska presuda kritizirana u doktrini.<sup>60</sup>

U Italiji je 2003. godine Zakonom br. 6<sup>61</sup> donesen članak 2501-bis s ciljem uređenja LBO transakcija. U prvom stavku određeni su oblici transakcija na koje se primjenjuje novi režim. Tako se ova odredba primjenjuje na pripajanje društva, kada se društvo pripaja radi stjecanja kontrole nad njime, kada poduzetom transakcijom imovina tog društva služi kao garancija ili za isplatu preuzetih dugova. Polje primjene

55 Više vidjeti kod Giannino, Michele, op. cit., str. 9.

56 Court of Milan, 14 May 1992, *Furlan v. Farmitalia Carlo Erba et al.*, [2002] II Giurisprudenza Commerciale 988.

57 Court of Milan, 30 June 1992.

58 Court of Brescia, 1. June 1993. Vidi više kod Crespi, Alberto, *Rassegna di diritto societario (1993-1994)*. Disposizioni penali in materia di società e consorzi, *Rivista delle Società*, vol. 41., 1996., str. 563.

59 Court of Milan, 13 May 1999, *Bruni v. Trenno*, [1999] Giurisprudenza Italiana 2103.

60 Razlog koji se ističe u kritikama na zauzeto sudske stajalište je prvenstveno u mogućnosti stranaka da iznesu različite svrhe sklapanja ovakvih transakcija koje bi mogle opravdati njihovu valjanost. Naglašava se da postojanje dobroga poslovnog razloga ne može biti dovoljan razlog za zaobilaznje zabrane propisane odredbom članka 2358. Građanskog zakonika. O tome više vidjeti kod Giannino, Michele, op. cit., str. 12., gdje se poziva na Carrière, Paolo, *Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti*, *Rivista delle Società*, vol. 995., 2003., str. 1047.

61 Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366", *Gazzetta Ufficiale* n. 17 del 22 gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 8.

novih odredaba ograničava se na MBO transakcije, budući da je ovo u Italiji najčešća tehnika primjene LBO transakcija, ponajprije zbog poreznih razloga, što znači da LBO transakcije koje se primjenjuju bez provođenja pripajanja nisu obuhvaćene člankom 2501-bis, već se na njih i dalje primjenjuju odredbe članka 2357. i 2358. Građanskog zakonika. Ono što je nužno naglasiti je okolnost da članak 2501-bis implicitno zauzima stajalište da LBO transakcije ne povrjeđuju odredbu članka 2358. *per se*, ako su ispunjeni traženi uvjeti. Tako se traži da LBO transakcije moraju biti implementirane postupkom pripajanja te da stranke u postupku ispune zahtjeve vezane za objavu podataka propisane člankom 2501-bis.<sup>62</sup> Novi pristup obveznoj objavi podataka propisan člankom 2501-bis Građanskog zakonika dopušta određivanje i provođenje LBO transakcija na način da ne zahtijeva od direktora iznošenje poslovnih razloga za opravdanje pravila poslovne prosudbe sukladno odluci u predmetu *Trenno*, već suprotno, oni moraju objaviti podatke vezane za financijsku izvedivost transakcije.<sup>63</sup> Sukladno članku 2502. Građanskog zakonika za provođenje LBO transakcije zahtijeva se odobrenje glavne skupštine.

Izmjene Druge direktive iz 2006. godine prenesene su u talijansko zakonodavstvo Zakonom br. 142 od 4. kolovoza 2008. godine, koje su stupile na snagu 30. rujna 2008. godine. Prenošenjem Direktive u talijansko zakonodavstvo, kroz izmjene odredbe članka 2358. Građanskog zakonika, omogućeno je dioničkim društvima (*società per azioni*) dati financijsku pomoć za stjecanje njihovih dionica, ako su ispunjeni propisani postupovni zahtjevi te iznos financijske pomoći ne prelazi iznos njihove neto dobiti, zadržane dobiti i ostalih rezervi iskazanih u posljednjim financijskim izvješćima. Valja istaknuti da se novo uređenje odnosi samo na dionička društva, stoga će se na davanje financijske pomoći društva s ograničenom odgovornošću (*società a responsabilità limitata*) primjenjivati režim koji je bio na snazi prije 2008. godine, a koji zabranjuje davanje financijske pomoći. Ujedno se ovaj režim ne primjenjuje na pružanje financijske pomoći da bi dionice stekli zaposleni u društvu ili u društvu koje je s njime povezano.

Sukladno važećim odredbama talijanskoga prava, članovi uprave društva koje daje financijsku pomoć moraju izraditi izvješće u kojem moraju obrazložiti pravne i financijske razloge poduzimanja navedene transakcije, kao i koristi koje će za društvo proizaći poduzimanjem transakcije, uključujući i rizike kojima se društvo izlaže, ponajprije kako će to utjecati na likvidnost i solventnost društva te cijenu po kojoj treća osoba stječe dionice društva. U izvješću članovi uprave moraju navesti da je transakcija poduzeta pod tržišnim uvjetima posebno u pogledu dane financijske pomoći (osiguranje, kredit, zajam) kao i kamatne stope, te da su članovi uprave

62 U sadržaju podataka koji se objavljuju naglasak se stavlja na financijski aspekt transakcije. Tako je propisano da direktori društva moraju objaviti *ex ante* test solventnosti u odnosu na planirane transakcije. U tom pogledu oni moraju dokazati da je transakcija održiva s financijske točke gledišta, da su fondovi koji se koriste za financiranje poslovne transakcije temeljeni na realnim procjenama, da ne postoji predvidivi rizik insolventnosti. Ujedno se člankom 2501-bis propisuje da neovisni stručnjaci i revizori potvrde podatke sadržane u izjavama direktora kao i podatke sadržane u izvješću o pripajanju i planu pripajanja. Direktori, stručnjaci i revizori osobno odgovaraju za ispunjenje propisanih obveza.

63 Giannino, Michele, op. cit., str. 18.

prethodno provjerili kreditnu sposobnost subjekta kojemu se odobrava davanje financijske pomoći. Izvješće se podnosi u sjedištu društva trideset dana prije dana održavanja glavne skupštine. Zapisnik s glavne skupštine kao i navedeno izvješće dostavlja se radi upisa u sudski registar u roku od trideset dana od dana održavanja glavne skupštine.

U talijanskom pravu izričito se odredbom definira cijena dionica po kojoj stjecatelj stječe dionice. Ta cijena mora biti određena u skladu s kriterijima propisanim u članku 2437-ter stavak 2. Građanskog zakonika. Ukoliko se dionicama trguje na organiziranom tržištu kapitala, to mora biti najmanje prosječna cijena po kojoj se trgovalo dionicama šest mjeseci prije objave poziva za sazivanja glavne skupštine.

Ako se financijska pomoć za stjecanje dionica društva daje članovima uprave ili nadzornog odbora društva ili vladajućeg društva ili trećim osobama koje djeluju u svoje ime, a za njihov račun, pravni posao mora biti sklopljen u najboljem interesu društva.

Uprava mora za sklapanje pravnog posla davanja financijske pomoći ishoditi prethodnu suglasnost glavne skupštine.<sup>64</sup>

Ističe se da je za očekivati da će LBO transakcije uz provođenje pripajanja biti najčešći oblik provođenja LBO transakcije na koje se primjenjuje režim propisan odredbom članka 2501-bis Građanskog zakonika. Razlog tomu je što se za razliku od davanja financijske pomoći sukladno novousvojenim odredbama, pripajanje ne može opravdati nakon što je provedeno.<sup>65</sup>

## **8. KORIŠTENJE LBO TRANSAKCIJE U POSTUPKU PREUZIMANJA**

### **8.1. Korištenje LBO transakcije kao protupreuzimateljske mjere**

Kada se govori o poduzimanju LBO transakcije kao protupreuzimateljske mjere potrebno je razlikovati mogućnost njezinog poduzimanja kao preventivne (predponudbene) odnosno reaktivne (postponudbene) protupreuzimateljske mjere, dakle prije objave obavijesti o nastanku obveze objavljivanja ponude za preuzimanje i nakon što je objavljena obavijest da je nastala obveza objavljivanja ponude za preuzimanje.

U Europskoj uniji se primjena protupreuzimateljskih mjera uređuje od članka 9. do 11. Direktive o ponudama za preuzimanje.<sup>66</sup>

Tumačeći odredbe Direktive o ponudama za preuzimanje, LBO transakcije bi bilo moguće poduzeti kao preventivnu protupreuzimateljsku mjeru, dok bi to bilo mnogo teže učiniti u vremenu nakon što su članovi uprave i nadzornog odbora

64 Primjenjuju se odredbe o izvanrednoj glavnoj skupštini (tal. *assemblea straordinaria*).

65 New Financial Assistance Rules after Implementation of Directive 2006/68/EC in Italy, dostupno na: [http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/document-library/clsbdbdl\\_document/files/cgsh\\_alert\\_memo\\_-\\_new\\_financial\\_assistance\\_rules\\_alert\\_memo.pdf](http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/document-library/clsbdbdl_document/files/cgsh_alert_memo_-_new_financial_assistance_rules_alert_memo.pdf) (18.1.2018.). Vidi i odluku u predmetu *Tribunale Milano sez. VIII 27 novembre 2008 n. 14099*.

66 Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, OJ L 142, 30. 4. 2004., str. 12-23.

obaviješteni o nastanku obveze objavljivanja ponude za preuzimanje.<sup>67</sup> Naime, odredbom članka 9. Direktive o ponudama za preuzimanje propisana je primjena pravila neutralnosti uprave, nadzornog odnosno upravnog odbora tijekom trajanja ponude za preuzimanje,<sup>68</sup> kojom se sprječava poduzimanje postponudbenih (reaktivnih) protupreuzimateljskih mjera. Ipak, ovakav položaj upravnih tijela ciljnog društva nije apsolutan, već se njima ostavlja mogućnost poduzimanja protupreuzimateljskih mjera uz suglasnost dioničara ciljnog društva.<sup>69</sup> Ujedno, za svaku odluku koja je donesena prije razdoblja od objave ponude do objave njezinih rezultata, a koja još nije u cijelosti ili djelomično provedena, zahtijeva se odobrenje dioničara ako ona prelazi redovite okvire poslovanja<sup>70</sup> i ako bi njeno provođenje moglo rezultirati osujećenjem ponude (čl. 9. st. 3. Direktive o ponudama za preuzimanje). Navedeni uvjeti postavljeni su kumulativno.<sup>71</sup>

Međutim, valja istaknuti da se odredbama članka 12. stavak 1. Direktive o ponudama za preuzimanje daje pravo državama članicama ne primijeniti odredbe članka 9. stavak 2. i 3. i/ili članka 11. na ona uvrštena dionička društva koja imaju registrirano sjedište na njihovom državnom području (*opt-out*).<sup>72</sup> Tako se pojedina

67 Zubović, Antonija, op. cit., str. 200. O primjeni protupreuzimateljskih mjera vidjeti više kod Jurić, Dionis, Zubović, Antonija, Protupreuzimateljske mjere i položaj uprave ciljnog društva u postupku preuzimanja dioničkog društva, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., br. 1., 2009., str. 291.-331.*

68 Direktiva u svojim odredbama koristi pojam *board*, što je nametnulo potrebu zauzimanja stajališta, ukoliko društvo ima dualistički ustroj, obuhvaća li taj pojam upravu i/ili nadzorni odbor. Zbog mogućnosti zauzimanja različitih stajališta u državama članicama, odredbom čl. 9. st. 6. Direktive izričito se propisuje da ukoliko društvo ima, i upravu, i nadzorni odbor (dualistički ustroj) pojam *board* obuhvaća oba tijela. Dakle, u konkretnom slučaju obveze su nametnute, i upravi, i nadzornom odboru ciljnog društva.

69 Ove iznimke od pravila neutralnosti nastali su pod utjecajem njemačkoga prava. Vidi u: Mülbart, Peter, O., *Make It or Break It: The Break-Through Rule as a Break-Through for the European Takeover Directive?*, Law Working Paper No. 13/2003, August 2003, [www.ecgi.org/wp/9.1.2017.](http://www.ecgi.org/wp/9.1.2017/), str. 11-12.

70 Upravi ciljnog društva mora se tijekom trajanja ponude za preuzimanje omogućiti obavljanje redovitoga poslovanja ciljnog društva.

71 Na ovaj način se traži suglasnost glavne skupštine i za pendentne protupreuzimateljske mjere koje uprava ciljnog društva namjerava poduzeti, a odluka o njihovom poduzimanju je donesena prije same objave ponude za preuzimanje, a koje bi mogle onemogućiti realizaciju ponude za preuzimanje.

72 Odredbe čl. 9. i 11. Direktive o ponudama za preuzimanje bile su izvor prijedora između različitih država članica EU-a, što je i dovelo do dugotrajnog postupka utvrđivanja konačnog teksta Direktive. Tako su Komisija EU-a i Velika Britanija predlagali uporabu Direktive o ponudama za preuzimanje kao sredstva koje će omogućiti izlazak dioničkih društava na tržište koje će vršiti kontrolu nad poduzimanjem protupreuzimateljskih mjera, u cilju stvaranja liberalnog oblika kapitalizma koji privilegira manjinske dioničare i radnike. S druge strane, Europski parlament i mnoge kontinentalne države članice borile su se protiv tog prijedloga, smatrajući da bi neprijateljska preuzimanja potkopala djelovanje netržišnih instrumenata koje podupiru kompetitivnost industrije u odnosu na postojeći koordinirani oblik kapitalizma. Tako je došlo do sukoba tržišno orijentiranih stajališta i protekcionističkih stajališta o mogućnosti preuzimanja europskih uvrštenih društava od inozemnih ponuditelja. Vidi u Nilsen, André, *The EU Takeover Directive and the Competitiveness of European Industry*, [www.oxfordgovernance.org/index.php/100/0/](http://www.oxfordgovernance.org/index.php/100/0/) (9.12.2017.).

država članica može opredijeliti da uprava i nadzorni odbor, odnosno upravni odbor ciljnog društva imaju veću slobodu u poduzimanju protupreuzimateljskih mjera nakon objave ponude za preuzimanje, odnosno objave obavijesti o nastanku obveze objavljivanja ponude za preuzimanje.

Tumačenjem ovih odredaba dolazi se do zaključka da LBO transakcije ne bi bile dopuštene u postupku preuzimanja dioničkih društva u državama članicama Europske unije, osim ako bi takva odluka bila donesena na glavnoj skupštini. Međutim, zagovornici primjene LBO transakcija predlažu uravnoteženu primjenu zakonskih odredaba na LBO transakcije, na način da ih se ne obeshrabruje, budući da imaju važnu ulogu u razvoju tržišta kapitala kao i poboljšanju poslovanja društva, osobito na makroekonomskoj razini.<sup>73</sup> Ujedno je nužno istaknuti da ako se LBO transakcija poduzima kao preventivna protupreuzimateljska mjera, ciljno će društvo biti obvezno poštovati odredbe članaka 64.-65. Druge direktive u pravu društava, dakle za njeno poduzimanje bit će potrebna prethodna suglasnost glavne skupštine.

Istraživanja pokazuju da su neka društva poduzela MBO transakciju kao mjeru obrane od neprijateljskog preuzimanja, najčešće s krajnjim ciljem provođenja povlačenja vrijednosnih papira s uređenoga tržišta (engl. *delisting*), što je najčešća korporativna akcija po dovršetku postupka preuzimanja.<sup>74</sup>

Hrvatski zakonodavac uređuje položaj uprave i nadzornog odnosno upravnog odbora ciljnog društva pri poduzimanju protupreuzimateljskih mjera u člancima 42.-44. Zakona o preuzimanju dioničkih društava (dalje u tekstu ZPDD).<sup>75</sup> Odredbom članka 42. ZPDD-a u hrvatsko zakonodavstvo prenesena je odredba članka 9. Direktive o ponudama za preuzimanje, kojom se ograničava poduzimanje reaktivnih protupreuzimateljskih mjera. Tako uprava i nadzorni odnosno upravni odbor ciljnog društva, u razdoblju nakon što je objavljena obavijest o nastanku obveze objavljivanja ponude za preuzimanje, do objave izvješća o preuzimanju, ne smiju bez odobrenja glavne skupštine ciljnog društva poduzimati sljedeće radnje: a) povećati temeljni kapital, b) sklapati poslove izvan redovitog poslovanja ciljnog društva, c) djelovati na način koji bi mogao ozbiljnije ugroziti daljnje poslovanje ciljnog društva ili sklapati poslove koji bi mogli ozbiljnije ugroziti daljnje poslovanje ciljnog društva, d) odlučiti o stjecanju i otpuštanju vlastitih dionica ciljnog društva ili vrijednosnih papira koji daju pravo na te dionice te e) djelovati na način koji bi imao za cilj ometanje ili onemogućavanje ponude za preuzimanje (čl. 42. st. 1. ZPDD-a). Time se prihvaća načelo neutralnosti uprave i nadzornog odnosno upravnog odbora ciljnog društva

73 Vicari, Andrea, op. cit., str. 351., Burkart, Mike, Panunzi, Fausto, Mandatory Bids, Squeeze-out, Sell-out and the Dynamics of the Tender Offer Process, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper No. 10/2003, June, 2003, [www.ecgi.org/wp](http://www.ecgi.org/wp) (20.10.2017.), str. 29.

74 Renneboog, Luc, Vansteenkiste, Cara, op. cit., str. 11.-12., gdje ističu da su članovi uprave voljni ponuditi i višu cijenu za kupnju dionica kako bi spriječili preuzimanje u cilju zaštite njihovog položaja u društvu. O najčešćim korporativnim akcijama nakon provođenja postupka preuzimanja vidjeti više kod Čulinović-Herc, Edita, Zubović, Antonija, Pravne značajke provedenih postupaka preuzimanja prije i nakon pristupanja u EU i uočena regulatorna pitanja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 66., br. 5., 2016., str. 619.-638.

75 Zakon o preuzimanju dioničkih društava, Narodne novine, br. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13, 99/13, 148/13.



tijekom trajanja postupka preuzimanja<sup>76</sup> te se određuju protupreuzimateljske mjere koje je moguće poduzeti samo uz odobrenje dioničara ciljnog društva. Ako se radi o odlukama uprave ili nadzornog odnosno upravnog odbora ciljnog društva o poduzimanju navedenih radnji, koje su donesene prije zaprimanja obavijesti ili objave obveze o davanju ponude za preuzimanje, a te odluke nisu u cijelosti provedene, mora se prije provedbe pribaviti dodatno odobrenje glavne skupštine, osim ako se radi o odlukama koje spadaju u redovito poslovanje ciljnog društva, a njihova provedba ne bi mogla ometati ili onemogućiti ponudu za preuzimanje (čl. 42. st. 2. ZPDD-a).<sup>77</sup> Zakon daje mogućnost sazivanja glavne skupštine ciljnog društva, radi donošenja odluke o davanju suglasnosti za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera u roku od 14 dana prije dana održavanja glavne skupštine, čime se skraćuju ti rokovi određeni ZTD-om (čl. 42. st. 3. ZPDD-a).<sup>78</sup> Glavna skupština donosi svoju odluku o davanju odobrenja za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera glasovima koji predstavljaju najmanje tri četvrtine temeljnog kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini pri donošenju odluke (čl. 42. st. 5. ZPDD-a). Odluke koje bi bile donesene protivno navedenim odredbama su ništetne.

Ako bi se LBO transakcija poduzimala prije objave obavijesti o nastanku obveze objavljivanja ponude za preuzimanje, dakle kao preventivna protupreuzimateljska mjera, ciljno društvo bilo bi obvezno poštovati odredbe članka 234. ZTD-a. Međutim, ovdje treba voditi računa i o odredbama članaka 5.-8. ZPDD-a kojima se uređuje zajedničko djelovanje. U tom slučaju se dionicama ponuditelja pribrajaju i dionice osoba koje s njime zajednički djeluju te za sve osobe koje zajednički djeluju nastaje obveza objavljivanja ponude za preuzimanje.<sup>79</sup> Različite su osnove za uspostavu odnosa zajedničkoga djelovanja. Tako do zajedničkoga djelovanja može doći na temelju sporazuma,<sup>80</sup> povezivanja na temelju okolnosti u svezi sa stjecanjem dionica, postojanjem odnosa kontrole između osoba koje zajednički djeluju, povezivanjem društva, temeljem krvnoga srodstva, između bračnih ili izvanbračnih drugova. Ovdje bi istaknuli povezivanje društava kao osnovu za uspostavu odnosa zajedničkoga

76 Parać, Zoran, *Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava*, Pravo u gospodarstvu, god. 42., sv. 4., srpanj, 2003., str. 52., gdje ističe da sve do zaprimanja navedenih obavijesti uprava može slobodno poduzimati radnje u svrhu osujećivanja preuzimanja društva.

77 Time je u hrvatski ZPDD prenesena odredba čl. 9. st. 3. Direktive o ponudama za preuzimanje. Vidi više kod Jurić, Dionis, Zubović, Antonija, op. cit., str. 291.-331., Jurić, Dionis, Zubović, Antonija, Čulinović-Herc, Edita, *Shareholders' Liability in Croatia*, u: *Shareholders' Liability, The Comparative Law Yearbook of International Business*, Dennis Campbell (ed.), Kluwer Law International, Special Issue, 2017., str. 101.

78 ZPDD pojednostavljuje i ubrzava postupak pripreme i održavanja glavne skupštine ciljnog društva u tom slučaju u odnosu na odredbe ZTD-a.

79 O zajedničkom djelovanju vidjeti više kod Čulinović-Herc, Edita, Zubović, Antonija, *Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: aktualnosti u postupcima*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, vol. 50., br. 2., 2013., str. 371.-392.

80 Odredbom čl. 5. st. 1. ZPDD-a propisano je da su osobe koje djeluju zajednički fizičke i/ili pravne osobe koje surađuju međusobno na temelju sporazuma, izričitog ili prešutnog, usmenog ili pisanog, čiji je cilj stjecanje dionica s pravom glasa, usklađeno ostvarivanje prava glasa ili sprječavanje druge osobe u provođenju postupka preuzimanja, ili koje surađuju s ciljnim društvom na temelju sporazuma, izričitog ili prešutnog, usmenog ili pisanog, čiji je cilj sprječavanje druge osobe u provođenju postupka preuzimanja.

djelovanja. Budući da provođenjem LBO transakcije može doći do nastanka faktičnoga koncerna, subjekti koji bi sudjelovali u toj transakciji bili bi obuhvaćeni odredbama o zajedničkom djelovanju.<sup>81</sup>

Položaj članova uprave i nadzornog odbora u postupku preuzimanja u slovenskom je zakonodavstvu uređen odredbama članaka 47.-49. Zakona o preuzimanju dioničkih društava<sup>82</sup> (dalje u tekstu: ZPre). Člankom 47. ZPre (*Omejitve dejanj ciljne družbe*) prenesena je odredba članka 9. Direktive o ponudama za preuzimanje kojom se propisuje obveza neutralnosti uprave i nadzornog odbora tijekom trajanja ponude za preuzimanje. Ako bi došlo do poduzimanja LBO transakcije kao protupreuzimateljske mjere, bilo preventivne bilo reaktivne, na nju bi se primjenjivale odredbe članka 248. ZGD-a koji propisuje ništetnost pravnog posla kojim društvo daje predujam ili zajam za stjecanje njegovih dionica. Zajedničko djelovanje u slovenskom zakonodavstvu uređeno je odredbama članka 8. ZPre-a, koji izričito propisuje da će se pravo glasa pribrojiti svim osobama koje zajednički djeluju i za koje nastaje obveza objavljivanja ponude za preuzimanje. Kao i u hrvatskom zakonodavstvu ovisno i vladajuće društvo obuhvaćeni su odredbama o zajedničkom djelovanju.

Načelo neutralnosti uprave i nadzornog odbora u talijansko je pravo preneseno odredbom članka 104. Konsolidiranog zakona o financijama.<sup>83</sup> Dakle, ako bi se LBO transakcije poduzimale kao mjere obrane od preuzimanja to bi se moralo činiti u skladu s člankom 2358. Građanskog zakonika. Kod poduzimanja LBO transakcija prije objave obavijesti o nastanku obveze objavljivanja ponude za preuzimanje, potrebno je voditi računa i o zajedničkom djelovanju koje je u talijanskom zakonodavstvu uređeno odredbom članka 109. Konsolidiranog zakona o financijama (*Acquisto di concerto*).

## **8.2. Korištenje LBO transakcije za „osiromašivanje“ ciljnog društva (izčrpavanje prevzete družbe)**

LBO transakcija može poslužiti kao modalitet za pribavljanje financijskih sredstva potrebnih za kupnju dionica ciljnog društva u postupku preuzimanja. Naime, dionice ciljnoga društva mogu poslužiti kao sredstvo osiguranja za dobivanje zajma, kredita ili bankarske garancije. Problem će biti naglašeniji ako ponuditelj kao osiguranje ponudi dionice koje još nije stekao, već ih namjerava steći kroz postupak preuzimanja. Upravo takva praksa ukazala je na potrebu izmjene zakonodavnih odredaba kojima se uređuje postupak preuzimanja. Direktiva o ponudama za preuzimanje ne uređuje navedeno pitanje, već to prepušta nacionalnim zakonodavstvima država članica EU-a.

U slovenskom pravu, praksa je pokazala da odredba čl. 248. ZGD-a, kojom su ništetni pravni poslovi kojima društvo daje predujam ili zajam za stjecanje njegovih dionica, ne obuhvaća sve pravne poslove koji proizvode u konačnici isti učinak kao

81 Temeljem odredbe čl. 5. st. 5. Zakona o preuzimanju dioničkih društava, trgovačka društva djeluju zajednički ako su međusobno povezana u smislu odredbi ZTD-a.

82 Zakon o prevzemih, Uradni list, br. 79/06, 67/07, 1/08, 68/08, 35/11, 105/11, 10/12, 38/12, 56/13, 63/13, 25/14, 75/15.

83 Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52", Gazzetta Ufficiale n. 71 del 26 marzo 1998 - Supplemento Ordinario n. 52.

i davanje predujma ili zajma za stjecanje dionica društva. Zakonska norma se lako mogla zaobići na način da ponuditelj dađe zajmodavcu u zalag dionice ciljnog društva koje će steći ako uspije u postupku preuzimanja. Takva mogućnost dovela je do velikog broja preuzimanja, kod kojih je došlo do zlorabe povlaštenih informacija, što je dovelo do "osiromašivanja" (umanjivanja imovine) ciljnog društva (slo. *izčrpavanja prevzete družbe*).<sup>84</sup>

Ističe se da je takvo postupanje ukazalo na potrebu izmjene zakonodavstva o preuzimanju, što je učinjeno još 2007. godine, koje su stupile na snagu 5. siječnja 2008. godine. Cilj je izmjena bio propisivanje zabrane davanja u zalag dionica ciljnog društva.<sup>85</sup> Tako je odredbom članka 32. stavka 2. t. 7. ZPre-a (*dovoljenje za prevzemno ponudbo*) izričito propisano da će ATVP izdati odobrenje za objavljivanje ponude za preuzimanje ako ponuditelj dokaže da za plaćanje dionica ciljnog društva na koje se odnosi ponuda za preuzimanje, nije na bilo kakav način, posredno ili neposredno, dao ili se obvezao dati u zalag ili kao osiguranje vrijednosne papire ciljnog društva, kojih nije imatelj te druge oblike imovine ciljnog društva. Tom se odredbom zabranjuje ponuditelju da dađe dionice ciljnog društva koje bi tek stekao u postupku preuzimanja za dobivanje financijskih sredstava ili bankarske garancije u postupku preuzimanja.<sup>86</sup>

Navedenom izmjenom uvelike se zadire u prava imatelja dionica. Valja istaknuti da onaj tko stekne dionice ciljnog društva i time postane nositelj upravljačkih prava koja proizlaze iz tih dionica, može utjecati na donošenje ključnih odluka u društvu. Tako može utjecati na donošenje odluke o smanjenju temeljnoga kapitala, provođenje statusne promjene, pa i odluke o prestanku društva. Ako može donijeti odluku o prestanku društva morao bi moći donijeti odluku i o umanjivanju njegove imovine (slo. *izčrpavanju*), uz poštovanje odredaba prava društava. Ograničenje za poduzimanje tih transakcija jesu kogentna pravila o održavanju kapitala, obveznom formiranju i uporabi rezervi, kao i isplati dividende.<sup>87</sup>

U hrvatskom zakonodavstvu, sukladno odredbi članka 19. ZPDD-a radi osiguranja novčane naknade ponuditelj je obavezan na transakcijski račun depozitara otvoren kod kreditne institucije u svrhu provođenja ponude za preuzimanje izdvojiti novčana sredstva potrebna za plaćanje svih dionica koje su predmet ponude za preuzimanje i/ili depozitaru dostaviti neopozivu bankovnu garanciju na prvi poziv izdanu u korist osoba koje će pohraniti svoje dionice u ponudi za preuzimanje, na iznos potreban za plaćanje svih dionica koje su predmet ponude za preuzimanje. Bankarsku garanciju ne mogu izdati ponuditelj, osoba koja s njim djeluje zajednički i ciljno društvo. Tumačenjem navedene odredbe ciljno društvo ne bi smjelo dati financijsku pomoć za osiguranje naknade za stjecanje dionica ciljnog društva. Ujedno, HANFA može propisati dodatne uvjete koje mora ispunjavati kreditna institucija koja

84 Vidi primjerice <https://www.dnevnik.si/219880> (22.1.2018.).

85 Plavšak, Nina, op. cit., str. 3–4.

86 U praksi to znači da bi ponuditelj morao takvu izjavu uključiti u sadržaj prospekta. Vidi Pojasnila in praktični vidiki ZPre-1, Agencija za trg vrednostnih papirjev, dostupno na: [http://www.a-tvp.si/Documents/POJASNILA\\_IN\\_PRAKTICNI\\_VIDIKI\\_ZPre.pdf](http://www.a-tvp.si/Documents/POJASNILA_IN_PRAKTICNI_VIDIKI_ZPre.pdf) (23.1.2018.).

87 Prelič, Saša, op. cit., str. 8., Prelič, Saša, *Temeljno o varovanju interesa upnikov v pravu kapitalnih družb - pomen pravil o vezanem premoženju*, Podjetje in delo, br. 2., 2005., str. 379-386.

izdaje bankarsku garanciju kao i sadržaj ugovora o izdavanju bankovne garancije.

Dakle, ZPDD-om se izričito ne propisuje zabrana davanja u zalog dionica ciljnog društva koje ponuditelj drži kao i one koje će tek steći u postupku preuzimanja, kako bi osigurao financijska sredstva ili bankarsku garanciju za isplatu dionica pohranjenih u ponudi za preuzimanje, po čemu se bitno razlikuje od slovenskog uređenja. Međutim, valja istaknuti da će ponuditelj biti dužan navesti podatke o izvoru i načinu osiguranja naknade za plaćanje dionica koje su predmet ponude za preuzimanje, a na što je obvezan odredbom članka 22. ZPDD-a, kojom se propisuje obvezni sadržaj ponude za preuzimanje.

Talijanski Građanski zakonik ne dopušta ciljnom društvu davanje svojih vrijednosnih papira ili drugih garancija za osiguranje naknade za stjecanje dionica ciljnog društva. U svezi s time dopuštena je iznimka kojom se dopušta pripajanje društava kada jedno od društava prenese dugove na ciljno društvo, koje onda jamči za isplatu dugova. Da bi se to moglo provesti potrebno je da uprave društava koja sudjeluju u pripajanju sastave nacrt ugovora o pripajanju, koji mora sadržavati financijska izvješća iz kojih mora biti vidljivo kako će se podmirivati dugovi, nacrt ugovora o pripajanju mora sadržavati pravne i gospodarske razloge pripajanja te je obvezno izvješće revizora za oba društva u kojem revizor mora navesti mišljenje o tomu jesu li ispunjeni uvjeti za pripajanje.

## 9. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Kod LBO transakcija riječ je o transakcijama kod kojih će preuzeti dug za stjecanje dionica ciljnog društva u konačnici otplaćivati samo ciljno društvo. Upravo ovako postavljena financijska konstrukcija otplate duga, za sobom povlači brojna otvorena pitanja u njihovoj primjeni i provedbi.

Uspoređujući rješenja ispitivanih pravnih poredaka uočava se da su sva tri ispitivana pravna poretka različito uredila ove transakcije. Dok su Hrvatska i Italija uredile LBO transakcije na način kako ih uređuje Druga direktiva, slovenski je zakonodavac uvelike pooštrio uvjete za korištenje ovih transakcija, odnosno *de facto* onemogućio njihovo korištenje. Razlog za zauzimanje ovakvog stajališta opravdao je porastom transakcija za koje je ocijenio da dovode do „osiromašivanja“, odnosno umanjivanja imovine (slo. *izčrpavanja*) ciljnih društava, što je podveo pod pojam „tajkunizacija“. Izmjene su išle u tri pravca: odredbom kojom se općenito LBO transakcije proglašavaju ništettima (čl. 248. ZGD-a), izmjenama odredaba o pripajanju (čl. 592. ZGD-a) te izmjenama propisa o preuzimanju (čl. 32. st. 7. ZPre). Kako bi obuhvatio što veći broj transakcija koje bi mogle dovesti do sličnog učinka kao i transakcije davanja zajma ili predujma za stjecanje dionica, proširio je odredbu na način da se svi pravni poslovi sa sličnim učinkom proglašavaju ništettima. Izmjenom propisa o preuzimanju dioničkih društava, onemogućeno je korištenje LBO transakcija u postupcima preuzimanja. Budući da je uočeno da nakon poduzimanja LBO transakcija dolazi do pripajanja društava dopunjene su i odredbe ZGD-a kojima se uređuje provođenje ove statusne promjene, na način da je praktično onemogućeno pripajanje ciljnog društva i ponuditelja, bez obzira na smjer mogućeg pripajanja

(*down* ili *upstream merger*).

Hrvatski zakonodavac zauzeo je potpuno suprotno stajalište, izmijenivši iste godine kao i slovenski zakonodavac, nacionalno zakonodavstvo tako da je omogućio korištenje LBO transakcija, pod propisanim uvjetima. Isto je učinio i talijanski zakonodavac. Međutim, talijanski zakonodavac je za razliku od hrvatskoga zakonodavca, zasebno uredio pripajanje društava kod provođenja LBO transakcija, ali na način da ih nije u potpunosti onemogućio kako je to učinio slovenski zakonodavac.

Dakle dok je namjera slovenskoga zakonodavca u potpunosti onemogućiti korištenje LBO transakcija, karakterizirajući ih lošima za društvo, hrvatski i talijanski zakonodavac zauzeli su blaže stajalište propisivajući uvjete koji moraju biti ispunjeni za valjanost ovih transakcija.

Autori su mišljenja da poduzimanje LBO transakcija nije dobro u potpunosti onemogućiti, već je bolje rješenje propisati uvjete za njihovu valjanost. Te transakcije nikako ne smiju biti prijetnja interesima vjerovnika ciljnog društva. Takvo je stajalište u skladu s istraživanjima, koja pokazuju visoki postotak primjene ovih transakcija, osobito u postupcima preuzimanja, gdje se *a priori* ne polazi od stajališta da te transakcije idu na uštrb ciljnog društva. Takvo je rješenje prihvatio i europski zakonodavac normirajući ove transakcije.

## LITERATURA

## Knjige i članci

1. Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Svezak 1., Organizator, Zagreb, 2013.
2. Bergamo, Elio, Tiburzi, Pierluigi, Le nuove trasformazioni, fusioni, scissioni, Giuffrè Editore, Milano, 2005.
3. Burkart, Mike, Panunzi, Fausto, Mandatory Bids, Squeeze-out, Sell-out and the Dynamics of the Tender Offer Process, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper No. 10/2003, June, 2003, dostupno na: [www.ecgi.org/wp](http://www.ecgi.org/wp) (20.10.2017.)
4. Chinmay, Prakash, Saylee, Warade, Leveraged Buyout – “It’s Positioning Through Time”, Orion, The Research Journal, vol. 1., br. 1., 2013.
5. Crespi, Alberto, Rassegna di diritto societario (1993-1994). Disposizioni penali in materia di società e consorzi, Rivista delle Società, vol. 41., 1996.
6. Čulinović-Herc, Edita, Povreda obveze objave podataka na tržištu kapitala i sporovi ulagatelja (dioničara) protiv uvrštenih društava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., br. 1., 2009.
7. Čulinović-Herc, Edita, Zubović, Antonija, Pravne značajke provedenih postupaka preuzimanja prije i nakon pristupanja u EU i uočena regulatorna pitanja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 66., br. 5., 2016.
8. Čulinović-Herc, Edita, Zubović, Antonija, Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: aktualnosti u postupcima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, vol. 50., br. 2., 2013.
9. Drnovšek, Gregor, Aktualna problematika, povezana z uveljavljanjem ZPre-1, Šesnajsto posvetovanje o aktualni problematiki s područja gospodarskega prava: Gospodarski subjekti na trgu – novosti in aktualna vprašanja gospodarskega prava, Portorož, 2008.
10. Eckbo, Espen B., Thorburn, Karin S., Corporate Restructuring: Breakups and LBOs, Handbook of Corporate Finance: Empirical Corporate Finance, u: Eckbo B. Espen (ur.), Elsevier/North-Holland Handbook of Finance Series, vol. 2., 2008.
11. Ferran, Eilis, Regulation of Private Equity - Backed Leveraged Buyout Activity in Europe, ECGI - Law Working Paper No. 84/2007., dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=989748> (10.1.2018.).
12. Giannino, Michele, The regulation of LBOs under English and Italian Company Law, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1448719> (23.12.2017.).
13. Jensen, Michael, C., Active Investors, LBOs, and the Privatization of Bankruptcy, Journal of Applied Corporate Finance, vol. 2., br. 1., 1989.
14. Jensen, Michael, C., Warner, Jerold, B., The Distribution Of Power Among Corporate Managers, Shareholders, And Directors, dostupno na: <http://papers.ssrn.com/abstract=173459> (29.12.2017.).
15. Jurić, Dionis, Hrvatsko pravo povezanih društava s prikazom njemačkog, francuskog i engleskog prava (magistarski rad), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2002.
16. Jurić, Dionis, Zubović, Antonija, Čulinović-Herc, Edita, Shareholders' Liability in Croatia, u: Shareholders' Liability, The Comparative Law Yearbook of International Business, Dennis Campbell (ed.), Kluwer Law International, Special Issue, 2017.
17. Jurić, Dionis, Zubović, Antonija, Protupreuzimateljske mjere i položaj uprave ciljnog društva u postupku preuzimanja dioničkog društva, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., br. 1., 2009.
18. Kocbek, Marijan, Institutivi novele ZGD-1A in nadaljnje spreminjanje ZGD-1 z usklajevanjem evropskega prava družb, Šesnajsto posvetovanje, Gospodarski subjekti na trgu – novosti in aktualna vprašanja gospodarskega prava, Portorož, 2008.

19. Kocbek, Marijan, Prelič, Saša, Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1) z novelama ZGD-1A in ZGD-1B – uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana, 2008., str. 139-155.
20. Mao, Yaping, Renneboog, Luc, Do Managers Manipulate Earnings Prior to Management Buyouts?, ECGI - Finance Working Paper No. 383, 2013., dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2330784> (18.1.2018.).
21. Maurović, Ljiljana, Korištenje povlaštenih informacija managementa u stjecanju vlastitih dionica društva, Hrvatska pravna revija, br. 12., 2004.
22. Maurović, Ljiljana, Smjernica 2006/68/EC o održavanju kapitala i stjecanju vlastitih dionica društva, Hrvatska pravna revija, br. 6., 2007.
23. Mülbart, Peter, O., Make It or Break It: The Break-Through Rule as a Break-Through for the European Takeover Directive?, Law Working Paper No. 13/2003, August 2003, dostupno na: [www.ecgi.org/wp](http://www.ecgi.org/wp) (9.1.2017.).
24. New Financial Assistance Rules after Implementation of Directive 2006/68/EC in Italy, dostupno na: [http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/document-library/clsbsddl\\_document/files/cgsh\\_alert\\_memo\\_-\\_new\\_financial\\_assistance\\_rules\\_alert\\_memo.pdf](http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/document-library/clsbsddl_document/files/cgsh_alert_memo_-_new_financial_assistance_rules_alert_memo.pdf) (18.1.2018.).
25. Nilsen, André, The EU Takeover Directive and the Competitiveness of European Industry, dostupno na: [www.oxfordgovernance.org/index.php/100/0/](http://www.oxfordgovernance.org/index.php/100/0/) (9.12.2017.).
26. Osano, Hiroshi, Acquisition Mode and Financing in Takeovers, dostupno na <https://ssrn.com/abstract=1373552> (28.12.2017.).
27. Parać, Zoran, Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava, Pravo u gospodarstvu, god. 42., sv. 4., srpanj, 2003.
28. Parać, Zoran, Nedopušteno stjecanje vlastitih dionica i njegove pravne posljedice, Pravo u gospodarstvu, god. 38., sv. 4., 1999.
29. Plavšak, Nina, Novela Zakona o prevzemih: Veća zaštita malih delničarjev in upnikov ali neprimeren poskus, Pravna praksa, br. 48., 2007.
30. Pojasnila in praktični vidiki ZPre-1, Agencija za trg vrednostnih papirjev, dostupno na: [http://www.a-tvp.si/Documents/POJASNILA\\_IN\\_PRAKTICNI\\_VIDIKI\\_ZPre.pdf](http://www.a-tvp.si/Documents/POJASNILA_IN_PRAKTICNI_VIDIKI_ZPre.pdf) (23.1.2018.).
31. Prelič, Saša, MBO - koga je treba varovati pri kreditiranih odkupih (LBO) in kako, Pravna praksa, br. 2, 2008.
32. Prelič, Saša, Prostor, Jerneja, Aktualna vprašanja pri statusnih preoblikovanj v Republiki Sloveniji (implementacija Direktive 2009/109/EC), Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34., br. 1., 2013.
33. Prelič, Saša, Temeljno o varovanju interesa upnikov v pravu kapitalnih družb – pomen pravil o vezanem premoženju, Podjetje in delo, br. 2., 2005.
34. Prelič, Saša, Varstvo interesa upnikov in manjšinskih družbenikov pri statusnih preoblikovanjih, Zbornik radova „Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije“, Pravni fakultet, Rijeka, 2011.
35. Renneboog, Luc, Vansteenkiste, Cara, Leveraged Buyouts: A Survey of the Literature, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Finance Working Paper No. 492/2017, dostupno na <https://ssrn.com/abstract=2896653> (15.1.2018.).
36. Scholes, Louise, Wright, Mike, Westhead, Paul, Burrows, Andrew, Bruining, Hans, Information Sharing, Price Negotiation and Management Buy-outs of Private Family-owned Firms, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=982896> (28.12.2017.).
37. Seel, Gregory, Brian, An Overview of Leveraged Buy-Out Transactions, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1532261> (22.11.2017.).
38. Tompa, Gašper, Dopustnost operacij LBO/MBO, Pravna praksa, god. 28., br. 37., 2009.
39. Tübke, Alexander, Success Factors of Corporate Spin-offs, ISEN International Studies in Entrepreneurship, Kluwer Academic Publishers, 2004.
40. Varanelli, Luigi, Leveraged buyouts med teorijo in prakso, Podjetje in delo, god. 27., br. 3-4., 2001.

41. Varanelli, Luigi, Menedžerski odkupi, izvedeni s tehniko management buyout, *Pravna praksa*, br. 49-50., 2007.
42. Vicari, Andrea, Conflicts of Interest of Target Company's Directors and Shareholders in Leveraged Buy-Outs, *European Company & Financial Law Review*, vol. 4., br. 3., September, 2007.
43. Wright, Mike, Simons, Tomas, Scholes, Louise, Renneboog, Luc, Leveraged Buyouts in the U.K. and Continental Europe: Retrospect and Prospect, ECGI - Finance Working Paper No. 126/2006; CentER Discussion Paper Series No. 2006-70, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=918121> (5.1.2018.).
44. Zubović, Antonija, Stjecanje glasačke kontrole nad uvrštenim društvom (doktorska disertacija), Pravni fakultet u Zagrebu, 2012.

#### Pravna vrela

1. Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366", *Gazzetta Ufficiale* n. 17 del 22 gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 8.
2. Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52", *Gazzetta Ufficiale* n. 71 del 26 marzo 1998 - Supplemento Ordinario n. 52.
3. Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law, OJ L 169, 30.6.2017, p. 46–127.
4. Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, OJ L 142, 30. 4. 2004., str. 12-23.
5. Directive 2006/68/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 amending Council Directive 77/91/EEC as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, OJ L 264, 25.9.2006., p. 32–36.
6. Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, OJ L 315, 14.11.2012, p. 74–97.
7. Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, OJ L 26, 31.1.1977., p. 1–13.
8. Zakon o gospodarskih družbah, Uradni list, br. 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13, 82/13, 55/15.
9. Zakon o preuzimanju dioničkih društava, Narodne novine, br. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13, 99/13, 148/13.
10. Zakon o prevzemih, Uradni list, br. 79/06, 67/07, 1/08, 68/08, 35/11, 105/11, 10/12, 38/12, 56/13, 63/13, 25/14, 75/15.
11. Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15.



Sudska praksa

1. Odluka u predmetu *Bruni v. Trenno*, Court of Milan, 13 May 1999, [1999] *Giurisprudenza Italiana* 2103.
2. Odluka u predmetu *Furlan v. Farmitalia Carlo Erba et al.*, Court of Milan, 14 May 1992, [2002] II *Giurisprudenza Commerciale* 988.
3. Odluka u predmetu Tribunale Milano sez. VIII 27 novembre 2008 n. 14099.
4. Odluka Višjeg sodišća u Ljubljani VSL sklep Cpg 1221/2010 od 14. listopada 2010. godine. ECLI:SI:VSLJ:2010:CPG.1221.2010.
5. Odluka Visokog trgovačkog suda RH od 21. siječnja 2012. godine u predmetu Pž-2431/10.
6. Odluka Visokog trgovačkog suda RH od 24. listopada 2007. godine u predmetu Pž-7567/05-4.

**Saša Prelič\***

**Antonija Zubović\*\***

Summary

## **LEVERAGED BUYOUT TRANSACTIONS (LBOs)**

The article analyzes leveraged buyout transactions, pointing out to the open issues in their application. Authors highlight the application of provisions concerning group of companies as well as mergers and acquisitions in LBO transactions. Furthermore, since business practice has shown that LBOs are often used in takeovers, authors analyze the application of LBOs in takeover procedures. In addition, the article analyzes the European regulatory framework for the regulation of LBOs and compares the adopted solutions in Croatian, Slovenian and Italian law. Comparing the solutions of these three legislations, authors conclude that there are significant differences between them. While Croatia and Italy adopted the provisions of Second Company Law Directive, Slovenian legislator significantly tightened the conditions for using LBOs and *de facto* precluded their application. In conclusion, authors evaluate the consequences of the adopted provisions and looks for appropriate solutions *de lege ferenda*.

**Keywords:** *leveraged buyout (LBO), management buyout (MBO), takeover, target company, financial assistance, group of companies, mergers and acquisitions.*

Zusammenfassung

## **RECHTSREGELUNG VON LBO-TRANSAKTIONEN**

Die Arbeit bespricht die Transaktionen, bei denen die Anteile der Zielgesellschaft durch Fremdkapital erworben werden (LBO-Transaktionen), und weist auf offene Fragen bei derer Anwendung. Die Anwendung der Vorschrift über verbundene Unternehmen und die Umsetzung der Statusänderung der Akquisitionen bei LBO-Transaktionen werden auch besprochen. Da die Praxis darauf hindeutet, dass LBO-Transaktionen sehr oft bei Übernahmen benutzt werden, legt man in der Arbeit besonderen Wert auf die Nutzung dieser Transaktionen bei Übernahmen. Der Regulationsrahmen der EU für die LBO-Transaktionen wird analysiert und es

\* Saša Prelič, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Maribor; [sasa.prelic@um.si](mailto:sasa.prelic@um.si).

\*\* Antonija Zubović, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; [azubovic@pravri.hr](mailto:azubovic@pravri.hr).

werden Beschlüsse des kroatischen, slowenischen und italienischen Rechts dargestellt und verglichen. Es wird festgestellt, dass diese Transaktionen in den analysierten Rechtsordnungen auf unterschiedliche Weisen reguliert werden. Während Kroatien und Italien ihre Regelungen im Ganzen an die Zweite Gesellschaftsrechtsrichtlinie angeglichen haben, hat der slowenische Gesetzgeber die Voraussetzungen für diese Transaktionen verschärft, beziehungsweise die Nutzung dieser Transaktionen *de facto* behindert. Ausgehend von den Ergebnissen der durchgeführten Forschung werden abschließend die Vorschläge *de lege ferenda* gegeben.

**Schlüsselwörter:** *LBO-Transaktionen, MBO-Transaktionen, Übernahmen, Zielgesellschaft, Unternehmensverschuldung, verbundene Unternehmen, Akquisition.*

Riassunto

## **LE OPERAZIONI DI LEVERAGED BUYOUT (LBO)**

Nel lavoro si trattano le operazioni di leveraged buyout (LBO), indicando le questioni aperte nella loro applicazione. Gli autori si concentrano sull'applicazione delle norme sulle società collegate e sulle operazioni di M&A in occasione delle operazioni di LBO. Posto che la prassi ha evidenziato che le operazioni di LBO spesso vengono utilizzate nelle procedure di take-over, gli autori mediante un capitolo specifico trattano dell'utilizzo di tali operazioni in queste procedure. Nel lavoro di disamina il quadro regolatore europeo delle operazioni LBO e si espongono e comparano le soluzioni giuridiche croata, slovena ed italiana. Paragonando le soluzioni dei sistemi giuridici analizzati s'è osservato che tutti e tre gli ordinamenti studiati regolino, anche se in modi diversi, queste operazioni. Mentre, da un lato, la Croazia e l'Italia hanno regolato le operazioni di LBO in conformità alla disciplina dettata dalla seconda direttiva nel diritto societario, dall'altra parte, il legislatore sloveno ha previsto delle condizioni molto più rigorose per potere utilizzare queste operazioni, rendendone *de facto* impossibile l'utilizzo. Sulla base dei risultati dell'indagine condotta, gli autori in conclusione offrono delle proposte *de lege ferenda*.

**Parole chiave:** *operazioni LBO, operazioni MBO, take-over societario, società bersaglio, indebitamento della società, società collegate, fusione.*



## NEKE NOVE REFLEKSIJE O GRAĐANSKO - TRGOVAČKIM SPECIFIČNOSTIMA NOVČANIH OBVEZA

Prof. dr. sc. Aldo Radolović\*  
Doc. dr. sc. Oliver Radolović\*\*

UDK 347.42  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.11>  
Ur.: 18. listopada 2017.  
Pr.: 19. veljače 2018.  
Prethodno priopćenje

### Sažetak

*Novčane obveze posebno su atraktivna pravna kategorija u građanskom i trgovačkom pravu. U ugovorima o kreditu, napose u ugovoru o potrošačkom kreditu to dolazi do posebnog izražaja. Novac ima, međutim, isključivo funkciju vrijednosti i irelevantno je u kojoj će valuti ugovorne strane to izraziti. Pad te vrijednosti zahtijeva potrebu "usklađivanja" koja se vrši na više načina. Vjerovnik nema pravo dobiti natrag veću glavnicu nego što ju je dao, ali ima pravo održati njenu realnu vrijednost. Isto pravo, dakako, ima i dužnik kada novčana kretanja idu prema vjerovniku, tj. kada novac aprecira.*

**Ključne riječi:** građansko pravo, trgovačko pravo, novčana obveza.

### 1. UVOD

Novac i novčane obveze uvijek su bili u središtu pažnje opće i pravničke javnosti, a osobito u novije vrijeme (poznati slučaj "švicarskog franka").

No, i mimo tog slučaja, novčane obveze zaslužuju stalnu pažnju jer se upravo na njima "lome" mnoga načela obveznog i čitavog građanskog prava, čak i načela ustavnopravnog sustava zemlje. Povijesna emancipacija novčanih obveza počela je onog trenutka kada je čovjek (u pretežitom dijelu) napustio naturalnu proizvodnju (proizvodnju za sebe), odnosno razmjenu "stvar za stvar" i upustio se u razmjenu stvari (robe) za novac. Viši stupanj toga je razmjena "novac za novac" tj. davanje novca da bi se natrag dobilo više novca. Aktualni problem "švicaraca" svakako je dramatično problematizirao neke važne aspekte novčanih obveza (i bit će iznimno zanimljivo promatrati kako će naši sudovi u konačnici sve to razriješiti), ali pitanja zajma, kredita i potrošačkih kredita ipak ne pokrivaju sve relevantne elemente novčanih obveza.

Treba, naime uvijek imati na umu da obveze ne nastaju samo temeljem ugovora (arg. iz čl. 20. st. 1. ZOO),<sup>1</sup> a postojeće rasprave napose gube iz vida da obveze (pa,

\* Dr. sc. Aldo Radolović, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci u mirovini i sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske u mirovini; [radolovic47@gmail.com](mailto:radolovic47@gmail.com).

\*\* Dr. sc. Oliver Radolović, docent Fakulteta ekonomije i turizma "dr. Mijo Mirković" Sveučilišta Jurja Dobrile u Puli; [oliver.radolovic@efpu.hr](mailto:oliver.radolovic@efpu.hr).

dakle, i novčane obveze) mogu nastati i temeljem odluke suda ili druge javne vlasti (čl. 20. st. 2. ZOO). Dakako i temeljem zakona (odgovornost za štetu, stjecanje bez osnove i sl.).

Obvezno pravo, uz još niz drugih načela, poznaje i načelo ekvivalencije, jednake vrijednosti davanja (čl. 7. ZOO). To, doduše, nikada ne znači da činidba A i protučinidba B moraju biti doslovno (stopostotno) jednake i tradicionalno je u granicama dopustive tolerancije poznato odstupanje do jedne trećine vrijednosti. Bez toga ne bi bilo komercijalnog poslovnog prometa, poslovne poduzimljivosti pa svakako i legalne zarade na toj osnovi.

U slučaju novčanih obveza ovo pravilo dolazi do posebnog izražaja. Zapravo se može reći da pri razmjeni “novca za više novca” to pravilo dobiva samo svoj smisao (svoju *causa-u finalis*), mada sa brojnim i pravno vrlo atraktivnim specifičnostima.

Novčana obveza nije činidba davanja zamjenjivih stvari nego je to činidba vrijednosti; dužnik ne dobiva stvar nego vrijednost i u obvezi je vraćanja te vrijednosti, svakako uvećane za komercijalnu dobit koja iz odnosnog posla legitimno pripada vjerovniku.

Novčane obveze nisu aleatorne obveze.<sup>2</sup> To nije “skok s ruba svemira”<sup>3</sup> i svaka novčana obveza od svog nastanka do svog prestanka mora biti i ostati u zakonitim okvirima opće građanskopravne komutativnosti (u tradicionalnom pravilu “civila” da se već pri nastanku obveze znaju i sadržaj i međusobni odnos činidbe i protučinidbe).

Postoje, doduše, i neke iznimke gdje je novčana obveza aleatorna (lutrija, osiguranje, burzovni ugovori, uzdržavanje i sl.), ali to su samo iznimke kojima se ovdje nećemo baviti. Pravilo komutativnosti ostaje u svakom slučaju čvrsto načelo koje vrijedi za novčane obveze.

## 2. POJAM NOVČANIH OBVEZA I NJIHOVE SPECIFIČNOSTI

U središtu problematike novčanih obveza svakako je novac kao naročit ekonomski i pravni pojam.

Novac je u svijetu prava zanimljiv zbog svoje posebno istaknute funkcije (ne kao stvar sama po sebi). U smislu funkcije novac je mjerilo vrijednosti, ali i mjerilo cijene. Te dvije komponente funkcije novca nisu jedno te isto, mogu biti i jesu odvojene, ali su bez sumnje u određenoj korelaciji (napose stvaranju probleme kada je diskrepanca

1 Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.

2 Kod aleatornih ugovora (riječ dolazi od latinske riječi *alea* = kocka) odbitak ili gubitak za jednu ili drugu ugovornu stranu ne zna se u času sklapanja tog ugovora, odnosno zavisi o nastupu nekog budućeg i neizvjesnog događaja (npr. osiguranje, kocka, lutrija, ostali ugovori na sreću, ugovor o doživotnom uzdržavanju, burzovni ugovori). To je iznimka u građansko-trgovačkom pravu. Pretežu komutativni ugovori kod kojih je unaprijed jasan barem bitan odnos činidbe i protučinidbe.

3 Poznato je, naime, da je 14. 10. 2012. jedan mladi Austrijanac (Felix Baumgartner) prvi u povijesti čovječanstva skočio (uz padobran, dakako) s “ruba svemira” (visine od oko 40 km) i uspješno sletio na Zemljino tlo; odluka za takav skok bila je uistinu “aleatorna”, jer je postojao ekstreman rizik smrti. Ovdje to ističemo, naravno, u metaforičkom smislu. Ni jedna novčana obveza nije i ne smije biti pitanje “života ili smrti” niti pitanje “egzistencije” ili “života u bijedi”.

između “vrijednosti” i “cijene” prevelika).

U novcu, svakoj novčanoj jedinici (banknoti ili metalnom novcu) uvijek su sadržane dvije vrijednosti: jedna, tzv. nominalna<sup>4</sup> i, druga, realna (unutarnja, funkcionalna).<sup>5</sup>

Prva je označena na svakoj novčanoj jedinici i ona statički je element vrijednosti novca, tj. ista je i u trenutku sklapanja pravnog posla i u času njegova ispunjenja.

Europske građanske kodifikacije 19. stoljeća (Code civil, ABGB, Codice civile, BGB) stvorene su u vrijeme kada je ekonomski pojam inflacije bio gotovo nepoznat. Obveza koja je glasila na isti iznos novca i na početku i na kraju ugovora ni za jednu ugovornu stranu nije stvarala nikakav problem. Statički element vrijednosti novca bio je stoga jedini vrijednosni element novca, pa druga vrijednost novca (realna, funkcionalna) kao izrazito dinamička kategorija, podložna tržišnim kretanjima, nije bila relevantna a praktički je bila i nepoznata.

Načelo nominalizma (*das nominalistische Prinzip*) bio je u tim okolnostima razumljiv pravni izraz postojećeg ekonomskog stanja bez inflacije.

No, načelo nominalizma postoji i danas, kada je inflacija (kolokvijalno poznata kao pad vrijednosti novca), ponekad viša, a ponekad niža, općepoznati pojam.<sup>65</sup>

Pred ponorom uvijek prijeteće inflacije pravna teorija nalazi izlaz u tome da je to ipak samo dispozitivno pravo<sup>6</sup> (njem. *dispositives Recht*) i da stoga ugovorne strane mogu drugačije ugovoriti i time izbjeći negativne posljedice inflacije kao pada realne, funkcionalne vrijednosti novca.

Nedostatak je ovakvog stajališta ipak u tomu što su monetarni “potresi” mogući nakon sklapanja ugovora, čak i u mjeri koja ne samo da nije postojala u času sklapanja ugovora nego u tom momentu nisu bili niti objektivno predvidljivi. Problem se napose odnosi na pravne poslove s dugotrajnim ispunjavanjem.

S obzirom na to da je novac primarno “vrijednost”, jasno je da je ova funkcionalna komponenta vrijednosti novca dinamična i promjenjiva i da od te njene “hirovitosti” može vrijednosno (realno) gubiti bilo koja od ugovornih strana. U inflaciji je to uvijek

4 Jedan od najvećih njemačkih pravnikar Karl Larenz (1903.-1993.) podvukao je pojmove nominalne vrijednosti novca (njem. *nominelle Wert*) i nominalističkog principa u pravu (njem. *das nominalistische Prinzip*) kao neposredno povezane (Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, C. H. Beck, München, 1976., str. 136, 141). Slično navodi u novije vrijeme i Peter Schlechtriem (Schlechtriem, P., Schmidt-Kessel, M., Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. izdanje, Mohr Siebeck, 2005., str.185).

5 Suprotan značaj ima funkcionalna vrijednost (njem. *funktionelle Wert*) koja je vrlo varijabilna kategorija i zapravo znači to koliko je stvarna kupovna moć novca u času kada ga vjerovnik dobije - *Kaufkraft* (Larenz, K., op. cit., str. 135-136). Novčana obveza je obveza vrijednosti (njem. *Wertschuld*). Isti pojam u bivšoj jugoslavenskoj literaturi Slobodan Perović naziva “unutrašnja vrijednost novca” (Perović, S., Obligaciono pravo I, Službeni list SFRJ, Beograd 1976., str. 47). Ovakav izraz “innere Wert” postoji i u Austriji (Koziol, H., Welsch, R., Buergerliches Recht, Band II, Manz Verlag, Wien, 2007., str. 31). U svakom slučaju, baš kao što nominalna vrijednost novca ima svoj izraz u načelu nominalizma, funkcionalna vrijednost ima svoj izraz u novom pojmu - načelu novčane valorizacije i primjeni pravila o promjeni obvezopravnog odnosa.

6 Naš Zakon o obveznim odnosima izričito poznaje pojam “monetarni nominalizam” kao obvezu isplate onolikog broja novčanih jedinica “na koji obveza glasi” (čl. 21.).

vjerovnik, u deflaciji (jačanje realne vrijednosti novca) dužnik. Jedino nije moguće da su istovremeno pogođeni i vjerovnik i dužnik.

Iz činjenice da je novac primarna “vrijednost” (u njenom realnom, funkcionalnom smislu) logično proizlazi da je, npr. oblik tog novca (njegova “državljska pripadnost”) posve irelevantna kategorija u pravnoj strukturi novčane obveze.<sup>76</sup>

Mada se svaka obveza može izraziti u novcu,<sup>87</sup> nije svaka obveza ujedno i novčana obveza. Takva obveza postoji samo onda kada se predmet obveze sastoji u predaji određene sume novca. Sve drugo (a to je ipak pretežni broj obveza) su nenovčane obveze.

Novčana obveza nije samo obveza iz zajma, odnosno kredita. To su i obveze kupca iz kupoprodajnog ugovora, zakupnika iz ugovora o zakupu, obveza štetnika da štetu popravi u novcu itd.<sup>9</sup>

Ipak “najčišća” novčana obveza je ona gdje je novac istovremeno i predmet davanja (predaje) i predmet ispunjenja ugovorne obveze.

Kod svih novčanih obveza postoji, naime, dužnost plaćanja “cijene” pod različitim nazivima (kupoprodajna cijena, zakupnina, novčana naknada štete kao ekvivalent počinjene štete). No, kada vjerovnik dužniku daje novac (zajam, kredit) stvari stoje ponešto drukčije i onda je i ta cijena po naravi stvari specifična. Zove se ugovorna kamata.<sup>10</sup>

U cjelini se mogu u tom smislu podvući tri posebna aspekta novčanih obveza:

- problem kamata
- pitanje vremena, mjesta i načina ispunjenja novčane obveze i
- pitanje posljedica pada ili rasta realne, funkcionalne vrijednosti novca (u praktičnom životu to se posebno plastično izražava kao pad ili porast kupovne snage novca, njem. *Kaufkraft*).

Nema dvojbe da u pravu novac i novčane obveze valja demistificirati, osloboditi ih napose od svake “državotvornosti” i postaviti ih na kolosijek klasičnog vjerovničko-dužničkog odnosa.<sup>11</sup>

7 Njemački BGB iz 1896. (čl. 244.) dopušta uporabu obveze u stranom novcu kao nešto sasvim normalno (njem. *Fremwahrungsschuld*). Karl Larenz to komentira kao normalnu posljedicu činjenice da dužnik u novčanoj obvezi duguje “vrijednost” pa je irelevantno je li ta vrijednost izražena u domaćem ili stranom novcu (Larenz, K., op. cit., str.142-143). Isto pravilo sadrži i austrijski ABGB (par. 905 a).

8 Neke se obveze teže izražavaju u novcu (npr. problem izvanredne i afekcione cijene), ali to ne negira pravilo da se svaka obveza može izraziti u novcu.

9 Kod zakupa, npr. dužnik ima i novčanu i nenovčanu obvezu, tj. platiti zakupninu i vratiti stvar. Tu je malo složenije pitanje je li to u ukupnosti novčana ili nenovčana obveza.

10 U “čistoj” novčanoj obvezi (zajam, kredit) vjerovnikova zarada nije u tomu što će dužnik vratiti glavnica. Time je vjerovnik još uvijek “na nuli” i njegova zarada koju on legitimno očekuje u je cijeni novčanog zajma - ugovornoj kamati. Te se kamate moraju ugovoriti (u protivnom postoji beskamatni zajam koji je praktički besplatan pravni posao), no ne mogu u bilo kojoj visini nego samo u okvirima koje dopušta pravni poredak. Država ima svoje razloge zašto fiksira ugovorne kamatne stope (npr. da potiče ulaganje viška kapitala u dioničarski kapital a ne rentijerstvo putem pozajmljivanja novca). Njemački BGB (čl. 138.) ima, međutim, jedinu zabranu vezanu za visinu kamata da ne prelaze u zelenaške (tako i Larenz, K., op. cit., str. 151). Slično je i u Austriji, gdje je opća zakonska (ugovorna) kamata 4 % (Kozioł, H., Welsler, R., op. cit., str. 35).

11 Vežanost novca za državu koja ga izdaje i propisuje kao sredstvo plaćanja nije sporno (tako i



### 3. KAMATE, VRIJEME, MJESTO I NAČIN ISPUNJENJA NOVČANIH OBVEZA

Kada vjerovnik dužniku prepušta svoj novac (kapital), dužnik je obvezan vratiti vjerovniku glavnica uvećanu za kamatu. To je temeljni smisao, cilj (*causa finalis*) svake novčane obveze.

Dobit (korist, profit) vjerovnika nije, dakle, samo u tomu što će mu biti vraćena glavnica. Time bi on tek bio na “nuli”, a novčani pravni posao bi zapravo bio običan besplatni pravni posao.

Vjerovnik u novčanom pravnom poslu, kao naplatnom pravnom poslu, treba, osim vraćene glavnice, dobiti i ugovorom predviđenu novčanu naknadu zbog toga što je dužnik kroz ugovoreno vrijeme koristio vjerovnikov kapital. Simbolike radi mogli bi tu “naknadu” nazvati i cijenom, a tradicionalno je poznata pod posebnim nazivom – ugovorne kamate (*usurae conventionales*).

Kamate se uvijek ugovaraju u postotku (dakako, u odnosu na glavnica) i na godinu dana. Eventualno ugovorom predviđeno učešće vjerovnika u dobiti iz dužnikova posla ne predstavlja kamatu.

Ugovorena kamata prati glavni novčani dug, jer je kamatna obveza ovisna o glavnoj obvezi i u nastanku i u visini, stoga npr. i zastaruje zajedno s njom.

Države u pravilu potiču što niže kamate (jer to uvijek pospješuje investicije u ekonomiji), ali se, osim u slučajevima zelenaštva, rijetko miješaju u njihovu visinu.<sup>12</sup>

Ugovorna kamata nije u funkciji čuvanja realne (unutarnje, funkcionalne) vrijednosti vjerovnikove tražbine, mada takva formula također nije nemoguća.<sup>13</sup>

Tržišne turbulencije mogle bi zahtijevati i izmjenu nominalne glavnice i izmjenu stope kamata (dakako ili izmjenu samo jednog od toga) ali se raskid ili izmjenu samo kamatnog dijela ugovora objektivno mnogo teže ishoditi.

Drugo su zatezne kamate (*usurae legales*). Njih određuje zakon pa se zbog toga zovu i “zakonske zatezne kamate”. To je na neki način kazna dužniku zbog neispunjenja novčane obveze (zbog zakašnjenja). U civilu, doduše, “kazni” ne bi (načelno) smjelo biti, pa bi se moglo reći da je obveza plaćanja zateznih kamata više u tome da presumptivno (kao *praesumptio iuris et de iure*) pokriva štetu koju vjerovnik trpi zbog toga što mu tražbina (glavnica uvećana za ugovornu kamatu) nije na vrijeme ispunjena. Već sama činjenica što dužnik kasni kod vjerovnika izaziva štetu; trpi li vjerovnik i neku dodatnu, izvanrednu štetu, trebao bi imati pravo i na naknadu ove

Koziol, H., Welser, R., op. cit., str. 31.) ali u privatnom (prije svega građansko-trgovačkom) pravu predmet promatranja je (samo) funkcija novca (tako kod nas i Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo, Narodne novine, IX. izdanje, Zagreb, 2006., str. 88.) i to onda uistinu nema veze s javnopravnim značenjem novca niti opravdava moguće pozivanje čak na pitanje državnog suvereniteta. Državi se isto tako ne može odreći pravo praćenja i nadzora nad tijekom robno-novčanih kretanja (čak i putem kaznenopravnih normi, npr. zbog novčanog zelenaštva), ali ni to novčanim obvezama ne oduzima njihov primarno civilnopravni, privatnopravni karakter.

12 U Austriji i Njemačkoj npr. dispozitivni propisi predviđaju kamatu od 4 % (tako Koziol, H., Welser, R., op. cit., str. 35, isto i Larenz, K., op. cit., str. 151).

13 Ta je praksa, npr. postojala u posljednjoj fazi bivše federalne države (vlada Ante Markovića, 1988. i 1989.). Zbog hiperinflacije “pumpane” su i ugovorne i zakonske kamate. Za zatezne bi se još i našlo nekog rezona, za ugovorne ne.

štete pod općim pretpostavkama odgovornosti za štetu.<sup>14</sup>

Specifična su i pitanja mjesta i vremena ispunjenja novčanih obveza. U pravilu se to prepušta dispozicijama ugovornih strana. Dispozitivni propisi obveznog prava za mjesto ispunjenja obveza (svih obveza) imaju pravilo: novčane obveze za tzv. *Bringschuld* (tj. ispunjavaju se u mjestu vjerovnika i tu dužnik mora donijeti novac) a nenovčane obveze su *Holschuld* i ispunjavaju se u mjestu dužnika (kamo vjerovnik mora doći po ispunjenje).<sup>15</sup>

Kod vremena ispunjenja novčane obveze intrigantno je pitanje može li dužnik vratiti dug i prije protoka ugovorenog vremena obveze. Većina zakonodavstava i to prepušta dispoziciji vjerovnika i dužnika a naš je ZOO (čl. 25. st. 1. i 2.) jedna od rijetkih iznimaka u tome.<sup>16</sup> Određuje, naime, da dužnik može novčanu obvezu ispuniti prije roka i da je ništetna svaka odredba ugovora kojom se dužnik odriče tog prava.

Hrvatski ZOO nije “zakonik”, tj. hijerarhijski nije viši od drugih zakona pa bi doslovno s tog stanovišta gledano bilo moguće problem “zaobići” drugim propisom.

To jedino ne bi bilo moguće ako bi se pravilo iz čl. 25. st. 2. ZOO-a uzelo kao sastavni dio javnog poretka.<sup>17</sup> Čini nam se da bi to ipak bila predaleka i pravno pretjerano forsirana konstrukcija. Uostalom, sam ZOO na jednom drugom mjestu (čl. 175. st. 1.) odstupa od čl. 25.

Rok za ispunjavanje novčane obveze načelno je gledano u korist dužnika i rijetko će se on baš “žuriti” platiti. On tu može naći neki svoj pravni interes<sup>18</sup> koji, međutim, može kolidirati s konkretnim interesom vjerovnika.<sup>19</sup> Novčana obveza je *per definitionem* naplatni pravni posao pa je kako se to uobičajeno kaže - vjerovnikova zarada legalna i legitimna. Cijena, tj. ugovorna kamata treba predstavljati tu zaradu, a štetu zbog kašnjenja dužnika trebala bi pokrivati zakonska zatezna kamata. Vjerovnikovo pravo na naknadu štete veće od presumptivne nije bez prijepora, napose njegovo pravo da kumulira zatezne kamate i stvarnu (veću) štetu.

Pravilo o mjestu i vremenu ispunjenja novčanih obveza trebalo bi omogućiti vjerovniku efikasnu naplatu tražbine. Vjerovnik u valjanoj novčanoj obvezi nije nikakav “eksploatator”, dobiva ono što mu legalno pripada, a korist od temeljnog

14 Takav slijed ovakvog razmišljanja hrvatski ZOO, npr. ne uvažava (čl. 30. st. 2.). Teoretsku koherentnost takva pravila ipak bi trebalo preispitati, napose sada kada se vjerovniku kao relevantna šteta priznaje i neimovinska šteta (čl. 346. st. 1. ZOO).

15 Tako Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., str. 470-471.

16 Ovakvo se rješenje i u domaćoj literaturi s pravom kritizira (tako Gorenc i dr., Komentar Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 66-67).

17 Javni poredak (njem. *öffentliche Ordnung*, franc. *ordre public*) je sinteza najviših pravno-moralnih normi u nekoj državi i od tih normi nitko ne smije odstupati. To je npr. razlog nepriznavanja inozemnih odluka u međunarodnom privatnom pravu, ali pojam “javni poredak” ima primarno značenje unutar nacionalnog zakonodavstva. Ovoga trenutka bi to, recimo, bila ravnopravnost žena i muškaraca, ravnopravnost i jednakopravnost bračne i izvanbračne djece, jednakost svih oblika prava vlasništva itd.)

18 Ima, npr. pravo na diskontne ili međutodne kamate (Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., str. 400), no samo ako je ugovorom predviđeno.

19 Mediji često donose natpise da banke u ugovorima o kreditima ne dopuštaju dužnicima prijevremenu otplatu. To im, navodno, “remeti” predviđeni tijek priljeva novca i izaziva ponajprije informatička “prestrojavanja”.

pravnog posla trebao bi imati i dužnik, napose ako je svojim radom i umijećem znao dobro iskoristiti tuđi novčani kapital kojeg je izvjesno vrijeme imao na raspolaganju. Povremene, napose medijske kampanje, koje predstavljaju populističko “navijanje” za jednu ili za drugu stranu, pate od nepoznavanja temeljne dijalektike ugovornog odnosa između vjerovnika i dužnika u novčanoj obvezi.

Novčanu obvezu treba ispuniti, ponajprije, davanjem novčane gotovine (njem: *im baren Geld*). Naš ZOO to izrijekom ne kaže, ali to npr. sadrži njemački BGB (par. 929/1). Knjižni novac (*Buchgeld*) također je valjano sredstvo plaćanja (arg. iz čl. 177 našeg ZOO) ali je to zapravo davanje umjesto isplate (*datio in solutum, Leistung an Erfuellungsstatt*) i podliježe pravilima tog specifičnog pravnog posla kao načina ispunjenja temeljne obveze.

Nemogućnost plaćanja novčanog duga, bilo objektivna bilo subjektivna, u pravilu nije razlog za građanskopravno relevantan prestanak obveze. Tu vrijedi poznato njemačko pravilo “*Geld hat man immer zu haben*” (novca uvijek ima) pa onaj tko ne može platiti dug potpada pod pravila ovršnog i insolventijskog prava i postupka. Hrvatska pravila obveznog prava o nemogućnosti ispunjenja kao razlogu prestanka obveze (čl. 208.-210. ZOO), po našoj ocjeni, ne bi doputila prestanak novčane obveze zbog nemogućnosti dužnika da plati novčani dug. Čini nam se također da je pravno “predaleko” i moguće pozivanje na ustavnu odredbu o socijalnoj državi (čl. 1. st. 1. Ustava RH), mada to dakako ne priječi ni državi ni drugim subjektima da dužniku pomognu u ispunjenju njegove obveze prema vjerovniku.

Ni propast novca u kojem je novčana obveza ugovorena ne znači prestanak novčane obveze jer ostaje pravilo da dužnik duguje ne novce nego vrijednost sadržanu u tom novcu. Samo kod dugovanja novca kao specijalne stvari (što je iznimna rijetkost, *Geldsach-Schuld*) propast odnosnog novca izaziva prestanak novčane obveze.

#### **4. PROBLEM NOVČANOG NOMINALIZMA I NOVČANOG VALORIZMA (AKTUALNI ASPEKTI)**

Poznati slučaj “švicarskog franka” izazvao je ne samo jaku medijsku polemiku nego i brojne sudske sporove, uključujući tu i ustavne sporove.

Problem je uistinu ozbiljan jer su velikom i naglom aprecijacijom švicarskog franka (koji je u najvećem broju potrošačkih kredita bio ugovaran kao valuta obveze) mnogi građani bili uistinu teško pogođeni.

Slučaj je ujedno bio i dobar povod da domaća pravna struka temeljitije preispita svoje dosadašnje poglede na novčane obveze, posebno na one gdje i činidba i protučinidba glase na novac.<sup>20</sup>

Čini se da je u tom smislu doista ojačan, položaj, stav da je u novčanim obvezama novac isključivo u funkciji vrijednosti i da je u tom smislu posve irelevantno pitanje u

20 Hrvoje Kačer je svoju raspravu o ovim pitanjima nazvao “vrhom sante leda” (Kačer, H., Je li “slučaj CHF” samo vrh sante leda u hrvatskom pozitivnom pravu, *Liber amicorum in honorem Vilibald Gorenc*, urednik Zvonimir Slakoper, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2014., str. 81-87).

kojoj je valuti ta vrijednost izražena.<sup>21</sup>

Ne zaboravimo da je izvorni ZOO iz 1978. (čl. 396.) u osnovi (pod prijetnjom ništavnosti) zabranjivao uporabu valutnih klauzula i strane valute. Čak je i u tadašnju literaturu građanskog prava ušao stav da je stoga uporaba (samo) domaćeg novca (jugoslavenskog dinara u to vrijeme) bitan element novčane obveze.<sup>22</sup>

Današnji ZOO RH iz 2005. svakako napušta ovako rigidan stav iz vremena SFRJ, ali ipak ne može reći da baš slobodno dopušta uporabu stranog novca u novčanim obvezama.

U čl. 22. st. 2. Zakon dozvoljava izračunavanje vrijednosti ugovorne obveze prema tečaju strane valute. Propis ima u vidu pretvaranje (konverziju) strane valute u domaću valutu, pa u tom smislu sadrži i daje pravilo da novčane obveze trebaju glasiti na domaću valutu (kunu).

Aktualne rasprave oko švicarskog franka otvorile su i pitanje jesu li banke kao davatelji novčanih kredita smjele forsirati švicarski franak kao relevantni kriterij konverzije obveze dužnika kada same nisu imale švicarsku valutu.

Ovo pitanje je zapravo bez značaja. Ni zlato ne moramo imati a ipak se obveza može izraziti “na temelju cijene zlata” (arg. iz čl. 22. st. 2. ZOO).

“Valutna klauzula” i “strana valuta” tehnički su gledano ipak ponešto različiti pojmovi (u prvom slučaju se strana valuta konvertira u domaću, u drugom strana valuta je valuta obveze bez konverzije). No, u biti su u oba slučaja postavlja isti temeljni problem: Može li se ili ne novčana obveza dužnika u potrošačkom (bankarskom) kreditu izraziti u stranom novcu?

Vrlo vjerojatno će opći razvoj ići u pravcu slobodnog izbora i slobodne uporabe bilo koje valute. Proces će napose biti potican razvojem Europske unije i jedinstvenoga europskog tržišta.

Načelo monetarnog nominalizma ostaje i dalje prvo načelo novčanih obveza (tako i čl. 21. ZOO). Suprotno načelo označava se kao načelo novčanog valorizma<sup>23</sup> ali ostaje dvojbeno pitanje da li je valorizam moguć samo ako je propisom izrijekom dozvoljen ili bi bio dozvoljen uvijek kada je ugovoren.<sup>24</sup>

Domaće obvezno pravo (pa čak i bivše jugoslavensko) pokazalo je velike pomake prema načelu valorizma,<sup>25</sup> ali čini se da bi još uvijek bilo teško govoriti o općem pravilu da je valorizam dopušten samo kada je ugovoren ili pak da se može primijeniti bez obzira na ugovor.

Krajem 10. mjeseca 2016. god. završen je u RH ustavni spor<sup>26</sup> odbijanjem

21 Tako posebno ističu Z. Slakoper (Slakoper, Z., Bankovni i financijski ugovori, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2007., str. 69-71) i V. Gorenc (Gorenc, V. (opća redakcija) Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2014., str. 58).

22 Perović, S., op. cit., str. 71. U drugom izdanju (Perović, S., Obligaciono pravo, knjiga prva, Službeni list, SFRJ, Beograd, 1986., str. 94-103), Perović ipak dopušta konverziju iz jedne u drugu valutu.

23 Naziv “monetarni valorizam” izrijekom rabi Zvonimir Slakoper (Slakoper, Z., op. cit., str. 79).

24 Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., str. 397, smatraju da je valorizam dozvoljen samo ako ga zakon izrijekom predviđa.

25 U odštetnom pravu, npr. naknada štete na stvari se određuje prema cijenama na dan presuđenja (čl. 1089. st. 2. ZOO).

26 Samo pokretanje spora otvara važno pitanje koliko je ova rasprava ustavne ili (samo) građansko

prijedloga za ispitivanje ustavnosti čl. 22. ZOO (o toj odluci ćemo nešto pobliže reći u posebnom, nastavnom dijelu ovog rada) i tu je, sukladno stavu znanosti, jasno izražen stav da mogućnost uporabe valutnih klauzula ne valja napustiti i da nastali problem zapravo nije ustavno pitanje niti predstavlja povredu Ustava RH.

Činjenica je, doduše, da je aprecijacija švicarskog franka u aktualnoj situaciji bila vrlo velika i da je pravni sustav u takvoj situaciji trebao “nešto učiniti”.

S tim u vezi, podsjećamo na pravni sadržaj iz poznatih Općih uzanci za promet robom iz 1954. Tu se, naime, kao jedan od razloga (primjera) za raskid ili izmjenu ugovora zbog promijenjenih okolnosti navode “...ekonomske pojave, kao što su izuzetno nagli i veliki pad ili skok cijena” (Uzance br. 56. st. 4.).

Važeći ZOO (čl. 369. st. 1.) ne sadrži više ovakvu pravnu suptilnost, mada ne dvojimo da se pod opisane pretpostavke za reviziju ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnostima mogu podvesti i velike monetarne promjene.

Zakon bi također mogao ista pitanja rješavati na svoj, apstraktan način, no uvijek u biti vezan istim pravilima po kojima sud vrši reviziju ili raskida ugovor zbog promjene okolnosti ugovora.<sup>27</sup>

Medijski se prigovori često svode na to da nema potrebe ugovorne novčane obveze vezati za stranu valutu kada je domaća valuta (kuna) već duže vrijeme vrlo stabilna.

Ovo je kao činjenica točno ali je bez pravnog značaja.

Ugovorne strane uvijek su slobodne urediti svoj ugovorni odnos kako same žele, a kod dugoročnih kredita (dakle, obveze s dugotrajnim izvršavanjem) potreba traženja “čvrstog uporišta” je dosta razumljiva.

No, ni strani novac nije imun od uvijek mogućih pa i velikih oscilacija. Upravo npr. ulazimo u neka stanja deflacije, što isto (mada u obrnutim ulogama ugovornih strana) otvara slična pitanja.

To zapravo znači da pravni sustav mora dosljedno ustrajati na realnoj (unutarnjoj, funkcionalnoj) vrijednosti novca na koji glasi konkretna novčana obveza i tu je ključ rješavanja problema koji tu nastaju.

Praktički to znači da je “usklađivanje” između nominalne i realne vrijednosti valute novčane obveze moguće čak i bez obzira na to predviđa li propis takvu konverziju izrijeckom. Ako propis to ipak čini, on samo pojednostavljuje problem (ne treba sudsko sporenje) ali ne isključuje pravo bilo koje od ugovornih strana da nominalni iznos valute obveze usklađuje sa stvarnom vrijednošću novca.

Literatura je suglasna da se problem “monetarnih potresa” (pa tako i aktualni slučaj švicarskog franka) može razriješiti pozivom na institut raskida ili izmjene ugovora zbog promijenjenih okolnosti (*clausula rebus sic standibus*),<sup>28</sup> a vrlo je

---

pravne naravi.

27 Hrvatski sabor o tome je donio Zakon o potrošačkom kreditiranju (Narodne novine, br. 79/09, 112/12, 143/13, 09/15, 78/15, 102/15, 52/16). I taj je propis bio pred Ustavnim sudom što je posebno izloženo u ovom radu, a završio je (također) odbijanjem prijedloga. Taj dio, međutim, nije znanstveno nesporan za razliku od čl. 22.

28 Tako Kačer, H., op. cit., str. 69; isto i Giunio, M., Valutna i kamatna revalorizacija novčane obveze u aktualnom “slučaju franak”, *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc*, Rijeka, 2014., str. 412.

umjesno i pitanje zašto se to nije moglo ostvariti udružnim tužbama.<sup>29</sup>

Kako smo već uvodno istaknuli, novčana obveza nema i ne smije imati aleatoran karakter; ona ne smije dovesti da spekulativne zarade vjerovnika (njegovo je pravo samo na vraćanje realne vrijednosti glavnice uvećane za kamate), ali ni do “uništavanja dužnika”.

Novčana obveza mora ostati u granicama pune građanskopravne komutativnosti, tj. već se u trenutku sklapanja ugovora moraju znati realni parametri obveza obju ugovornih strana.

Problem velike aprecijacije (ali i deprecijacije)<sup>30</sup> bilo koje strane valute koja se učestalije koristi u domaćem pravnom prometu kao valuta novčanih obveza je, češće, zadaća sudova koji odlučuju u konkretnim slučajevima, ali se iznimno, preporučuje zakonodavcima da i oni ista pitanja riješe svojom apstraktnom formulom. Teorija građanskog prava pritom može doista postavljati jedan važan zahtjev: da zakonodavna intervencija vodi računa o istim pitanjima o kojima rješava sud u konkretnim novčanim obvezama. Ne postupi li tako, zakonodavac uvodi nered i nesigurnost u pravni sustav.<sup>31</sup> Naravno da ista logika mora važiti i za postupanje sudova: ne bi se smjelo ići na reviziju ili raskid novčanih ugovora neovisno o kriterijima funkcionalne vrijednosti novca.

## **5. PRIKAZ I ANALIZA RECENTNIH ODLUKA USTAVNOG SUDA RH O KREDITNIM NOVČANIM OBVEZAMA**

Ustavni sud RH je 2016., odnosno 2017. godine donio dvije iznimno važne odluke koje snažno zadiru u opću problematiku novčanih obveza.

U prvom je slučaju<sup>32</sup> donio odluku o neprihvatanju prijedloga za ocjenu suglasnosti s Ustavom čl. 22. ZOO, a u drugom<sup>33</sup> je također odbio prijedlog za ispitivanje suglasnosti s Ustavom Zakona o potrošačkom kreditiranju (odnosno njegovih izmjena i dopuna).

U odnosu na ZOO iz relativno kratkog obrazloženja odluke<sup>34</sup> daje se vrlo jasno deducirati opći stav da je pitanje uporabe valutnih klauzula primarno građanskopravno a ne ustavnopravno pitanje i da se eventualna “poravnavanja” novčanih iznosa moraju

29 Giunio, M., op. cit., str. 413.

30 Procesi deflacije (kao procesi suprotni inflaciji) zapravo su već počeli. Cijene padaju, padaju i kamate, kupovna moć novca raste. *Mutatis mutandis* problemi su slični inflaciji, samo što su uloge obrnute.

31 Odnos “valutne klauzule” i “*clause rebus sic standibus*” nužno je pobliže odrediti jer čini se da u ovoj oblasti služe istom cilju. Izvorni ZOO iz 1978. (koji je zabranjivao uporabu valutnih klauzula) zabranjivao je i uporabu indeksnih klauzula (čl. 396.). Dopuštao je jedino kliznu skalu (čl. 397.). ZOO iz 1978. je dakako poznavao je mogućnost raskida ili izmjene ugovora zbog promijenjenih okolnosti (čl. 133.) ali u ovim slučajevima to nije moglo doći u obzir jer su poslovi s valutnom, odnosno indeksnom klauzulom bili ništavi.

32 Predmeti U-I-392/2011 i drugi (30 spojenih predmeta). Odluka je donijeta 13. prosinca 2016.

33 U-I-3685/2015 (i još 20 spojenih predmeta). Odluka je donijeta 4. travnja 2017.

34 Poznata je praksa Ustavnog suda RH da pretežito preferira duga, opsežna obrazloženja. Samo po sebi to, dakako, nije odlučujuće pitanje, ali u konkretnom slučaju ipak upućuje na to da pitanje valutnih klauzula nije primarno ustavno pitanje.

rješavati građanskopravnim sredstvima i u građanskopravnim postupcima.

Valja istaknuti posebno pozitivne vrijednosti ove odluke vezane za čl. 22. ZOO-a:

- da pitanje uporabe valutnih klauzula (dakle, ugovaranje novčane obveze u stranoj valuti a ispunjenje u domaćoj) ne vrijeđa državopravni suverenitet RH
- da to isto tako ne vrijeđa ni načelo monetarnog nominalizma koje uostalom nije jedino načelo monetarnog prava
- da moguća i dopuštena valorizacija napose poštuje načelo jednake vrijednosti davanja u obveznom odnosu (načelo ekvivalencije)
- da mogućnost uporabe valutnih klauzula načelno podjednako štiti obje ugovorne strane u novčanoj obvezi i
- da je u osnovi bitna i pravno primarno relevantna realna (unutrašnja, funkcionalna) vrijednost novca.

No, s druge strane neka pravna stanovišta izražena u ovoj odluci Ustavnog suda RH zaslužuju i dvije zamjerke:

- ne može biti znanstveno prihvatljivo da se monetarni valorizam primjenjuje samo ako je propisan zakonom (st. 5., str. 11., Odluke)<sup>35</sup> i
- nije točna pravna formulacija da ugovaranje valutnih (zaštitnih) klauzula ima za “legitiman cilj” zaštitu interesa ugovornih strana u novčanoj obvezi (st. 4. str. 12., Odluke).<sup>36</sup>

Odluka Ustavnog suda RH u svezi sa Zakonom o potrošačkom kreditiranju mnogo je kompleksnije (a i znatno opsežnija).

U tom je zakonu (odnosno njegovim izmjenama i dopunama) hrvatski zakonodavac izvršio konverziju novčanog dijela kreditnih obveza (iz švicarskih franaka u euro).

Povod je bio jasan (“podivljali” švicarski franak, njegova snažna, iznenadna i jaka aprecijacija), a veliki je broj ugovora o potrošačkim kreditima bio sklopljen uz valutnu klauzulu, odnosno sa švicarskim frankom kao valutom obveze.

Načelno se ne može sporiti pravo (pa čak i ustavna dužnost) hrvatskog zakonodavca da intervenira u ovakvim, masovnim slučajevima disbalansa u novčanim obvezama.

U konkretnom je slučaju valuta obveza “preusmjerena” na drugi “kolosijek” (euro) koji je kao valuta (barem trenutačno) stabilniji i bitno manje sklon vrijednosnim oscilacijama.

Ovakvoj zakonodavnoj intervenciji, međutim, moguće je uputiti barem jedno bitno pitanje: je li pri donošenju pobijanog propisa vođeno računa o istim onim elementima o kojima sud vodi računa kada u konkretnoj parnici odlučuju o izmjeni ili raskidu novčane obveze zbog promijenjenih okolnosti ili je zakonodavac

35 Provedba takva stava bi npr. uništila ciljeve ekvivalencije, na koje se načelo sam Ustavni sud poziva.

36 Ne radi se o “legitimnom cilju” nego o *causa*-i (*causa*-i *finalis*) pravnog posla. “Legitiman cilj” nije kategorija civila i ne odgovara problemima *causa-e* koja u građanskom pravu predstavlja povijesno, veliko i važno učenje. “Legitiman cilj” više “vuče” na “motiv” što je, međutim, u građanskom pravu znatno ispod pojma i značenja *causa-e*.

reviziju novčanih ugovora izvršio linearno (za sve dužnike podjednako) i time nekim dužnicima (npr. onima koji su dobivenim kreditom kupili luksuznu jahtu) omogućio nešto što kroz sudski postupak najvjerojatnije ne bi mogli postići?

Načelno gledano, na “usklađivanje” valutne obveze imali bi pravo svi dužnici (jer svi duguju samo “funkcionalnu” vrijednost novca), ali to ipak ne valja baš doslovno i mehanički shvatiti. Prvo, teško je reći da alternativna valuta (u konkretnom slučaju - euro) baš u potpunosti predstavlja pravu funkcionalnu vrijednost novca i, drugo, mehaničko usklađivanje, odnosno prebacivanje obveze s jedne valute u drugu nije primarno pravilo obveznog prava po kome parnični sud odlučuje o izmjeni ili raskidu ugovora zbog promijenjenih okolnostima.<sup>37</sup>

Parnični sud nužno konfrontira mogućnost primjene *clausula-e rebus sic stantibus* s načelom dužnosti ispunjenja ugovora (*pacta sunt servanda*), tj. s obvezom da se ugovor ispuni u ugovorenom sadržaju. Zakonodavac, kada pristupa konverziji valute obveze, ne bi smio biti blaži od parničnog suda.<sup>38</sup>

Teoretski je moguće da, prije ispunjenja novčane obveze konvertirane u drugu (“stabilnu”) valutu i ta valuta “poludi”, tj. dođe do njene snažne aprecijacije ili deprecijacije.

Premda u ovom trenutku takav proces nije objektivno predvidljiv (ali nije nemoguć), treba imati isti stav o mogućem rješenju: tada bi, naime, trebalo ili donijeti novi propis ili (bez propisa) pojedinačnim (ili udružnim) tužbama vršiti potrebno usklađivanje novčanih obveza.

Ovdje navedene (vrlo važne) odluke Ustavnog suda RH otvaraju ujedno i jedno posebno važno pitanje: Nije li redovna civilna justicija u RH primarno pozvana na aktivnije postavljanje i rješavanje istih ili sličnih pitanja koja se postavljaju u domaćem pravnom poretku?

Jer, prikazana problematika novčanih obveza uistinu je najprije građansko-pravno odnosno trgovačko-pravno pitanje i bitne odgovore moraju doista angažirati sudovi koji sude na konkretnim stvarima.

Dakako, neke su stvari već *sub iudice*, ali su poslovična sporost u suđenju, “ples” različitih odluka, nekonzistentan put do revizijskog odlučivanja Vrhovnog suda RH kao “najvišeg suda”, itd. dovele do toga da se “spas” traži obraćanjem Ustavnom sudu RH koji ima ipak primarno druge zadaće.

Opća problematika novčanih obveza otvara također i posebna pitanja odnosa prava, financija i ekonomije. Studij prava treba u većoj mjeri obogatiti relevantnim znanjima i informacijama iz svijeta poslovne komercijalnosti jer bez toga pravni prostor novca i novčanih obveza prosječnom pravniku izgleda “previše komplicirano”.

37 Izvorni ZOO iz 1978. (preuzet 1991.) govorio je npr. i o “pravičnosti” kao pretpostavci odlučivanja (čl. 133., st. 1.); važeći ZOO iz 2005. (čl. 369. st. 1., čl. 371.) više ne spominje pravičnost ali govori o “poštenju i savjestnosti”.

38 Upravo u trenutku dovršetka ovog rada medijski su aktualizirani zahtjevi (vjerovnika, banaka) koji osporavaju izvršenu konverziju valuta obveza. Navodno prosvjeduje i Europska Unija, a izgleda da su podignute i neke tužbe. Problem bi za RH (i građane RH) mogao nastati ako ne bi (bilo u potpunosti, bilo djelomično) “prošla” konverzija kreditnih obveza kako je u konkretnom slučaju izmjenom Zakona o potrošačkom kreditiranju izvršio Hrvatski sabor a svojom odlukom potvrdio Ustavni sud RH. Na dio tog problema upozorava i ovaj rad.



U minulim desetljećima u oblasti je novčanih obveza posebno kasnila znanost “civilna”, pa je “iznenadna” pojava teških monetarno-pravnih problema izazvala gotovo traumatične reakcije.

## 6. ZAKLJUČAK

Premda je ovaj rad inspiriran tekućim fenomenom “švicaraca”, izvršena analiza nedvojbeno pokazuje da prava rješenja valja tražiti u klasičnim pravilima obveznog prava.

Ponajprije u tomu da je svaka obveza dvostrani odnos u kome obje strane (vjerovnička i dužnička) ostvaruju neke svoje interese.

Kod novčane obveze gdje se i na aktivnoj i na pasivnoj strani radi o predaji novca (zajam, kredit, potrošački kredit) uloge u pravnom poslu su jasno raspoređene: vjerovnik predaje (“stavlja na raspolaganje”) određenu svotu novca, a dužnik je tu svotu novca po isteku roka za ispunjenje dužan vratiti; kod kredita još i uvećanu za iznos “cijene” ugovora koje je poznata pod nazivom “ugovorna kamata”.

Hrvatska ima složen sustav regulacije ugovornih kamata (ZOO: čl. 26.-28., Zakon o kamatama, Narodne novine, br. 94/04, 35/05) što vjerojatno odražava stav (koji nam se ne čini pravilnim) da iznos kamate predstavlja sredstvo protiv inflacije, tj. protiv pada kupovne moći novca.

To ne znači da se i naglasak o ugovornim kamatama ne bi mogao mijenjati zbog promijenjenih okolnosti, ali to će uslijediti neovisno o tomu mijenja li se po istom pravnom temelju i glavna obveza.

Sasvim je druga uloga zatezних kamata. U najširem smislu to je sankcija zbog neispunjenja novčane obveze. Izraz “kazna” treba izbjegavati jer tradicionalno civil ne poznaje “kazne” ili ih jako izbjegava (iznimka je svakako “ugovorna kazna” koje nema kod novčanih obveza jer funkciju ugovorne kazne ovdje vrši zakonska zatezna kamata).

Pravna narav zatezних kamata je ponešto složenija. Rezultat ove analize je taj da bi to moglo biti presumpcija (neoboriva) o predvidivoj ugovornoj šteti (arg. iz čl. 346. st. 1. ZOO).

Sva druga šteta (u času sklapanja ugovora “nepredvidiva”) mogla bi se ostvarivati po općim pravilima deliktne odgovornosti za štetu i u tom smislu čini se da bi se mogla preispitati čvrsta sudska praksa da vjerovnik ne može dobiti i naknadu štete i ispunjenje ugovora.

Novac koji je u središtu pojma “novčane obveze” je u takvoj obvezi isključivo u funkciji vrijednosti i posve je nebitno u kojoj će se valuti ta vrijednost izraziti.

U radu citirana rješenja njemačkog i austrijskog prava zorno pokazuju da u tim državama nema zapreka da se novčana obveza prikaže u bilo kojoj stranoj valuti. I “valutne klauzule” (u smislu vezivanja tečaja domaćeg novca za tečaj stranog novca) i “čista” uporaba strane valute su, dakle, u svijetu novčanih obveza nešto sasvim normalno.

Hrvatska je prošla put od “demonizacije” (zabrane pod prijetnjom ništavosti) do opreznog preuzimanja “valutne klauzule”, ali (barem ne još) do slobodne dozvole

uporabe strane valute.

Vjerovnik je, naravno, zainteresiran za onu valutu koja mu najviše jamči održavanje realne vrijednosti njegove glavne tražbine. Na taj izbor razumljivo mora pristati i dužnik jer bez toga nema ugovora.

“Valutna klauzula”, međutim, nema i ne smije imati za cilj zaradu vjerovnika. Njegova zarada je isključivo u ugovornoj kamati koju će dobiti a konverzija novca u stranu valutu ima samo za cilj da tražbina ne padne ispod njene realne vrijednosti. “Valutna klauzula” nije jedino moguće sredstvo osiguranja realne vrijednosti vjerovnikove tražbine. Tu su, još npr. “indeksna klauzula” gdje se iznos novčane obveze veže za promjenu cijena dobara i robe (čl. 23. ZOO) i “klizna skala” kod ugovora o građenju gdje se cijena može vezati za kretanje cijena rada i materijala (čl. 24.).

Obim ugovornim stranama na raspolaganju je i institut promijenjenih okolnosti (čl. 369. ZOO), također i intervencija zakonodavaca koji (napose u jačim monetarnim turbulencijama) može propisom uskladiti visinu novčane obveze (tu je jedino problem u tome što se apstraktnim propisom teže zahvaćaju konkretne specifičnosti).

U tim se pitanjima treba posebno kloniti medijske panike koja zamagljuje problem i stvari postaviti u okvire racionalne pravne analize.

Ova “vježba” s aprecijacijom švicarskog franka može poslužiti i za rješavanje (sve više mogućih) suprotnih problema gdje dolazi do valutne deprecijacije. *Mutatis mutandis* rješenja su ista.

Odluke koje je u svezi s novčanim obvezama Ustavni sud RH donio 2016. i 2017. godini jesu, u cjelini gledano, sukladne ovdje izraženim razmišljanjima o pravnom karakteru svih novčanih obveza, napose onih kreditnih gdje i tražbina i dug glase na novac.

Nešto je manja naša podrška ustavnom stavu da zakonodavac može (i da nije neustavno) jednu ugovorenu valutu obveze pretvoriti u drugu (u konkretnom slučaju švicarski frank u euro). Dobra je strana tog stava da omogućuje ili da je barem bliži tomu da se izvorno ugovorena (realna) vrijednost obveze čuva na toj razini. Nedostatak je, međutim, taj što će u toj konverziji jednako proći onaj tko je kreditom kupio prvi stan ili osnovao prvi obrt kao i onaj koji kupuje luksuznu jahtu. U sudskom sporu radi izmjene ugovora to ne bi isto završilo, osobito ne s aspekta pravičnosti, odnosno primjene načela *pacta sunt servanda* ili načela ekvivalencije.<sup>39</sup>

Svaka je novčana obveza jedan sinalagmatički pravni odnos (engl. *reciprocal*

39 Tijekom ovog rada izvršili smo simulaciju jednog kreditnog ugovora: 300.000,00 eura, 30 god., 5% kamata. Banka (kreditor) će nakon 30 godina dobiti natrag glavnica od 300.000,00 eura ali će svake godine na ime kamate dobiti 15.000,00 eura. Ukupno će na ime kamata za 30 godina dobiti 450.000,00 eura. Zbrojene glavnica i kamate, dužnikova obveza zapravo iznosi 750.000,00 eura. U trenutku sklapanja ugovora realna vrijednost danog kredita odgovarala je, npr. vrijednosti jednog stana od 100 m<sup>2</sup> u središtu Zagreba. To vjerovnik (banka) mora moći kupiti i nakon 30 godina kada glavnica kredita bude vraćena. Eventualne (napose veće) oscilacije od toga, kako za vjerovnika tako i za dužnika, podliježu mogućoj primjeni *clausula-e rebus sic standibus*. Kamatni dug dužnika (koji može glasiti na jednom godišnje, na nekoliko anuiteta ili rata) odražava cijenu korištenja tuđeg kapitala koja je također podložna mogućoj promjeni ovisno od kretanja tržišta novca, ali je to u osnovi zasebna kategorije u odnosu na fluktuaciju realne vrijednosti glavne obveze.

*agreement*, njem. *gegenseitiger Vertrag*, tal. *contratto reciproco*) i tu dijalektiku ekvivalencije treba održavati od sklapanja do ispunjenja posla.

Kada, međutim, dođe do disbalansa (napose do većih disbalansa) tu ravnotežu mogu ponovno uspostavljati i zakonodavac i sudac, ali je najbolje da same ugovorne strane predvide kriterije i načine održavanja ugovorne ravnoteže.

Danas se čini “normalnom” uporaba valutnih klauzula.<sup>40</sup> No, još dvojimo oko uporabe “čiste” strane valute (njem. *echte Valutaschuld* koju dopišta njemački BGB u par. 244) ali će razvoj u perspektivi pravne europeizacije i tu barijeru otkloniti.

U novčanoj obvezi dužnik duguje, dakle, vrijednost (*Wert*) a ne novac pa je u tom smislu pravno irelevantno u kojem će novcu ta vrijednost biti izražena.

Ipak takva sloboda ugovaranja morala bi voditi računa i o nekim nužnim “simpatijama” prema domaćoj valuti. Ta valuta, iz mnogih razloga, treba biti stabilna (bez vrijednosnih oscilacija), ali će to teško biti ako građani i trgovačka društva stalno “bježe” od uporabe domaće valute.<sup>41</sup>

---

40 Na ovim našim prostorima je uporaba strane valute u novčanim obvezama doslovno donedavno bila zabranjena: u građanskom i trgovačkom pravu pod prijetnjom ništetnosti pravnog posla, u kaznenom pravu je to bilo čak kazneno djelo.

41 Ovo ne treba shvatiti kao poziv na bilo kakve pravne zabrane ili ograničenja. Može se, međutim, shvatiti kao poziv na razvijanje poslovne prakse u kojoj će veću (po mogućnosti i dominantnu) ulogu imati uporaba domaćeg novca. Sada je (a tome je tako već godinama) domaća valuta (kuna) vrlo stabilna i to bi mogao biti valjani razlog njene šire uporabe kod domaćih subjekata obveznih odnosa.

LITERATURA

1. Giunio, M., Valutna i kamatna revalorizacija novčane obveze u aktualnom “slučaju franak”, *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2014.
2. Gorenc V. (opća redakcija), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2014.
3. Kačer, H., Je li “slučaj CHF” samo vrh sante leda u hrvatskom pozitivnom pravu, *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc*, urednik Zvonimir Slakoper, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2014.
4. Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, IX. izdanje, Zagreb, 2006.
5. Koziol, H., Welser, R., *Bürgerliches Recht*, Band II, Manz Verlag, Wien, 2007.
6. Larenz, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, Allgemeiner Teil, C. H. Beck, München, 1976.
7. Lechtrien, P., *Schuldrecht*, Allgemeiner Teil, 2005.
8. Perović, S., *Obligaciono pravo I*, Službeni list SFRJ, Beograd 1976.
9. Perović, S., *Obligaciono pravo*, knjiga prava, Službeni list SFRJ, Beograd, 1986.
10. Slakoper, Z., *Bankovni i financijski ugovori*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2007.
11. *Austrijski Opći građanski zakonik*, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, od 1. lipnja 1811., JGS Nr. 946/1811, zadnje mijenjan Zakonom koji je objavljen u BGBl. I Nr. 59/2017.
12. *Njemački Gradanski zakonik*, Bürgerliches Gesetzbuch, od 18. kolovoza 1896., pročišćen tekst od 2. siječnja 2002. (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zadnje mijenjan člankom 1. Zakona od 20. srpnja 2017. (BGBl. I S. 2787).
13. *Zakon o obveznim odnosima*, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.
14. *Zakon o potrošačkom kreditiranju*, Narodne novine, br. 79/09, 112/12, 143/13, 09/15, 78/15, 102/15, 52/16.

**Aldo Radolović\***

**Oliver Radolović\*\***

Summary

## **SOME NEW REFLECTIONS ABOUT CIVIL - COMMERCIAL PARTICULARITIES OF MONETARY OBLIGATIONS**

Money obligations are a very attractive legal category in civil and commercial law. In credit agreements, especially in consumer credits, it is extremely important.

The sole function of money is to represent value, and therefore it is irrelevant which currency is used by the contracting parties.

A fall in the value of money claims an adequate “matching”, which can be performed in more different ways.

A creditor is not entitled to get back a higher total amount of loan compared to the initial value, but anyway he may claim its real value, and, consequently, the same standard is applicable to the debtor when money value experiences appreciation.

*Keywords: civil law, commercial law, money obligation.*

Zusammenfassung

## **NEUE ÜBERLEGUNGEN ZU DEN ZIVIL- UND HANDELSRECHTLICHEN BESONDERHEITEN VON GELDVERBINDLICHKEITEN**

Geldverbindlichkeiten stellen eine sehr attraktive Rechtskategorie im Zivil- und Handelsrecht dar.

Das steht in Kreditverträgen, insbesondere in Verbraucherkreditverträgen, im Vordergrund.

Das Geld hat aber ausschließlich die Funktion eines Wertmaßstabs. Deshalb ist es irrelevant, welche Währung die Vertragsparteien einvernehmlich feststellen.

Falls es aber zur Währungsabwertung kommt, sollte man den Geldwert “anpassen”, was auf mehrere Weisen durchgeführt wird.

Der Gläubiger ist nicht berechtigt, eine Kapitalsumme höher als die von ihm

\* Aldo Radolović, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Judge of the Constitutional Court of the Republic of Croatia (in retirement); radolovic47@gmail.com.

\*\* Oliver Radolović, Ph. D., Assistant Professor, Juraj Dobrila University of Pula, Faculty of Economics and Tourism “Dr. Mijo Mirković”; oliver.radolovic@efpu.hr.

bezahlte Kapitalsumme zu bekommen, aber er ist auf die Beibehaltung ihres realen Wertes berechtigt. Das gleiche Recht wird auch dem Schuldner zugesprochen, wenn eine Währungsaufwertung besteht.

**Schlüsselwörter:** *Zivilrecht, Handelsrecht, Geldverbindlichkeit.*

Riassunto

## **ALCUNE NUOVE RIFLESSIONI SULLE PECULIARITÀ CIVILI E COMMERCIALI DELLE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE**

Le obbligazioni pecuniarie costituiscono una categoria giuridica particolarmente attraente nel diritto civile e nel diritto commerciale.

Nei contratti di credito, in ispecie nei contratti di credito al consumo, ciò viene in particolare rilievo.

Tuttavia, il denaro ha soltanto una funzione di valore, mentre è del tutto irrilevante in quale valuta le parti contrattuali lo esprimeranno.

La caduta di tale valore determina un'esigenza di "adeguamento" che viene realizzata in più modi diversi.

Il creditore non ha diritto ad ottenere un capitale superiore a quello che ha dato, ma ha diritto a mantenere il suo valore reale. Vanta certamente lo stesso diritto anche il debitore quando i movimenti pecuniari si muovono nel verso favorevole al creditore: quando, cioè, il denaro subisca un apprezzamento.

**Parole chiave:** *diritto civile, diritto commerciale, obbligazione pecuniaria.*

## OSIGURANI RIZIK U ZDRAVSTVENOM OSIGURANJU U SVJETLU NOVIH OTKRIĆA GENETIKE

Prof. dr. sc. Nada Bodiřoga-Vukobrat\*  
Doc. dr. sc. Loris Belanić\*\*

UDK 369.2:575  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.12>  
Ur.: 19. siječnja 2018.  
Pr.: 6. veljače 2018.  
Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U radu se analizira osigurani rizik u zdravstvenom osiguranju u svjetlu novih otkrića genetike. U uvodnome dijelu rada autori analiziraju pojam i cilj personalizirane medicine te nadalje daju raščlambu važnosti personalizirane medicine za pokriće rizika u privatnom osiguranju te pitanja odnosa personalizirane medicine i individualiziranja rizika u osiguranju. Poseban dio rada predstavlja usporednopravna analiza zaštite informacija i podataka u njemačkome pravu, te pravu Velike Britanije i SAD. Vršī se raščlamba pozitivno pravnih rješenja i daje se kritički osvrt. Autori analiziraju hrvatska pozitivno pravna rješenja i daju prijedloge de lege ferenda, jer ova senzitivna oblast nije uređena u Republici Hrvatskoj.*

**Ključne riječi:** *osigurani rizik, genetska informacija, zdravstveno osiguranje, zaštita podataka iz genskih testova, prediktivni genski testovi, personalizirana medicina.*

## **1. UVOD - PERSONALIZIRANA MEDICINA I NJEZINI IZAZOVI**

### **1.1. Pojam i cilj personalizirane medicine**

Personalizirana medicina (stratificirana, individualizirana) najčešće se označava s 4P (personalizirana, predikativna, preventivna i participativna).

Ona predstavlja sveobuhvatni odnos liječnik-pacijent koji je uz pomoć genskih testova i analize genoma pacijenata usmjeren na potpuno individualni pristup u

\* Dr. sc. Nada Bodiřoga-Vukobrat, redovita profesorica u trajnom zvanju Pravnog fakulteta u Rijeci; nadab@pravri.hr.

\*\* Dr. sc. Loris Belanić, docent Pravnog fakulteta u Rijeci; lorisb@pravri.hr.  
Ovaj rad financira Hrvatska zaklada za znanost, projekt br. IP-2013-11-5709 "Perspektive očuvanja socijalne države: transformacija sustava socijalne sigurnosti za fizičke osobe u personaliziranoj medicini" te Sveučilište u Rijeci – potpore znanstvenim istraživanjima, projekt br. 13.08.1.2.03 "Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje".

postavljanju dijagnoze i u konačnici liječenju pacijenata.<sup>1</sup>

Nasuprot tomu, dosadašnja klasična medicina temeljila se na načelu *one size for all*, dok neku autori razmatraju proaktivni 4P (predikativna, preventivna, personalizirana i participativna).<sup>2</sup>

Autori Simmons, Dinan, Robinson i suradnici personaliziranu medicinu definiraju kao genomsku medicinu - individualno genomski sekvencioniranu - baziranu na predikativnoj medicini.<sup>3</sup>

Stratificirana medicina predstavlja identifikaciju podgrupe pacijenata sa specifičnim (određenim) bolestima koje responderaju s osobnim tretmanom te utvrđivanje nus - pojava tijekom liječenja. Zapravo, radi se o analizi i primjeni stratifikacije rizika glede prevencije.<sup>4</sup>

Precizna medicina fokusira se i cilja posebne personalne elemente odgovorne za osobnu (personalnu) patologiju određenog pojedinca u određenom vremenskom razdoblju (genomski i biološki čimbenici te stratifikacija uključujući stil života i okolišni utjecaj).<sup>5</sup> Najčešće citirana definicija je ona U.S. Department of Health and Human Services, U.S. Food and Drug Administration koja navodi: "...personalizirana medicina može biti definirana kao medicinski tretman prilagođen pojedinom pacijentu, točnije tretman *tailor made* određenom pacijentu, za određenu bolest u određenom (točnom) momentu."<sup>6</sup> U personaliziranoj medicini liječenje pacijenata provodi se uz pomoć lijekova koji su posebno prilagođeni i ciljano dizajnirani za liječenje pojedinog pacijenta i to upravo korištenjem suvremenih dostignuća na području genetike. Pored navedenog, personalizirana medicina obuhvaća i poduzimanje individualiziranih genskih testova za procjenu rizika nastanka određene bolesti (tzv. prediktivni ili predviđajući testovi) te u vezi s time poduzimanje individualiziranih preventivnih mjera (npr. personalizirana stanična terapija, personalizirana terapija s lijekovima) kako bi se eventualna pojava takve bolesti spriječila.<sup>7</sup> Konačno, personalizirana

- 1 BODIROGA-VUKOBRAT N., HORAK, H., Challenges of Personalized Medicine: Socio-Legal Disputes and Possible Solutions, u: BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, RUKAVINA, Daniel, PAVELIĆ, Krešimir, SANDER, G. Gerald, Personalized Medicine, A New Medical and Social Challenge, Springer International Publishing Switzerland, 2016., str. 33.
- 2 HOOD L., FRIEND, SH., Predictive, personalized, preventive, participatory P4 cancer medicine, *Nat Rev Clin Oncol*, vol. 8, br. 3., 2011, str. 184-187.
- 3 SIMMONS, LA, DINAN, MA, ROBINSON TJ, et al., Personalized medicine is more than genomic medicine: confusion over terminology impedes progress towards personalized health care, *Pers Med*, vol. 9., br. 1., 2012., str. 85-91.
- 4 TRUSHEIM, MR., BERNDT, ER., DOUGLAS, FR., Stratified Medicine: strategic and economic implications of combining drugs and clinical biomarkers, *Nat Rev Drug Discov*, vol. 6, br. 4., 2007, str. 287-293.
- 5 MIRNEZAMI, R., NICHOLSON, J., DARZI, A., Preparing for precision medicine, *N Engl J Med*, vol. 366, br. 6, 2012., str. 489-491, također vidi National Research Council on a Framework for Developing a New Taxonomy Disease...
- 6 U.S. Department of Health and Human Services, U.S. Food and Drug Administration, 2013, Paving the way for personalized medicine: FDA's role in a new era of medical product development. <http://www.fda.gov/downloads/ScienceResearch/SpecialTopics/PersonalizedMedicine/UCM372421.pdf>, pristupljeno, 15.10.2017.
- 7 NIEDERLAG, W., LERNKE, H. U., RIENHOFF, O., Personalisierte Medizin und individuelle Gesundheitsversorgung, *Bundesgesundheitsbl*, vol. 53, 2010., str. 776.



medicina obuhvaća i pitanja obrade ogromne količine podataka dobivenih genskim testiranjem (bilo prediktivnim, bilo dijagnostičkim) pacijenata, kao i zaštite tih podataka.<sup>8</sup>

Cilj je personalizirane medicine s jedne strane poboljšati učinkovitost medicinskih tretmana uz pomoć suvremenih dijagnostičkih postupaka, a s druge smanjiti neželjene posljedice primjene lijekova kao i troškove liječenja, uključujući i smanjenje potrošnje lijekova.<sup>9</sup> Smanjivanjem troškova liječenja, personalizirana medicina istodobno ostvaruje pozitivan učinak na troškove zdravstva općenito.

## ***1.2. Izazovi novih tehnologija u personaliziranoj medicini***

S tim u vezi, nužno je na ovome mjestu samo primjerično ukazati na paralelno postojanje subjektivnog prava – *pravo znati* i subjektivnog prava *pravo ne znati* (o kojima se osobito raspravlja u genetskoj dijagnostici), pored kojih mnogobrojni objektivno-pravni propisi kao što su pravila osiguranja kvalitete te pravila postupanja s genetskim podacima zauzimaju središnje mjesto.

Često se o personaliziranoj medicini (misli i podrazumijeva) kao prediktivnoj medicini. Zapravo, ne radi se uvijek o pacijentima u smislu oboljelih osoba.

Naprotiv, osobito na području prediktivnih pregleda često nije riječ o bolesnicima, već samo o potencijalno ugroženim osobama (“nositeljima rizika”) koje se u humanoj genetici ponekad naziva i klijentima. Naime, koncepti genetske individualizacije i “genetske predikcije i prevencije” utječu na pojam bolesti koji medicinski i normativno zauzima središnje mjesto.

Kada se radi o osobnim podacima važno je razlikovati je li riječ o obradi podataka oboljelih pacijenata ili o dobivanju prediktivnih zdravstvenih informacija osoba koje nisu bolesne, a koje su svakako predsuptomatične. Dakle, je li riječ o kurativnoj medicini obrade ili o prediktivnoj i preventivnoj medicini koja je orijentirana na rizik. Ovi potonji u načelu se razlikuju od obrade u klasičnom smislu kurativne medicine. U kontekstu personalizirane medicine povezani su s dalekosežnim pravnim problemima koji proizlaze iz njih. Pritom nije riječ o liječenju oboljelih osoba već o pregledavanju zdravih osoba, osoba koje nemaju nikakvih simptoma, u utvrđivanju imaju li rizičan status.

To najzornije pokazuje tablica 1. (u prilogu) gdje autor Li daje pojednostavljenu usporedbu kliničke genetike i anticipirane genomske medicine.

Rastući broj novih testova i metoda pretraga koji se temelje na biomarkerima, kao i individualizirane terapije, idućih godina<sup>10</sup> dostići će stadij razvoja u kojem će se nalaziti na prijelazu u primjenu u zdravstvenoj skrbi, pa se individualizacija zdravstvene skrbi sa znanstveno-tehnološkog stajališta čini mogućom za 15 do 20 godina.<sup>11</sup> Za važno područje farmakogenetike još prije nekoliko godina, uzevši u

8 BODIROGA-VUKOBRAT, N., HORAK, H., op. cit., str. 33.

9 KROEMER, H. K., Personalisierte Medizin - zum Stand der Forschung, u: Personalisierte Medizin - der Patient als NutznieBer oder Opfer, Tagungsdokumentation, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, 2012, str. 12.

10 Pavelić i drugi, tablica br. 2 u prilogu.

11 DEUTSCHER BUNDESTAG, Zukunftsreport Individualisierte Medizin und

obzir “tek pojedinačne kliničke primjene farmakogenetskih testova”, isticano je kako farmakogenetika “(jest) više teoretski koncept negoli ustaljena praksa koji do sada u pravilu nije pružio dokaz kliničke relevantnosti”.

### ***1.3. Važnost informacija i osobnih podataka u personaliziranoj medicini***

Veliki utjecaj na personaliziranu medicinu imaju dvije tehnologije genomike; s jedne strane analiza varijacija pojedinih DNK tzv. *Single Nucleotide Polymorphisms* (SNP), a s druge sekvencioniranje cjelokupnoga genoma. Ako tomu dodamo pretpostavku stvaranja integrativnog personalnog omicsa (engl. *integrative personal omics*), jasno je kolika je i kakva količina informacija u liječničkoj ordinaciji i bazama podataka.

Za pravno razmatranje koncepta personalizirane medicine pitanje informacija kako za liječnika, i za pacijenta, a posebice za osiguravatelja je od osobite važnosti.

Važnost se ogleda u potrebnim informacijama za sve dionike za informacijama, ali posebice u subjektivnom pravu na informacije pacijenata i drugih osoba kojih se to tiče. Vezano uz prvu navedenu činjenice njemački Bundestag u svojim materijalima stoga ističe: “Osobito u pogledu individualnih usluga potrebno je polaziti od osobito izražene potrebe pogođenih osoba (osoba na koje se odnose informacije). Stratifikacija skupine pacijenata temeljem dodatnih kriterija u sve veći broj sve manjih djelomičnih populacija znatno može povećati utrošak za razvoj i provedbu informacijskih mjera. Polazeći od tradicionalnih skupina pacijenata (primjerice dijabetes tipa 2) nastala bi potreba za konceptima informiranja i savjetovanja ljudi s mnogobrojnim kombinacijama određenih rezultata testiranja”.<sup>12</sup>

U sklopu razine obrade posebice se mora s osobitom pažnjom postupati vezano uz zaštitu osobnosti i uvažavanja prava osobnosti što potvrđuju slijedeći navodi: “Individualizirana medicina s tim u vezi u osobitoj je mjeri upravljena na aspekte autonomije stranaka i suverenitet konzumenata kada čini izglednim staviti pacijentima na raspolaganje više i bolje informacije o njihovom aktualnom i mogućem budućem zdravstvenom stanju nego do sada i biti u mogućnosti dati im što je moguće veći izbor sukladno njihovim preferencijama. Istodobno će se individualnom medicinom moći realizirati očekivani individualni i kolektivni zdravstveni efekti samo ako građani nisu spremni pristati na pretrage kojima se utvrđuje njihov individualni rizik obolijevanja već ako će građani biti i u stanju pretvoriti rezultat testiranja u postupanje koje je, gledano s medicinske i zdravstvenopolitičke perspektive, “smisleno” i primjereno u odnosu na zdravlje”.<sup>13</sup>

Stoga ovaj Dokument snažno naglašava presumpciju: “U dogleđno vrijeme će se visok stupanj otvorenosti prema mjerama individualizirane medicine, materijalni i kognitivni preduvjeti za njezinu traženost i korištenje s velikom vjerojatnošću

---

Gesundheitssystem, op. cit., (bilj. 2), str. 10., 111. i slj.

12 DEUTSCHER BUNDESTAG, Zukunftsreport Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem (bilj. 2), str. 144.

13 DEUTSCHER BUNDESTAG, Zukunftsreport Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem (bilj. 2), str. 12.

moći susresti u višim socijalnim te ekonomski jačim skupinama koje time postaju i preferirana ciljna skupina odgovarajuće ponude medicinskih usluga. Za razliku od toga osobe slabog obrazovanja u socijalno zaknutim miljeima s velikom će vjerojatnosti imati poteškoće pripremiti odgovarajuće zdravstvene kompetentnosti i resurse te dobiti pristup individualiziranoj medicini dokle god u tome ne dobivaju pomoć u obliku mjera koje su primjerene ciljnoj skupini”.<sup>14</sup>

## **2. VAŽNOSTI PERSONALIZIRANE MEDICINE ZA POKRIĆE RIZIKA U PRIVATNOM OSIGURANJU**

Glede personalizirane medicine tek se nalaze na početku i određena razmišljanja u vezi osiguravateljsko-pravnim posljedicama za pacijente. Implikacije za osiguravateljski sustav za sada još su usko ograničene. “Zbog jakog naglašavanja utvrđivanja individualnih rizika bolesti, kao i vlastite odgovornosti pacijenta u individualiziranoj medicini, postavlja se osobito pitanje kako se pri utvrđivanju iznosa premije te određivanja usluga u slučaju bolesti odnosno potrebe za njegovom uzimaju u obzir odnosno trebaju uzeti u obzir individualni rizici bolesti”.<sup>15</sup>

Autori Handschin i Meyer<sup>16</sup> ukazuju glede osobe kako je važno utvrditi kako svaki medikament, kod svake bolesti djeluje kao rezultat kompleksne interakcije, genetičkih i osobnih i okolišnih čimbenika.

OSOBA	OKOLIŠ / PONAŠANJE
Dob	Ishrana
Spol	Lijekovi (interakcija)
Težina	Navike, životni stil (pušenje, alkohol, stres, sport), kronobiološki ritam
Stanje zdravlja, /jetra, bubrezi, srce, upalna stanja/	Crijeva mikrobiota
Genom, transkripcija, proteom, epigenom (monogeni - multigene varijacije)	Usklađenost
Genetički polimorfizmi	
Lijekovi - metabolički enzimi i transporteri, receptori, imunosni sustav	

Koncept personalizirane medicine temelji se na činjenici da je svaki čovjek “unikatan”, jedinstven, ne samo glede sekvencioniranja genoma i epigenetskih

14 DEUTSCHER BUNDESTAG, *Zukunftsreport Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem* (bilj. 2), str. 12.

15 DEUTSCHER BUNDESTAG, *Zukunftsreport Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem*, op. cit., (bilj. 2), str. 14, 148.

16 HANDSCHIN, CH., MEYER URA: A, *Warum reagiert mein Patient anders auf dieses Medikament?*, *Schweiz Med Forum*, vol. 12, br. 22, 2012., str. 425-433.

posebnosti nego i naprijed navedenih karakteristika osobe, okoliša i ponašanja.”<sup>17</sup>

U sadašnjem sustavu zdravstvenog osiguranja koji sadrži zakonska zdravstvena osiguranja temeljena na načelu solidarnosti te privatna zdravstvena osiguranja temeljena na načelu ekvivalentnosti, relevantnost ovog aspekta postoji prije svega za privatni osiguravateljski sektor za kojega točno razvrstavanje podnositelja zahtjeva odnosno osiguranika u određenu rizičnu skupinu ima veliku važnost u pogledu određivanja povišenih tarifa za rizik, ograničenja usluga ili uskraćivanje osiguranja. Stoga su postupci individualizirane medicine u načelu zanimljivi privatnom osiguravateljskom sektoru s aspekta boljeg procjenjivanja rizika obolijevanja osobe koja želi pristupiti od dosadašnjih procjena.<sup>18</sup> Ako se osiguravateljima omogući postavljanje određenih pitanja izražene su bojazni “kako će osobe s visokim rizikom obolijevanja u većoj mjeri nego do sada

- moći sklopiti zdravstveno osiguranje samo još pod okolnostima koje su za njih vrlo nepovoljne odnosno neće uopće moći sklopiti takvo osiguranje;
- za pristup baš onim uslugama individualizirane medicine koje bi im eventualno mogle koristiti u posebnoj mjeri biti suočene s velikim (financijskim) preprekama;
- okupljati se u zakonskom zdravstvenom osiguranju;
- propustiti testiranje kako ne bi bile dužne osiguravatelja obavijestiti o rizicima koji su proizašli iz toga.”<sup>19</sup>

U obveznom zdravstvenom osiguranju iznos doprinosa i opseg usluga ne ovise o individualnom riziku. Međutim, ovdje se postavlja pitanje mogu li opcije personalizirane medicine biti uvrštene u katalog usluga i u kojoj mjeri.

Stoga njemački Bundestag u Izvještaju o budućnosti individualizirane medicine i zdravstvenog sustava (*Zukunftsbericht individualisierte Medizin und Gesundheitssystem*) utvrđuje: “Široko korištenje prediktivno-probaliističnih zdravstvenih informacija temeljenih na biomarkerima, a kako bi se odobrile ili uskratile usluge zdravstvenog osiguranja odnosno kako bi se u odnosu na zdravlje zahtijevalo određeno ponašanje, predstavljalo bi ograničenje samoodređenja pojedinca koje se mora odvagnuti s interesima zajednice u solidarnosti. U tu svrhu potrebno je legitimirati pod kojim se okolnostima takvo ograničenje čini opravdanim te biraju li se djelotvorni i etički primjereni putevi kako bi se utjecalo na odluku pojedinca. Za takvu legitimaciju potrebno je pojedinačno razjasniti je li mjera dokazano djelotvorna te ima li povoljan omjer koristi i rizika te prihvatljiv odnos između troškova i koristi. Ovi preduvjeti za sada još nisu ispunjeni”.<sup>20</sup>

17 HANDSCHIN, CH., MEYER, URA., op. cit., str. 425-433.

18 BODIROGA-VUKOBRAT, N., HORAK, H., op. cit., str. 39-40.

19 DEUTSCHER BUNDESTAG, Zukunftsreport Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem, op. cit., (bilj. 2), str. 15., 148. BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, HORAK, Hana, op. cit., str. 40. VOGENBERG F. R., ISAACSON BARASH C., PURSEL, M., Personalized medicine, Part 3: Challenges facing health care plans in implementing coverage policies for pharmacogenomics and genetic testing, P T vol. 35., br. 12, 2010, str. 670-675.

20 DEUTSCHER BUNDESTAG, Zukunftsreport Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem, op. cit., (bilj. 2), str. 15., 148., BODIROGA-VUKOBRAT, N., HORAK,

### **3. PERSONALIZIRANA MEDICINA I INDIVIDUALIZACIJA RIZIKA U OSIGURANJU**

Razvojem znanosti, personalizirana medicina moći će svakom pojedincu predvidjeti personalizirani rizik nastanka određene bolesti u jednom predvidljivom vremenskom razdoblju.<sup>21</sup> Time ujedno dolazi do identifikacije rizika oboljenja pojedinca u medicinskom kontekstu. Posljedično navedenome, pojedinac će ujedno moći poduzeti odgovarajuće preventivne mjere i time preuzeti na sebe odgovornost za vlastito zdravlje. Činjenica je da na pojavu bolesti osim, tzv. identifikacije medicinskog rizika, utječu i faktori okoline, te razni strukturni i socijalni mehanizmi. Posljedično tomu za potpunu individualizaciju rizika i njegovu procjenu u osigurateljskom smislu osim medicinskih faktora potrebno uzeti u obzir i navedene ne - medicinske faktore. Stoga, se pri ugovaranju osigurateljskog pokrića i izračuna premije sukladno preuzetom riziku uzima u obzir i osiguranikovo (pacijentovo) ponašanje u vezi s prevencijom mogućih prediktivnih oboljenja.<sup>22</sup>

Personalizirana medicina zasigurno će otvoriti novu nišu za privatne osiguratelje zdravstvenog, ali i životnog osiguranja. Načelo da je iznos premije primjeren riziku ostvarit će svoj puni potencijal. Može se očekivati porast konkurencije među osigurateljima pa će tako visina premije i benefita iz osiguranja pridonijeti konkurentnosti i atraktivnost pojedinih osiguratelja.<sup>23</sup> U literaturi se predlažu različiti modeli povezivanja premije s individualiziranim rizikom:

- iznos premije razlikuje se u skladu s preuzetim rizikom (veći rizik, veći iznos premije);
- ako su premije osiguranja jednake, rizik i opseg pokrića iz osiguranja mogu se usklađivati isključivanjem ili uključivanjem određenih benefita iz osiguranja;
- iznosi premije mogu se kombinirati u različitim paketima pogodnosti iz osiguranja; iznos bi se izračunao u skladu s rizikom, tj. odgovarajući paket i odgovarajuće pogodnosti.<sup>24</sup>

Primjenom personalizirane medicine, bit će moguće da se pojedincima ponudi osigurateljsko pokriće u skladu s njihovim, tzv. osobnim profilom rizika, a što će u konačnici biti ništa drugo nego potvrda već prihvaćene diferencijacije rizika, prema kojoj pojedinci s većim rizikom plaćaju višu premiju, i obrnuto, pojedinci s manjim rizikom plaćaju nižu premiju. U literaturi se navodi da su čak već i u uporabi različiti instrumenti diferencijacije rizika, poput obveza prijave (npr. rezultati genskih testova), veća premija za veći rizik, odbijanje sklapanja ugovora o osiguranju s osobama koje nose određeni rizik, itd.<sup>25</sup>

---

H., op. cit., str. 40.

21 BODIROGA-VUKOBRAT, N., HORAK, H., op. cit., str. 41.

22 Loc. cit.

23 Loc. cit.

24 DEUTSCHER BUNDESTAG, Zukunftsreport Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem, op. cit., str. 145.

25 FEUERSTEIN, G., KOLLEK, R., UHLEMANN, T., Gentechnik und Krankenversicherung: Neue Leistungsangebote im Gesundheitssystem. Nomos, Baden-Baden, 2002.

Ono što neminovno proizlazi iz navedenoga, jest pod kojim uvjetima i u kojoj mjeri mogu poslužiti genetski testovi i prediktivne genetske informacije kao preduvjet za sklapanje ugovora o osiguranju. Navedeno pitanje je, stoga, potrebno zakonski urediti što prije.<sup>26</sup> Naime, postoji opasnost od erozije načela solidarnosti, kao temeljnog načela svakog osiguranja, time što bi osiguratelji upravo zbog postojanja genetske informacije isključili iz osiguranja ili nametnuli veće obveze postojećim ili budućim osiguranicima.<sup>27</sup> S pravom se postavlja pitanje, je li sa stajališta osiguranika svrsishodno prijavljivati genetske informacije svojim osiguranicima, i ako da, u kojem opsegu te bi li se prijavljivanje genetskih informacija odnosilo na sva vrste osiguranja, ili samo ne neke. O takvim i sličnim pitanjima u poredbenom zakonodavstvu već su prisutna neka konkretna rješenja, koja ćemo prikazati u nastavku rada.

#### **4. ZAŠTITA PODATAKA IZ GENSKIH TESTOVA U POREDBENOM PRAVU OSIGURANJA**

##### **4.1. Njemačko pravo**

###### *4.1.1. Općenito*

Temeljni propis koji uređuje pitanje zaštite podataka iz genskih testova u njemačkom je pravu Zakon o genetskim ispitivanjima na ljudima<sup>28</sup> (njem: *Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen*, skraćeni naziv: *Gendiagnostikgesetz* (Zakon o genetskoj dijagnostici), dalje u tekstu: GenDG). Zakon je većim dijelom stupio na snagu 1. veljače 2010. godine, a u manjim dijelovima 1. veljače 2011. i 1. veljače 2012. godine (§ 27. GenDG). Cilj je Zakona propisati pretpostavke za genetska ispitivanja na ljudima kao i pretpostavke za uporabu genetskih uzoraka i podataka s radi: a) sprječavanja diskriminacije među ljudima na temelju genetskih obilježja, b) zaštite ljudskog dostojanstva te c) zaštite prava na informativno samoodređenje (§ 1. GenDG). Zakon se temelji na sljedećim načelima: a) postupke genskih testova i genske analize obavljaju specijalizirani i posebno ovlašteni liječnici (§ 7 GenDG), b) osoba nad kojom se provode genetska istraživanja mora dati izričitu suglasnost u pisanom obliku za takav postupak te se takva suglasnost u bilo kojem trenutku može i opozvati (§ 8 GenDG), c) prije davanja suglasnosti odgovorno/ovlašteno liječničko osoblje mora objasniti značenje i opseg provedbe genetskih istraživanja (§ 9 GenDG), d) nakon provedenog testiranja odgovorno liječničko osoblje ima obvezu savjetovanja osobe nad kojom je provedeno genetsko ispitivanje u vezi s nalazima genetskih testova (§ 10 GenDG), e) podaci genetskih testova dostupni su samo osobi nad kojom je provedena genska analiza te odgovornom liječniku, a ostalim trećim osobama samo ako postoji izričita i pisana suglasnost osobe koja je bila podvrgnuta postupku genske,

26 DAMM, R., *Gendiagnostik als Gesetzgebungsprojekt. Regelungsiniciativen und Regelungsschwerpunkte, Bundesgesundheitsblatt Gesundheitsforschung Gesundheitsschutz*, vol. 50, br. 2., 2007., str. 145-156.

27 BODIROGA-VUKOBRAT, N., HORAK, H., *op. cit.*, str. 41.

28 Zakon o genetskoj dijagnostici od 31. srpnja 2009. (BGBl. I S. 2529, 3672), zadnje mijenjan člankom 2. stavkom 1. Zakona od 4. studenog 2016. (BGBl. I S. 2460).

analize tj. ispitivanju (§ 11 GenDG), f) obveza čuvanja rezultata genskih testova na rok od deset godina, a nakon toga postoji obveza njihovog uništenja (§ 12 GenDG) te g) obveza uništenja genskih uzoraka (materijala) nakon što su upotrijebljeni za potrebnu svrhu provedenog genskog ispitivanja (testa) (§ 13 GenDG). Navedeni se Zakon odnosi na zaštitu informacija dobivenih genskim testovima u odnosu na istraživanja u medicinske svrhe (§ 7-16 GenDG), utvrđivanja podrijetla (očinstva, majčinstva, i sl.) (§ 17 GenDG), osiguranja (§ 18 GenDG) te radnih odnosa (§ 19-22 GenDG). U nastavku rada detaljnije će se obraditi pitanje zaštite podatka iz genskih testova osiguranika u odnosu na osiguratelja.

#### 4.1.2. *Zabrana zahtijevanja dostave podataka iz genskih testova*

Njemački Zakon o genetskoj dijagnostici posebnom odredbom u § 18 uređuje pitanje genskih ispitivanja i analiza u vezi sa sklapanjem ugovora o osiguranju.<sup>29</sup> Nužno je istaknuti kako se navedena odredba odnosi na bilo koju vrstu ugovora o osiguranju, neovisno o tome radi li se o osiguranju imovine ili osiguranju osoba (uz određene iznimke o kojima se kasnije više govori) te neovisno o tomu radi li se o privatnom ili državnom osiguratelju s kojim se sklapa ugovor o osiguranju.

U spomenutoj odredbi u § 18 st. 1. rečenica 1. GenDG propisuje opću zabranu osigurateljima da im se dostave/prijave podaci o provedenim genskim testovima i istraživanjima osiguranika (postojećih ili potencijalnih/budućih osiguranika). Naime, osiguratelj ne može zahtijevati od osiguranika:

- a) provođenje genskih testova (genetskih ispitivanja) ili analiza,
  - b) dostavu rezultata ili podataka genskih testova koji su već ranije poduzeti i
  - c) analizu podataka dobivenih od takvih ranije poduzetih genskih testova,
- odnosno propisana je zabrana prihvaćanja ili primjene rezultata i podataka dobivenih takvim genskim testovima.

Navedena zabrana korištenja podataka genskih testova osiguranika postoji za vrijeme prije sklapanja ugovora o osiguranju, ali i nakon njegova sklapanja tj. tijekom trajanja ugovora o osiguranju, odnosno osigurateljskog pokrića.

Navedenom odredbom § 18 st. 1 reč. 1. GenDG-a, osiguranik koji je sklopio ugovor o osiguranju ili ga namjerava sklopiti (tzv. budući osiguranik) oslobađa se od obveze da osiguratelju prijavljuje okolnosti (*Anzeigepflicht*) koje su bitne za ocjenu rizika, a tiču se genskih testova. Naime, u njemačkom pravu (a tako je i u hrvatskom), osiguranik ima obvezu da prije sklapanja ugovora o osiguranju prijavi osiguratelju sve poznate okolnosti rizika koje su bitne za odluku osiguratelja o sklapanju ugovora. Osiguratelj je čak ovlašten i sam postaviti određena pitanja osiguraniku pa je u tom slučaju osiguranik obavezan odgovoriti na ta pitanja, čime ispunjava svoju obvezu prijave okolnosti (§ 19. st. 1. Zakona o ugovoru o osiguranju)<sup>30</sup>. Također, obveza osiguranika da prijavi okolnosti proteže se i nakon sklapanja ugovora o osiguranju

29 TAUPITZ, J., PÖLZELBAUER C., *Das deutsche Gendiagnostikgesetz, Arztrecht*, br. 6, 2010., str. 148.

30 Njemački Zakon o ugovoru o osiguranju, (*Versicherungsvertragsgesetz*, skraćeno: VVG) od 23. studenog 2007. (BGBl. I S. 2631), zadnje mijenjan člankom 15. Zakona od 17. kolovoza 2017. (BGBl. I S. 3214).

(tj. tijekom njegova trajanja), ako bi takve okolnosti utjecale na povećanje rizika (§ 23. st. 3. Zakona o ugovoru o osiguranju). Ako bi osiguranik povrijedio ovu navedenu predugovornu obvezu prijave okolnosti, osiguratelj može raskinuti, odnosno otkazati ugovor o osiguranju (§ 19. st. 2. i 3. i § 24. st. 1. i 2. Zakona o ugovoru o osiguranju). Upravo § 18. st. 1. reč. 1. GenDG omogućio je osiguraniku da nije u obvezi prijavljivati osiguratelju podatke dobivene genskim testovima. S druge strane, osiguratelji nemaju pravo postavljati pitanja osiguraniku koji bi se odnosili na rezultate genskih testova, odnosno ako bi takva pitanja bila i postavljena (u bilo kojem obliku) osiguranik nije dužan odgovarati na njih. Ako osiguranik samoinicijativno dostavi podatke genskih testova, takve podatke osiguratelj ne smije uzeti u obzir. Posljedica oslobađanja osiguranika od obveze prijave podataka dobivenih genskim testovima jest da osiguratelj ne može raskinuti ugovor o osiguranju ili ga otkazati zbog neprijavljivanja okolnosti.

No, treba naglasiti da se osiguratelju sukladno zakonskim ili ugovornim obvezama moraju prijaviti sve ostale okolnosti rizika koje su bitne za donošenje odluke osiguratelja da sklopi ugovor o osiguranju s konkretnim osiguranikom, kao i okolnosti koje se tiču povećanja rizika kod već sklopljenih ugovora o osiguranju, a ne tiču se provođenja genskih testova niti prijavljivanja njihovih rezultata kao ni analize takvih rezultata. Pogotovo se ta obveza prijavljivanja okolnosti odnosi na razne bolesti i oboljenja o čijem eventualnom postojanju osiguratelj zahtijeva biti informiran (§ 18. st. 2. GenDG), a o kojima su podaci dostupni i u liječničkim kartonima pacijenta/osiguranika i bez provođenja genskih testova. Vezano uz takve okolnosti postoji obveza njihove prijave jer u protivnom može nastupiti povreda obveze prijavljivanja iz § 19-23 Zakona o ugovoru o osiguranju, a što može imati za posljedicu nastanak prava osiguratelja na raskid, otkaz ili, čak, i poništaj ugovora o osiguranju (ovisno o okolnostima i ispunjenim pretpostavkama).

#### *4.1.3. Iznimke od zabrane zahtijevanja prijave/dostave podataka*

Zakon o genetskoj dijagnostici poznaje i jednu iznimku od načelne zabrane da osiguratelj može zahtijevati biti informiran o rezultatima poduzetih genskih ispitivanja (§ 18. st. 1. reč 2. GenDG). Pravo osiguratelja biti informiran o rezultatima genskih testova uvjetovano je kumulativnim ispunjenjem triju pretpostavki: 1.) inicijativa za poduzimanje genskih testova mora dolaziti osiguranika, 2.) vrsta osigurateljskog pokrića i 3.) visina iznosa obveze osiguranja odnosno visine svote osiguranja. Tek kad su ispunjene sve tri pretpostavke nastaje pravo osiguratelja biti informiran o rezultatima genskih testova. Ako nije ispunjena samo jedna od pretpostavki ne postoji ni pravo osiguratelja da bude informiran o rezultatima genskih testova.

U pogledu prve pretpostavke (inicijativa za poduzimanje genskih testova) osiguratelj može zahtijevati samo dostavu rezultata ili podataka genskih testova koji su ranije poduzeti (dakle, neovisno o volji osiguranika da sklopi ugovor o osiguranju), odnosno analizu podataka dobivenih od takvih ranije poduzetih genskih testova koje potom može prihvatiti ili primijeniti (a može ih i odbiti i ne primijeniti). Osiguratelj nikada ne bi mogao svojevoljno zahtijevati da se osiguranik podvrgne provođenju genskih testova (genetskih ispitivanja) ili analizi samo za potrebe procjene rizika za



sklapanje (ili održavanje) ugovora o osiguranju. Dakle, ako je osiguranik svojevlasno odlučio i proveo genske testove na vlastitoj osobi, tada bi postojala njegova obveza da o tomu obavijesti osiguratelja (ako je genskim testiranjem utvrđeno postojanje određenog rizika za zdravlje, odnosno za razvoj određene bolesti). No s druge strane, osiguratelj ne može samostalno zahtijevati provedbu genskog testiranja osiguranika.

U pogledu pretpostavke vrste osigurateljskog pokrivača pravo osiguratelja biti informiran o rezultatima genskih testova ovisi o vrsti ugovora o osiguranju koji se sklapa ili je sklopljen s osiguranikom. Navedeno pravo osiguratelja biti informiran postoji samo ako se radi: 1) o ugovoru o životnom osiguranju, 2) o ugovoru o osiguranju zbog profesionalne nesposobnosti za rad, 3) o ugovoru o osiguranju nesposobnosti za privređivanje općenito (osiguranje u slučaju invaliditeta) te 4) o ugovoru o osiguranju tuđe pomoći i njege. Dakle samo kod navedene četiri vrste ugovora o osiguranju postojalo bi pravo osiguratelja da bude informiran o rezultatima genskih testova (uz uvjet ispunjavanja ostalih pretpostavki).

I konačno, treća pretpostavka koja mora biti ispunjena za nastanak prava osiguratelja biti informiran o rezultatima genskih testova odnosi se visinu osigurane svote na koju mora biti ugovorena obveza osiguratelja. Ugovorena svota osiguranja mora biti viša od 300.000 eura (jednokratno) ili više od 30.000 eura godišnje rente.

#### *4.1.4. Kritika zakonskog rješenja*

Njemački osiguratelji iznijeli su niz kritika na postojeće opisano zakonsko rješenje o zaštiti podataka dobivenih genskim testovima.<sup>31</sup> Glavna se kritika odnosi na to da zakonsko rješenje u pogledu osiguratelja ne razlikuje prediktivne genske testove (koji se poduzimaju prije pojave simptoma bolesti) i dijagnostičke genske testove (koji se poduzimaju nakon pojave simptoma bolesti a radi točne dijagnoze i eventualnog liječenja), već se koristi skupni naziv “genski testovi”.<sup>32</sup> Od tuda proizlazi da osiguratelji ne mogu zahtijevati prijavljivanje podataka od osiguranika ni u pogledu prediktivnih ni u pogledu dijagnostičkih genskih testova. Osiguratelji smatraju da bi se trebalo omogućiti dostavljanje podataka o provedenim dijagnostičkim (ne i prediktivnim) genskim testovima. Ukoliko se takva obveza ne bi ispoštovala, osiguratelj bi imao pravo na raskid, odnosno otkaz ugovora zbog povrede obveze prijavljivanja (§ 19-24 VVG). Ovo stajalište osiguratelji pravdaju time što o rezultatima pojedinih dijagnostičkih genskih testova ovisi i daljnja terapija (lijekovima i druga), a troškove takve terapije osiguratelj može podmiriti samo ako je upoznat s nalazima takvih dijagnostičkih genskih testova (specifičnost za privatne osiguratelje zdravstvenog osiguranja). Od ostalih kritika koje su uputili osiguratelji, je da zabrana prijave podataka o genskim testovima narušava slobodu ugovaranja, te da ona može dovesti do povećanja premije (jer bi medicinske usluge više koristili oni osiguranici

31 Kritike dostupne u: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG) vom, 13. Oktober 2008., datum: 14. Januar 2009., Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. [Mišljenje o Nacrtu Zakona o genskoj dijagnostici, od 13.10.2008., s datumom od 14. siječnja 2009., Udruga privatnih zdravstvenih osiguratelja]. Dalje u tekstu: Mišljenje.

32 Mišljenje, str. 5-6.

koji su upoznati s rezultatima genskih testova, a povećanja potražnje za medicinskim uslugama može se podmiriti jedino povećanjem premije), te da zakonsko rješenje negira temeljno načelo osiguranja, a to je da se ne može osigurati rizik koji se već ostvario (npr. osiguranik se odlučuje na ugovaranje osigurateljskog pokrića nakon što je saznao rezultate genskih testova da kod njega postoji opasnost od razvoja određene bolesti).<sup>33</sup>

#### **4.2. Pravo Velike Britanije**

U Velikoj Britaniji ne postoji zakonski propis koji bi pružao zaštitu osiguranicima u pogledu prijavljivanja rezultata genskih testova osigurateljima (kao što je to u njemačkom pravu). Međutim, Vlada Velike Britanije i Udruga osiguratelja Britanije donijeli su zajednički dokument, koji je sporazumnoga karaktera, pod nazivom Konkordat i moratorij o genetici i osiguranju (*Concordat and Moratorium on Genetics and Insurance*).<sup>34</sup> Ovaj dokument donesen je još 2001., godine, ali je revidiran nekoliko puta, posljednji put 2014. godine. Taj Konkordat na dobrovoljnoj osnovi primjenjuju britanski privatni osiguratelji zdravstvenog i životnog osiguranja pri ugovaranju pokrića s osiguranicima, a u primjeni je do 1. studenog 2019. (točka 2b Konkordata), što ne isključuje mogućnost da se njegova primjena produlji i za još neko određeno vrijeme.

Osnovna svrha navedenoga dokumenta je da se osiguranicima omogući sklapanje ugovora o osiguranju (posebice ugovora životnog osiguranja i ugovora zdravstvenog osiguranja), a bez da osigurateljima prijavljuju rezultate prediktivnih genskih testova (točka 8.1. Konkordata). S druge strane, svrha Konkordata je i da se osigurateljima omogući pristup svim relevantnim informacijama kako bi mogli pravično procijeniti rizik i premiju osiguranja u korist svih osiguranika (toč. 6. i 8.2. Konkordata). Izričito je naglašeno da se moratorij odnosi samo na prijavljivanje rezultata prediktivnih testova, a ne postoji moratorij na prijavu nalaza dijagnostičkih i negenetskih medicinskih testova (toč. 16. Konkordata). Drugim riječima, osiguranici nisu obvezni dostavljati podatke o prediktivnim genskim testovima, ali postoji obveza prijave svih ostalih okolnosti njihova zdravstvenog stanja kada informacije o tomu zahtijeva osiguratelj. To se posebno odnosi na tzv. dijagnostičke genske testove. Ako osiguranik ne bi postupio po zahtjevu osiguratelja, počinio bi povredu obveze prijavljivanja okolnosti koje su bitne za ocjenu rizika, a što se u konačnici može smatrati i prijevarnim ponašanjem koje dovodi do prijevremenog prestanka ili čak i do poništenja ugovora o osiguranju.

Upravo zbog važnosti razlikovanja prediktivnih genskih testova i dijagnostičkih genskih testova, u Konkordatu su u Aneksu 2. navedene i njihove definicije. Prediktivni genski testovi su oni koju se poduzimaju prije pojave bilo kojih simptoma, znakova ili abnormalnih rezultata negenetskih medicinskih testova, a kako bi se utvrdile pogreške u genima koje mogu biti u vezi s pojavom određenih bolesti. Upravo u pogledu

33 Mišljenje, str. 4.

34 Dostupno na: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/390174/Genetics\\_and\\_Insurance\\_guidance\\_2014.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/390174/Genetics_and_Insurance_guidance_2014.pdf) (2. siječnja 2018.).

rezultata takvih testova postoji dogovor britanskih osiguratelja da se oni ne trebaju prijavljivati pri ugovaranju životnog ili privatnoga zdravstvenog osiguranja. S druge strane, dijagnostički genski testovi poduzimaju se nakon pojave simptoma, znakova bolesti ili abnormalnih nalaza negenskih medicinskih testova kako bi se potvrdila (ili postavila) dijagnoza bolesti ili u slučaju sumnje na određenu bolest. Podaci dobiveni dijagnostičkim genskim testovima podliježu obvezi prijavljivanja osigurateljima, tj. na njih se ne odnosi moratorij iz Konkordata.

Osiguratelji se obvezuju da od osiguranika neće zahtijevati poduzimanje prediktivnih testova prije ugovaranja (toč. 21a Konkordata), kao i nakon ugovaranja osigurateljskog pokrića sve dok ono traje (toč. 21c. i.) te da neće tražiti rezultate prediktivnih genskih testova od drugih osoba, poput krvnih srodnika (toč. 21c. ii).

U Konkordatu su predviđeni i slučajevi kada su osiguranici obvezni prijaviti osigurateljima rezultate prediktivnih genskih testova (toč. 26. st. I. Konkordata). Pretpostavke za to odnose se na pojedine vrste osiguranja i određenu visinu osigurane svote (slično kao i u njemačkom pravu): 1) ako osiguranik sklapa ugovor o osiguranju života s osiguranom svotom iznad 500.000 funti, 2) ako osiguranik ugovara pokriće teško bolesnih stanja (engl. *critical illness insurance*) sa osiguranom svotom iznad 300.000 funti, ili 3) ako je osiguranik ugovorio osiguranje prihoda (engl. *income protection insurance*) sa godišnjom rentom iznad 30.000 funti. Bitno je naglasiti da je Konkordatom predviđeno da se mogu koristiti samo oni prediktivni testovi koje je odobrila Vlada i to nakon prosudbe stručnjaka (eksperata) (toč. 35. Konkordata). Do sada je Vlada odobrila samo prediktivne testove za Huntingtonovu bolest, pa je Konkordatom predviđeno da se takav test može poduzeti pri sklapanju ugovora o osiguranju života za osiguranici iznos viši od 500.000 funti (toč. 21d. ii Konkordata).

Ono što je nužno naglasiti jest, da se Konkordat odnosi na poslovanje privatnih osiguratelja. Državni osiguratelj zdravstvenog osiguranja u Velikoj Britanji, *National Health Service* (NHS), nije njime vezan, te pruža usluge iz pokrića zdravstvenog osiguranja svim građanima, bez obzira na rezultate genskih testova pritom ne praveći diskriminaciju u snošenju troškova osiguranja.

### 4.3. Pravo SAD-a

U SAD-u je 2008. godine donesen Zakon o zabrani diskriminacije na temelju genetskih informacija u pogledu zdravstvenog osiguranja i zapošljavanja (*The Genetic Information Nondiscrimination Act*, skraćeno: GINA).<sup>35</sup> Zakonom se nastoji zabraniti poslodavcima i osigurateljima zdravstvenog osiguranja da diskriminiraju pojedince na temelju njihove genetske predispozicije za razvijanjem bolesti. Cilj je Zakona promoviranje genetskog testiranja među što širom populacijom i stvaranje povjerenje potrošača u takve genske testove, bez straha da se podaci koji su prikupljeni na taj način iskoriste protiv njih samih.<sup>36</sup>

35 The Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008, Pub. L. 110-233, 122 Stat. 881, od 21. svibnja 2008. Pun naziv zakona je: An Act to prohibit discrimination on the basis of genetic information with respect to health insurance and employment.

36 BODIROGA-VUKOBRAT, N., HORAK, H., op. cit., str. 46.

Prema tom Zakonu, osigurateljima je zabranjena uporaba, tzv. genetskih informacija pri donošenju odluke o sklapanju ugovora o zdravstvenom osiguranju, kao i pri određivanju premije za individualno pokriće/policu osiguranja (čl. 101., st. a3, čl. 102. st.a3, čl. 103., a3, čl. 104 st. aE, čl. 2753. st. a1 i b1). Zabrana uporabe genetskih informacija tiču se samog osiguranika, ali i člana njegove obitelji. Dakle, genetska informacija, koja je dobivena na temelju genskih testova ne može se koristiti za donošenje odluke osiguratelja zdravstvenog osiguranja, hoće li, ili ne, sklopiti ugovor o osiguranju/pružiti osigurateljsko pokriće (s pojedinom osobom ili članom njegove obitelji) i s kojom premijom.

Međutim, Zakonom je izričito naglašeno da takva načelna zabrana uporabe genetskih informacija nikako ne znači da osiguratelji ne mogu odlučivati, hoće li ili ne, sklopiti ugovor o zdravstvenom osiguranju s određenom osobom i s kojom premijom ako je došlo od pojave bolesti ili do nekoga zdravstvenog poremećaja kod osiguranika ili člana njegove obitelji (čl. 2753. st. a2 i b2). No, pritom se izričito naglašava da se pojava bolesti ili poremećaja kod člana obitelji ne može smatrati kao genetskom informacijom u odlučivanju o pružanju osigurateljskog pokrića drugom članu obitelji (kao ni o visini premije). Dakle, osiguratelj može redefinirati premiju i odlučiti pod kojim će uvjetima pružiti osigurateljsko prokiće osobi kod koje se bolest već manifestirala te se takvo "drukčije" ponašanje osiguratelja ne može smatrati diskriminacijom. Diskriminacija bi bila kada bi osiguratelj zbog bolesti člana obitelji odlučio pružiti osigurateljsko pokriće pod drukčijim uvjetima ostalim članovima obitelji, nego što bi pružao pokriće da takva bolest ne postoji.

Zakon nadalje zabranjuje osiguratelju zdravstvenog osiguranja da od osiguranika ili člana njegove obitelji zahtjeva podvrgavanje genskim testovima, ili informiranje o rezultatima takvih testova. Istodobno se naglašava kako to nipošto ne znači da profesionalni pružatelj zdravstvenih usluga (npr. bolnice) ne mogu zahtijevati od pojedinaca podvrgavanje genskim testovima (čl. 101., st. c1 i c2, čl. 102. st. c1 i c2, čl. 103. st. c1 i c2, čl. 2753. st. d1 i d2).

Zakon posebno zabranjuje da osiguratelji prikupljaju genske podatke na bilo koji način, uključujući i kupovanje takvih podataka, a koji se tiču njihovih osiguranika (sadašnjih ili budućih) (čl. 101. st. c1 i c2, čl. 102. st. d1 i d2, 103. st. d1 i d2 čl. 2753. st. e1 i e2).

Nužno je istaknuti da se navedeni Zakon ne primjenjuje na životna osiguranja kao ni na invalidska osiguranja i osiguranja dugotrajne njege. Odatle se može zaključiti da u potonjim vrstama osiguranja osiguratelji mogu zahtijevati podatke nalazima genetskih testova osiguranika (ili članovima njihove obitelji).<sup>37</sup>

37 ZHENG, S., The Loopholes in the Law Prohibiting Genetic Discrimination, <https://www.theatlantic.com/health/archive/2017/03/genetic-discrimination-law-gina/519216/> (4. siječnja 2018.).

## **5. HRVATSKO PRAVO OSIGURANJA I GENETIČKE INFORMACIJE OSIGURANIKA - DE LEGE LATA I PRIJEDLOZI DE LEGE FERENDA**

Činjenica je da u hrvatskom pravnom sustavu ne postoji poseban propis po uzoru na prikazane poredbene sustave, a koji se odnosi na zabranu ili ograničenje pružanja genetskih podataka osiguranika privatnim osigurateljima općenito, pa tako ni osigurateljima životnog i zdravstvenog osiguranja. Drugim riječima, u sadašnjoj situaciji osiguratelji načelno nisu spriječeni da potražuju i podatke o rezultatima genskih testova osiguranika. Drugo je pitanje koliko je to izvedivo s obzirom na trenutačnu dostupnost takvih testova prosječnom hrvatskom osiguraniku, kao i na situaciju da se ne baš veliki broj ljudi odlučuje na ugovaranje životnih ili dobrovoljnih zdravstvenih osiguranja. Ovakva praksa sigurno bi još dodatno umanjila interes za takva pokrića. No, s vremenom sigurno će se postaviti i pitanje rezultata genskih testova pred hrvatske osiguratelje, te bi bilo dobro da u tom slučaju imamo već određena zakonska rješenja po pitanju dostupnosti genetičkih informacija osigurateljima.

Što se tiče sadašnje situacije, kako bi se olakšalo ispunjenje obveze prijave okolnosti važnih za ocjenu rizika, osiguratelji zdravstvenog i životnog osiguranja u praksi, prije sklapanja ugovora zahtijevaju da osiguranik ispuni upitnik o zdravstvenom stanju ili da se pripremi liječničko izvješće po izvršenom liječničkom pregledu osiguranika. Svrha navedenog upitnika i liječničkog izvješća (po obavljenom pregledu) jest omogućiti osiguratelju pravilnu ocjenu rizika budućeg osiguranika.<sup>38</sup> No, važno je naglasiti da je neovisno o ispunjenom upitniku i liječničkom izvješću, ugovaratelj osiguranja u obvezi prijaviti sve činjenice bitne za ocjenu rizika (zdravstvenog stanja) osiguranika koje su mu poznate, odnosno nisu mu mogle ostati nepoznate (čl. 931. ZOO).<sup>39</sup> U tom slučaju, pitanja o činjenicama koje mu nisu postavljene u upitniku, a koje su važne za ocjenu rizika, tj. zdravstvenog stanja osiguranika, mogu imati za posljedicu primjenu pravila o netočnosti prijave ako ih ugovaratelj osiguranja nije prijavio ili ih je prešutio (namjerno ili nenamjerno) (čl. 932. i 933. ZOO). Prigovor koji se može uputiti takvom shvaćanju jest da ugovaratelj osiguranja nije stručnjak da bi mogao znati koje su okolnosti bitne za ocjenu zdravstvenog stanja osiguranika. Tomu bi se moglo doskočiti time da su upitnici što detaljniji, precizniji i jasniji.<sup>40</sup> Time bi se ugovaratelju osiguranja/osiguraniku omogućilo da pri ispunjavanju upitnika duboko razmisli i prisjeti se eventualno još nekih okolnosti o svojem zdravstvenom stanju. S druge strane, do promjene rizika može doći i tijekom trajanja ugovora o osiguranju, a o čemu bi osiguratelj trebao znati. Informiranost osiguratelja u tom slučaju može se osigurati na način da se od osiguranika zahtijeva dostavljanje podataka o zdravstvenom stanju, pa čak i da sam provjeri zdravstveno stanje ili uzrok smrti. To znači da bi osiguratelj imao pravo uvida u liječnika izvješća, nalaze, zdravstvene kartone, pa čak da i sam osiguratelj naloži provedbu medicinskih istraga i testova (ne treba isključiti

38 ĆURKOVIĆ, M., *Ugovor o osiguranju osoba, život-nezgodazdravstveno*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009, str. 217.

39 Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15.

40 PAK, J., *Pravo osiguranja*, Univerzitet Singidunum, Beograd, 2011., str. 330.

ni provedbu genskih testova) radi što potpunijeg utvrđivanja stanja.<sup>41</sup>

Što se tiče *de lege ferenda*, valjalo bi po uzoru na analizirana poredbenopravna rješenja postaviti određena ograničenja po pitanju dostupnosti genetičkih podataka osiguranika njihovim osigurateljima. U tom smislu, prijedlog bi išao za time da se uvede načelna zabrana osigurateljima da od osiguranika (ali i od njihovih srodnika) zahtijevaju rezultate genskih testova kao uvjet za sklapanje ugovora o osiguranju, odnosno da takve rezultate zahtijevaju nakon sklapanja ugovora o osiguranju, a tijekom njegova trajanja. Zabrana bi se odnosila i na rezultate genetskih testova koji su osiguranici proveli na sebi i neovisno o njihovoj (budućoj) namjeri za sklapanjem ugovora osiguranju. Takvo načelno pravilo prisutno je u svim analiziranim poredbenim sustavima. Svakako bi trebalo uvažiti pravilo koje je prisutno u pravu SAD-a, da se pojava bolesti kod jednog člana obitelji ne može smatrati genetskom informacijom, no da se nikako ne može zabraniti osiguratelju da odlučuje o osigurateljskom pokriću i visini premije na temelju podataka iz zdravstvenog kartona osiguranika i obiteljske anamneze. Također, nužno je propisati i apsolutnu zabranu da osiguratelju prikupljaju genetičke podatke o osiguraniku na bilo koji način uključujući i njihovo kupovanje. Potom, valjalo bi postaviti određene iznimke od navedene opće zabrane, te propisati slučajeve kada bi osiguratelji bili ovlašteni zahtijevati podatke o provedenim genskim testovima. Tu su moguća raznovrsna rješenja: 1.) da osigurateljima budu dostupni na njihov zahtjev rezultati samo dijagnostičkih genskih testova (ne i prediktivnih), kao što je to u Velikoj Britaniji, 2.) da se propiše vrsta osigurateljskog pokrića pri čijem sklapanju bi osiguranik bio u obvezi prijaviti rezultate genskih testova, kao što su to dugogodišnja osiguranja tuđe pomoći i njege, osiguranja od teških bolesti, osiguranje od gubitka prihoda i slično (rješenje prisutno u Velikoj Britaniji i Njemačkoj), 3.) da se zakonski izričito navedu bolesti glede kojih se mogu zahtijevati genski testovi, kao što je to slučaj s Huntigtonovom bolesti u Velikoj Britaniji, 4.) da se propiše visina osigurane svote iznad kojeg iznosa osiguratelji mogu zahtijevati prethodno provođenje genskih testova, kao uvjet za sklapanje ugovora o osiguranju (npr. kao u Njemačkoj za osigurane svote više od 300.000 eura, odnosno 30.000 eura godišnje rente), 5.) moguća je i kombinacija neka od navedenih ograničenja, primjerice kombinacija visine osigurane svote i vrste osigurateljskog pokrića, 6.) da se, po uzoru na rješenje iz Velike Britanije, mogu koristiti samo oni genski testovi koje je nadležno državo tijelo odobrilo, a ne bilo koji test slobodan na tržištu, 7.) da se zabrana prikupljanja genetičkih podataka od osiguranika ne odnosi na zabranu bolnicama i ostalim pružateljima zdravstvenih usluga da provedu genetska ispitivanja pojedinaca u svrhu liječenja (kao što je to izrijekom predviđeno u pravu SAD-a).

Na kraju nužno je naglasiti da se u analiziranim pravnim sustavima pitanje genetskih informacija osiguranika postavlja samo u odnosu na privatne osiguratelje. Državni osiguratelji zdravstvenog osiguranja (a i mirovinskog) u pravu Velike Britanije i Njemačke ne mogu ni u kojem slučaju (za sada) praviti diskriminaciju među osiguranicima s obzirom na njihove genetske predispozicije za razvoj pojedinih

41 SLAVNIĆ, J., Ugovor o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju kao predmet zakonskog regulisanja – prilog raspravi o regulisanju ugovora o osiguranju u novom Građanskom zakoniku Srbije, Zbornik radova "Evropske (EU) reforme u pravu osiguranja Srbije", Palić, 2010., str. 27.

bolesti. Svakako bi takvo načelo o zabrani diskriminacije na temelju genetskih informacija u državnom zdravstvenom/mirovinskom osiguranju trebalo postojati i u hrvatskom pravnom sustavu neovisno o izazovima suvremene genske tehnologije.

## 6. ZAKLJUČAK

Razvoj znanosti na području genetike kao sve šira dostupnost naprednih genskih tehnologija, kao što su to prediktivni genski testovi, omogućava da se za svakog pojedinca stvori, tzv. osobni profil rizika od oboljenja pojedinih bolesti. Dodatna važnost podataka dobivenih genskim testovima ogleda se u tomu da testirana osoba poduzme određene preventivne mjere kako bi se rizik nastanka bolesti što je moguće smanjio, odnosno ako se bolest pojavi, da su njezine posljedice što moguće manje. Ujedno se naprednim genskim tehnologijama koje su usmjerene na svakog pacijenta osobno pokušava odrediti individualna terapija za liječenje postojećih bolesti. Navedeni osobni pristup u liječenju bolesti, koji je prilagođen biološkim potrebama i osobnim karakteristikama svakog pacijenta (životni stil, okolina, dob, spol, težina, navike, ishrana) uz primjenu suvremenih otkrića na području genetike temeljna je postavka, tzv. personalizirane medicine koja se temelji na konceptu da je svaki čovjek/pacijent različita individua, unikatan i jedinstveni te da se u prevenciji i liječenju bolesti treba pristupiti maksimalno individualno.

Dakle, personalizirana medicina omogućila je da se rizik nastanka neke bolesti maksimalno individualizira, što može biti od interesa privatnim osigurateljima zdravstvenih, ali i životnih osiguranja (životno i mirovinsko osiguranje), s obzirom na to da premija osiguranja predstavlja cijenu rizika. To bi u konačnici trebalo dovesti do diferencijacije rizika da pojedinci s većim rizikom plaćaju višu premiju, i obrnuto da pojedinci s manjim rizikom plaćaju nižu premiju, kao i do toga da pojedinci (zbog visokog rizika oboljenja kojeg nose u sebi) neće biti u mogućnosti sklopiti ugovor o osiguranju (tzv. isključenje iz osiguranja). No, ovakav pristup u primjeni rezultata genskih tehnologija pri individualizaciji rizika osiguranja vodi prema napuštanju ili bar redukciji načela solidarnosti u fondovima osiguranja iz kojih se isplaćuje naknada/osigurnina osiguranicima (svi za jednog, jedan za sve!), a u korist prevage načela ekvivalencije (svakome prema njegovom riziku!). To u konačnici može dovesti do toga da pojedincima privatno osiguranje (dobrovoljno zdravstveno, životno osiguranje, dobrovoljno mirovinsko osiguranje) bude potpuno nedostupno, odnosno da budu diskriminirani u odnosu na ostale osiguranike kojima su “geni bili blagonakloni”.

Opisani problem diskriminacije osiguranika na temelju genskih obilježja/podataka dobivenih iz genskih testova, inozemni zakonodavci prepoznali su već odavno (unazad 10-15 godina) te su postavili određena ograničenja i zabrane u pogledu zaštite osobnih podataka osiguranika iz genskih testova. Gotovo aklamacijski, u svim analiziranim sustavima prihvaćeno je pravilo načelne zabrane zahtijevanja i dostavljanja podataka prediktivnih genskih testova osiguranika svojim osigurateljima, kao i načelo oslobađanja osiguranika od obveze prijave podataka dobivenih prediktivnim genskim testovima, kao okolnostima koje su bitne za ocjenu rizika. Od navedenih načelnih

zabrana, ovisno o državama, postoje određena odstupanja koja se odnose na npr.: vrstu osiguranog rizika, određenu bolest, iznos svote osiguranja iznad određene granice, dostupnost podataka, tzv. dijagnostičkih genskih testova i sl. Navedenim načelnim zabranama osigurateljima da uvjetuju sklapanje ili produživanje ugovora o osiguranju provođenjem genskih ispitivanja svojih osiguranika i dostavom podataka dobivenim od tih testova, inozemni zakonodavci imaju za cilj spriječiti nejednako postupanje prema osiguranicima zbog svog naslijeđenog ili stečenoga genetskog obilježja koji predstavlja ili bi mogao predstavljati povećan rizik za nastanak bolesti. No, navedene zabrane ne sprječavaju osiguratelje da od svojih osiguranika zahtijevaju druge podatke koji također mogu poslužiti za individualizaciju rizika, kao što su to npr. podaci o osobnim karakteristikama pojedinca, povijesti bolesti, obiteljskoj anamnezi i sl.

U pogledu hrvatskoga prava, ističemo kako osiguratelji zakonski nisu spriječeni tražiti prijavu podataka dobivenih iz genskih testova, jer još ne postoji zakonski propis (po uzoru na poredbeno pravo) koji bi osigurateljima priječio prikupljanje takvih podataka od osiguranika. S obzirom na značenje takvih podataka i činjenice da prikupljanje takvih podataka može dovesti do diskriminacije osiguranika, ali općenito i do diskriminacije osobe koja se podvrgava takvim testovima neovisno i izvan potreba osiguranja, zaključujemo kako u Hrvatskoj postoji hitna potreba da se donese propis koji bi na cjelovit način uređivao pitanje zaštite podataka dobivenih od genskih testova na ljudima, kao što je to primjer u njemačkom zakonodavstvu o kojem je ranije bilo riječi.



## 7. PRILOZI

**Tablica 1:** Pojednostavljena usporedba kliničke genetike i anticipirane genomske medicine<sup>42</sup>

	<b>Klinička genetika</b>	<b>Genomska medicina</b>
Naglasak na	Rijetke ili vrlo rijetke bolesti	Uobičajne teške bolesti
Geni koji su uključeni	Monogeni ili oligogeni	Često nepoznati geni
Genske promjene	Kromosonsko pregađivanje, aneuploidije, kopiranje dupliciranje i brisanje kromosona	Višestruke varijante/polimorfizmi
Pojavnost	Visoka	Niska
Otkrivanje bolesti	Dijagnostika, ispitivanje nosača i presimptomatsko testiranje	Prediktivna procjena rizika oboljenja
Presimptomatsko testiranje	Visoka prediktivna vrijednost	Niska prediktivna vrijednost (nije još dokazano)
Liječenje	Različiti pristupi	Personalizirani pristup koji se temelji na genetskim informacijama
Klinički genetičari	Doktor medicine, specijalist	Minimalna edukacija i praksa
Laboratorijski genetičari	Uglavnom doktori znanosti, dobro obrazovani i osposobljeni, nadziru kliničke laboratorije	Uglavnom istraživači na doktoratima bez izravne veze s kliničkom praksom

42 Izvor: Li, Chumei, *Clinical Genetics*, vol. 79, br. 5, 2011., str. 403-412.

**Tablica 2.:** Projekcija tehnoloških, medicinskih i integracijskih razmatranja za primjenu personalizirane medicine.<sup>43</sup>

Projekcija za	5 godina	10 godina	20 godina
Tehnologija	<b>Linearna tehnologija</b>	<b>Izgradnja interaktivnih mreža</b>	<b>Mjerenje dinamične mreže <i>in vivo</i></b>
	Genomika Transkriptomika Metabolomika	Molekularna interakcija	Nadgledanje u realnom vremenu
	Nadgledanje okoline	Interakcija geni-okolina	Daljinsko očitavanje
		Ljudski resursi	Mehanizmi za uzbunjivanje
			Korisničko sučelje za odgovor
Medicina	<b>Načelo dokazivanja</b>	<b>Uvod</b>	<b>Implementacija i pročišćivanje</b>
	Dostupna ciljna tehnologija na jedno područje bolesti	Kumulativni podaci prema osobi	Integracija slikovnih tehnologija i psihološkog nadgledanja
	Identifikacija dostupnih resursa (elektronski zdravstveni zapisi, itd)	Dinamična kvalitativna/kvantitativna mjerenja	<i>In silico</i> model za individualne pacijente
	Poboljšanje biobanki i kliničko uzimanje uzoraka	Sinergijski output višestrukih markera	Nadgledanje u realnom vremenu (nanomaterijali)
	Proširene mjere za zdrave pojedince	ICT infrastruktura za podršku isporuke zdravstvene skrbi u realnom vremenu na širem teritoriju	Udaljeno nadgledanje/ Personalizirana telemedicina
		Sakupljanje i dijeljenje neinvazivnih informacija	
		Povećana preciznost slikovnih tehnologija i terapije	
Integracija	<b>Otkrića</b>	<b>Potvrđivanje</b>	<b>Implementacija</b>
	Jezgrene tehnologije	Definicija svrhe	Nanotehnologija
	Epigenetika	Dostižni ciljevi	Uzdužni podaci
	Prototip model	Testiranje infrastrukture	Sistemsko sakupljanje podataka
			Provedba standarada
			Dijeljenje podataka
			E-učenje

43 Izvor: PAVELIĆ, K., KRALJEVIĆ PAVELIĆ, S., SEDIĆ, M., *Personalized Medicine: The Path to New Medicine, Personalized Medicine – A New Medical and Social Challenge*, BODIROGA-VUKOBRAT, N., RUKAVINA, D., PAVELIĆ, K., SANDER, G. G., (ed.), Springer, 2016., str. 15.

LITERATURA

1. BODIROGA-VUKOBRAT N., HORAK, H., Challenges of Personalized Medicine: Socio-Legal Disputes and Possible Solutions, u: BODIROGA-VUKOBRAT, N., RUKAVINA, D., PAVELIĆ, K., SANDER, G. G., Personalized Medicine, A New Medical and Social Challenge, Springer International Publishing Switzerland, 2016., str. 31-51.
2. ČURKOVIĆ, M., Ugovor o osiguranju osoba, život-nezgodna-zdravstveno, Inženjerski biro, Zagreb, 2009.
3. DAMM, R., Gendiagnostik als Gesetzgebungsprojekt. Regelungsvorschläge und Regelungsschwerpunkte, Bundesgesundheitsblatt Gesundheitsforschung Gesundheitsschutz, vol. 50, br. 2., 2007., str. 145-156.
4. DEUTSCHER BUNDESTAG, Zukunftsreport Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem, FEUERSTEIN, G., KOLLEK, R., UHLEMANN, T., Gentechnik und Krankenversicherung: Neue Leistungsangebote im Gesundheitssystem. Nomos, Baden-Baden, 2002.
5. HANDSCHIN, CH., MEYER URA: A, Warum reagiert mein Patient anders auf dieses Medikament?, Schweiz Med Forum, vol. 12, br. 22, 2012., str. 425-433.
6. HOOD, L., FRIEND, SH, Predictive, personalized, preventive, participatory P4 cancer medicine, Nat Rev Clin Oncol, vol. 8, br. 3, 2011., str. 184-187.
7. KROEMER, H. K., Personalisierte Medizin - zum Stand der Forschung. In: Personalisierte Medizin - der Patient als Nutznießer oder Opfer, Tagungsdokumentation, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, 2012, str. 11-21.
8. LI, Chumei, Clinical Genetics, vol. 79, br. 5, 2011., str. 403-412.
9. MIRNEZAMI, R., NICHOLSON, J., DARZI, A., Preparing for precision medicine, N Engl J Med 366(6), 2012., str. 489-491.
10. NIEDERLAG, W., LERNKE, H. U., RIENHOFF, O., Personalisierte Medizin und individuelle Gesundheitsversorgung, Bundesgesundheitsbl, vol. 53, 2010., str. 776-782.
11. PAK, J., Pravo osiguranja, Univerzitet Singidunum, Beograd, 2011.
12. PAVELIĆ, K., KRALJEVIĆ PAVELIĆ, S., SEDIĆ, M., Personalized Medicine: The Path to New Medicine, Personalized Medicine – A New Medical and Social Challenge, BODIROGA-VUKOBRAT, N., RUKAVINA, D., PAVELIĆ, K., SANDER, G. G., (ed.), Springer, 2016., str. 1-19.
13. SIMMONS LA, DINAN MA, ROBINSON TJ et al., Personalized medicine is more than genomic medicine: confusion over terminology impedes progress towards personalized health care, Pers Med, vol. 9, br. 1, 2012., str. 85-91.
14. SLAVNIĆ, J., Ugovor o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju kao predmet zakonskog regulisanja – prilog raspravi o regulisanju ugovora o osiguranju u novom Građanskom zakoniku Srbije, Zbornik radova “Evropske (EU) reforme u pravu osiguranja Srbije”, Palić, 2010.
15. Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die genetischen Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG) vom, 13. Oktober 2008., datum: 14. Januar 2009., Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. [Mišljenje o Nacrtu Zakona o genskoj dijagnostici, od 13.10.2008, s datumom od 14. siječnja 2009., Udruga privatnih zdravstvenih osiguratelja].
16. TAUPITZ, J., PÖLZELBAUER C., Das deutsche Gendiagnostikgesetz, Arztrecht, br. 6, 2010., str. 144-149.
17. TRUSHEIM, MR., BERNDT, ER., DOUGLAS, FR., Stratified Medicine: strategic and economic implications of combining drugs and clinical biomarkers, Nat Rev Drug Discov, 2007, vol. 6, br. 4, 2007., str. 287-293.

18. U.S. Department of Health and Human Services, U.S. Food and Drug Administration, 2013, Paving the way for personalized medicine: FDA's role in a new era of medical product development. <http://www.fda.gov/downloads/ScienceResearch/SpecialTopics/PersonalizedMedicine/UCM372421.pdf>, pristupljeno, 15.10.2017.
19. VOGENBERG, F. R., ISAACSON BARASH, C., PURSEL, M., Personalized medicine, Part 3: Challenges facing health care plans in implementing coverage policies for pharmacogenomics and genetic testing, *P T*, vol. 35, br. 12, 2010., str. 670-675.
20. ZHENG, S., The Loopholes in the Law Prohibiting Genetic Discrimination, <https://www.theatlantic.com/health/archive/2017/03/genetic-discrimination-law-gina/519216/> (4. siječnja 2018.).

#### Pravni izvori

##### Hrvatska

1. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15.

##### Njemačka

2. *Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen* (GenDG), [Zakon o genskoj dijagnostici od 31. srpnja 2009. (BGBl. I S. 2529, 3672), zadnje mijenjan člankom 2 stavkom 1 Zakona od 4. studenog 2016. (BGBl. I S. 2460).].
3. *Versicherungsvertragsgesetz* (VVG), [Zakon o ugovoru o osiguranju, od 23. studenog 2007. (BGBl. I S. 2631), zadnje mijenjan člankom 15 Zakona od 17. kolovoza 2017 (BGBl. I S. 3214).].

##### SAD

4. *The Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*, (GINA) Pub. L. 110-233, 122 Stat. 881, od 21. svibnja 2008. [puni naziv: An Act to prohibit discrimination on the basis of genetic information with respect to health insurance and employment - Zakon o zabrani diskriminacije na temelju genetskih informacija u pogledu zdravstvenog osiguranja i zapošljavanja].

##### Velika Britanija

5. *Concordat and Moratorium on Genetics and Insurance*, [Konkordat i moratorij o genetici i osiguranju], Dostupno na: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/390174/Genetics\\_and\\_Insurance\\_guidance\\_2014.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/390174/Genetics_and_Insurance_guidance_2014.pdf) (2. siječnja 2018.).

**Nada Bodiřoga-Vukobrat\***

**Loris Belanić\*\***

Summary

## **INSURED RISK IN HEALTH INSURANCE IN LIGHT OF NEW DISCOVERIES IN THE FIELD OF GENETICS**

The paper provides an analysis of insured risk in health insurance in light of new discoveries in the field of genetics.

To begin with, the authors analyse the notion and the objective of personalized medicine; furthermore, they look into the significance of personalized medicine for risk coverage in private health insurance as well as into the issues regarding the relationship between personalized medicine and individualized insurance risk.

Comparative legal analyses of information and data protection in German, British and US laws makes a special part of the paper, where positive legal solutions are thoroughly analysed and critically reviewed.

The authors analyse positive legal solutions in Croatian law and give their proposals *de lege ferenda* because it is a sensitive area not yet regulated in the Republic of Croatia.

**Keywords:** *insured risk, genetic information, health insurance, genetic testing data protection, predictive genetic testing, personalized medicine.*

Zusammenfassung

## **VERSICHERTES RISIKO IN DER KRANKENVERSICHERUNG IM LICHT NEUER GENETISCHER ENTDECKUNGEN**

In der Arbeit wird das versicherte Risiko in der Krankenversicherung im Lichte neuer genetischer Entdeckungen analysiert.

Einleitend werden der Begriff und das Ziel der personalisierten Medizin analysiert. Anschließend betont man die Wichtigkeit der personalisierten Medizin für die Deckung von Risiken in der Privatversicherung sowie die Frage des Verhältnisses der personalisierten Medizin und Individualisierung versicherter Risiken.

\* Nada Bodiřoga-Vukobrat, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; nadab@pravri.hr.

\*\* Loris Belanić, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; lorisb@pravri.hr.

Besonderen Wert legt man in der Arbeit auf die rechtsvergleichende Analyse des Daten- und Informationsschutzes im Recht von Deutschland, Großbritannien und der USA. Bei dieser Analyse werden positivrechtliche Beschlüsse kritisch besprochen.

Da dieser sensible Bereich in der Republik Kroatien nicht reguliert ist, werden kroatische positivrechtliche Beschlüsse analysiert und Vorschläge *de lege ferenda* gegeben.

**Schlüsselwörter:** *versichertes Risiko, genetische Information, Krankenversicherung, Datenschutz bei genetischen Untersuchungen, prädiktive genetische Untersuchungen, personalisierte Medizin.*

Riassunto

## **IL RISCHIO ASSICURATO NELL'ASSICURAZIONE SANITARIA ALLA LUCE DELLE NUOVE SCOPERTE GENETICHE**

Nel lavoro si analizza il rischio assicurato nell'assicurazione sanitaria alla luce delle nuove scoperte genetiche.

Nella parte introduttiva del lavoro gli autori disaminano la nozione e lo scopo della medicina personalizzata, discernendo all'uopo il significato della medicina personalizzata per la copertura del rischio nell'assicurazione privata e distinguendo le questioni relative al rapporto tra medicina personalizzata ed individualizzazione del rischio nell'assicurazione.

Una parte specifica del contributo viene dedicata all'analisi comparata della tutela delle informazioni e dei dati nel diritto tedesco, nel diritto inglese ed in quello statunitense. Si individuano le rispettive soluzioni di diritto positivo e si offre una riflessione critica sulle medesime.

Gli autori analizzano le soluzioni di diritto positivo croate ed offrono proposte *de lege ferenda*, posto che tale delicata questione non trova regolamentazione nella Repubblica di Croazia.

**Parole chiave:** *il rischio assicurato, informazione genetica, assicurazione sanitaria, tutela dei dati derivanti da prove genetiche, prove genetiche predittive, medicina personalizzata.*

## UČINAK NOVE EU UREDBE 2016/679 (GDPR) NA ZAŠTITU OSOBNIH PODATAKA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Prof. dr. sc. Jozo Čizmić\*  
Doc. dr. sc. Marija Boban\*\*

UDK 342.738::061.1EU  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.13>  
Ur.: 16. siječnja 2018.  
Pr.: 19. veljače 2018.  
Pregledni znanstveni rad

### Sažetak

Nakon više od sedam godina od početne inicijative i četiri godine pregovora, novi europski okvir za zaštitu osobnih podataka konačno je usvojen u travnju 2016. godine. Opća EU uredba o zaštiti osobnih podataka 2016/679 ili GDPR (General Data Protection Regulation) zamjenjuje trenutnu EU direktivu i izravno se primjenjuje u svim državama članicama Europske unije. Mogućnost prilagodbe određenih dijelova ipak je ostavljena u nacionalnom zakonodavstvu zaključno s 25. svibnja 2018. kada se GDPR počinje primjenjivati! Ključna pretpostavka razvoja suvremene digitalne ekonomije temelji se na ubrzanom razvoju informacijskih i komunikacijskih tehnologija, istodobno stvarajući nove izazove i ugroze privatnosti i zaštite osobnih podataka. Obrada podataka, osobito obrada osobnih podataka, novi IT alati i digitalno tržište, razvilo je potrebu za povećanjem zaštite privatnosti novih digitalnih proizvoda i usluga. Rješenje je navedeno u novoj reformi EU okvira zaštite osobnih podataka koja unosi velike promjene u načine upravljanja osobnim podacima i izravno se primjenjuje na sve organizacije koje raspolažu osobnim podacima građana Europske unije. Također, GDPR sa sobom donosi bitne promjene u pravilima koja definiraju osobne podatke te uvodi nove pojmove kao i usklađenost, planiranje, implementaciju, održavanje usklađenosti te procjenu učinka. U nekim slučajevima organizacije će trebati imenovati i kvalificiranog službenika za zaštitu osobnih podataka (DPO – Data Protection Officer) koji će odgovarati izravno Upravi. Ustanove i tvrtke dužne su usklađivanje završiti do 25. svibnja 2018., kada se GDPR počinje primjenjivati u cijeloj Europskoj uniji. U ovom radu autori će predstaviti odredbe i primjenu nove EU Uredbe o zaštiti podataka i odredbama javnog i privatnog sektora u provedbi GDPR-a, s posebnim naglaskom na procjenu učinka koja će osigurati modernizirani okvir za zaštitu podataka u Europi. Nova će pravila uspostaviti europski zakon o zaštiti podataka, uvodeći novu definiciju osobnih podataka i zamjenjujući trenutne nedosljedne nacionalne zakone u svrhu u povećanja razine zaštite podataka kao i povećanja pravne sigurnosti u rastućoj digitalnoj ekonomiji.

**Ključne riječi:** *GDPR, osobni podaci, kazne, pseudonimizacija, pravo na zaborav, obrada podataka, službenik za zaštitu podataka, usklađenost, učinak, zaštita podataka*

## 1. UVOD

Tehnološkim razvojem i novim načinima obrade osobnih podataka, postalo je nužno donošenje novog instrumenta koji će osigurati zaštitu prava i temeljnih sloboda pojedinaca u vezi s obradom njihovih osobnih podataka. U svim modelima kroz povijest razvoja informacijske znanosti nedvojbeno je činjenica da je informacija ključni fenomen, entitet, što se razmjenjuje u komunikacijskom procesu čija priroda nikada do kraja nije pojašnjena: bilo zato što su definicije parcijalne i usmjerene samo na određene vidove ili fragmente komunikacijskih procesa ili što nikada nije postignut konsenzus o ponuđenim definicijama.<sup>1</sup> U suvremenom, informacijskom društvu informacije postaju temeljem procesa javnog informiranja, sastavnog dijela demokratskih i političkih procesa. Informacije postaju i važan element slobode i prava na širenje informacija koji u velikoj mjeri ovisi upravo o legitimnosti i mogućnosti upravljanja zbirkama podataka. Razvidno je da postupak širenja informacija, njihovog tiskanja, objavljivanja ili emitiranja u medijima podliježe njihovom pogrešnom interpretiranju. Logično, jedno od ustavnopravnih i diferencirajućih sredstava ograničavanja slobode javnog informiranja radi zaštite prava ličnosti jest pravo na ispravak informacije. Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14 – u daljnjem tekstu Ustav RH) jamči pravo na ispravak svakomu kome je javnom viješću povrijeđeno Ustavom i Zakonom utvrđeno pravo (Ustav RH, čl. 38.). Postupak širenja informacija, njihovog tiskanja, objavljivanja ili prikazivanja uređuje pravna regulativa javnog informiranja. U Republici Hrvatskoj informiranje se ostvaruje putem medija koji su podložni nacionalnom zakonodavstvu odnosno Zakonu o medijima (“Narodne novine“, br. 59/04, 84/11, 81/13., dalje – ZM).

Ono što nije bilo sporno u postavkama informacijske znanosti jest činjenica da se pojava i razvoj informacijske znanosti povezuje sa: razmjenom znanja, komunikacijskim medijima te metodama i tehnikama obrade podataka. Ono što je

\* Dr. sc. Jozo Čizmić, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu; jozo.cizmic@pravst.hr.

\*\* Dr. sc. Marija Boban, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu; marija.boban@gmail.com.

1 Sa stajališta informacijske znanosti već od pedesetih godina teoretičari su upozoravali da se obavijest može protumačiti na tehničkoj, semantičkoj i biheviorističkoj razini, odnosno da je fundamentalni problem komunikacije da se na jednoj točki točno ili približno reproducira poruku odabranu u drugoj točki. Same poruke često imaju značenje - što znači da one upućuju na ili su povezane s nekim sistemom s određenim fizičkim ili konceptualnim svojstvima pa su ti semantički vidovi komunikacije irelevantni su za tehnički problem. Međutim, većina je znanstvenika zanemarila činjenicu da se matematička teorija informacija ne bavi semantičkim ni socijalnim aspektima obavijesti, već se oduševila mogućnošću uporabe teorijskih modela za analizu informacijskih i/ili komunikacijskih procesa. Tako i šire TUĐMAN, M., “Teorija informacijske znanosti”, Informator, Zagreb, 1990., str. 15.



bilo sporno u tim teorijama jest njihova parcijalnost i nekonzistentnost – unatoč (fragmentarnoj) istinitosti njihovih teza. Dakle, izostalo je tumačenje povijesnog razvoja informacijskih funkcija i informacijskog fenomena jer nisu istražene relacije između znanja, komunikacijskih medija i informacijskih procedura.<sup>2</sup> Nadalje, iako su i ranije postojale direktive<sup>3</sup> i zakonodavni i regulativni okvir zaštite osobnih podataka nova Uredba o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka 2016/679 (Opća uredba o zaštiti podataka – dalje GDPR) bitan je napredak u području zaštite osobnih podataka, budući da se njom osigurava ujednačeno i jednoobrazno postupanje nadzornih tijela za zaštitu osobnih podataka, što će imati za posljedicu jednostavniju i jednaku zaštitu prava svih pojedinaca u Europskoj uniji. Također, uvode se nove i pojednostavljuju se neke već postojeće definicije, određuju se biometrijski i genetski podaci, preciznije opisuju postojeći pojmovi, jačaju prava ispitanika te se smanjuju i pojednostavljuju pojedine administrativne obveze voditelja zbirke osobnih podataka, jačaju nadzorne ovlasti te mogućnost izricanja kazni od (strane) tijela za zaštitu osobnih podataka.

## **2. ZAŠTITA OSOBNIH PODATAKA I NOVA OPĆA UREDBA O ZAŠTITI PODATAKA (GDPR)**

Digitalizacija je okosnica razvoja informacijske superprometnice te otvara kompleksnost zaštite privatnosti i informacijske sigurnosti. Liberalizacija se ponajprije odnosi na otvorenost neograničenog komunikacijskog prostora s pratećim procesom kulturne globalizacije. Globalizacija pak, uz podršku informacijskih i komunikacijskih tehnologija i otvorena globalnog prostora, svjetske trendove premješta u lokalne okvire. Preduvjet za ovakav razvoj Interneta bila je otvorena, decentralizirana, interaktivna mrežna arhitektura, zatim mrežni protokoli koji također moraju biti otvoreni i koji se mogu jednostavno modificirati, te institucije/strukture upravljanja i razvoja Interneta koji moraju biti u skladu s principima otvorenosti i suradnje kako ga ne bi kočile.<sup>4</sup> Otvorenost arhitekture Interneta i njegov kontinuirani razvoj u kojemu su korisnici bili istovremeno i kreatori i pridonosili njegovu daljnjem razvoju, bile su njegove glavne snage razvoja.<sup>5</sup> Nezaustavljivi trend informacijskog društva unaprjeđuje kvalitetu komunikacija, oplemenjuje razvoj tehnologija, ali ima važan zadatak – uspostavljanje modela zaštite podataka, osobito zaštite osobnih podataka, najvrjednijeg dijela osobnosti i koncepta individualnosti i nasuprot globalnoj univerzalnosti jedan je od ključnih ciljeva reforme regulative zaštite podataka koja je

2 Tako i šire Boban, M., *Right to privacy and freedom of information in the modern information society*, Proceedings of the Faculty of Law, Split., ol 49, br. 3., 2012., str. 576-577.

3 U ovom slučaju misli se poglavito na Direktivu 95/46/EZ Europskog parlamenta i vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka (OJ L 281, 23.11.1995, special edition in Croatian: Chapter 13 Volume 007 P. 88 – 107) koja se donošenjem Uredbe 2016/679 stavlja izvan snage.

4 Usp. CASTELLS, M., *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society*, Oxford University Press, 2001. str. 28-29.

5 O tome vidi šire u CERF, V. G., KAHN, R. E., *A protocol for packet network interconnection*, IEEE Trans. Comm. Tech., vol. COM-22, V 5, May 1974., str. 627-641.

stupila na snagu 27. travnja 2016.<sup>6</sup> Nakon više od sedam godina od početne inicijative i četiri godine pregovora, novi europski okvir za zaštitu osobnih podataka konačno je usvojen u travnju 2016. godine. Opća EU uredba o zaštiti podataka 2016/679 (engl. *General Data Protection Regulation* – dalje GDPR), unosi velike promjene u načine upravljanja osobnim podacima i izravno se primjenjuje na sve organizacije koje raspolažu osobnim podacima građana Europske unije. Nadalje, kao članica Europske unije, Hrvatska je obvezna uskladiti svoje zakonodavstvo s novodonesenom regulativom EU za područje zaštite podataka, kao i sve ostale države članice EU, do 2018.<sup>7</sup> Važnost ove reforme proizlazi upravo iz njenog temeljnog cilja donošenja, a to je determinirati granice i maksimalno zaštititi protok podataka s naglaskom na obradu osobnih podataka i zaštitu privatnosti građana na području Europske unije u suvremenom informacijskom društvu čime se cjelokupna pravna i sigurnosna zaštita dižu na višu razinu sigurnosti i zaštite u suvremenom informacijskom društvu.<sup>8</sup>

Uz navedenu Opću uredbu, sastavni dio usvojena zakonodavnog paketa je i *Direktiva o zaštiti pojedinaca pri obradi osobnih podataka od strane nadležnih tijela u svrhe sprečavanja, istrage, otkrivanja ili progona kaznenih djela ili izvršavanja kaznenih sankcija i o slobodnom kretanju takvih podataka 2016/680*. Tom će se Direktivom ujednačiti zaštita osobnih podataka koje obrađuju pravosudna i policijska tijela u državama članicama Europske unije.<sup>9</sup> Ona jasno definira mogućnosti obrade osobnih podataka ispitanika, uključujući njihovo iznošenje u treće zemlje, pri čemu se osiguravaju visoki standardi zaštite pojedinaca razmjerno s potrebama provedbe odgovarajućih policijskih i pravosudnih postupaka. Ovom Direktivom jasno se određuje nadzor neovisnog tijela za zaštitu osobnih podataka nad njihovom obradom.<sup>10</sup>

Važno je istaknuti kako GDPR zamjenjuje Direktivu 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka te stupa na snagu danom donošenja i izravno se

6 Prije same Uredbe donesene su i smjernice o e-privatnosti kojima su stvoreni preduvjeti za zaštitu osobnosti u području elektroničkih komunikacija. Vidi detaljnije u BOBAN, M., *ePrivacy and new European Data Protection Regime*, International Scientific Conference ESD 2016, Managerial Issues in Modern Business" Warsaw, Poland, 2016. str. 152-159.

7 Službeno priopćenje Europskog parlamenta na temu usklađivanja zakonodavnog paketa, dostupno na: <http://www.europarl.europa.eu/news/hr/news-room/20160407IPR21776/Reforma-za%C5%A1tite-podataka-EP-odobrio-nova-pravila> (01. 12. 2017.).

8 Detaljnije o Uredbi i sadržaju Uredbe te važnosti za zaštitu osobnih podataka vidi u: Boban, M., *Digital single market and EU data protection reform with regard to the processing of personal data as the challenge of the modern world*, 16th International Scientific Conference on Economic and Social Development "The Legal Challenges of Modern World": Book of Proceedings/ Primorac, Ž.; Bussoli, C.; Recke, N. (ur.). Varaždin; Split; Koprivnica: Development and Entrepreneurship Agency; Faculty of Law; University North, Koprivnica, 2016, str. 191– 202.

9 Za primjere paktične primjene GDPR-a vidi šire u VOIGT, P., BUSSCHE VON DEM, A., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide*, Springer, 2017. Vidi i RUSTICI, C., *Applying the GDPR: The Functional Specifications of Eu-Grade Privacy*, O'Reilly Media, 2017.

10 Poveznica na Opću uredbu o zaštiti osobnih podataka dostupna je na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1462363761441&from=HR> (01. 12. 2017.).

primjenjuje u svim državama članicama EU-a.

Direktiva 95/46/EZ	GDPR
<ul style="list-style-type: none"><li>• Identitet kontrolora</li><li>• Svrhe obrade</li><li>• Obaveza odgovoriti na subjekta podataka</li><li>• Pravo pristupa, ispravaka i prigovora</li><li>• Primateљи</li><li>• Prijenos podataka</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Identitet kontrolora i DPO-a</li><li>• Svrha</li><li>• Razdoblje čuvanja podataka</li><li>• Pravo pristupa, ispravaka, ograničenja i prigovora</li><li>• Pravo na podnošenje žalbe</li><li>• Primateљи</li><li>• Prijenosi</li><li>• Pravo povlačenja suglasnosti u bilo kojem trenutku</li><li>• Legitiman interes kontrolora ili treće osobe (ako je relevantno)</li><li>• Informacije o profiliranju</li><li>• Sve ostale informacije koje jamče zakonitost prerade</li></ul>

Tablica 1. Usporedba razlika između Direktive 95/46/EZ i nove Opće uredbe o zaštiti podataka (GDPR)<sup>11</sup>

Za nadzor će vjerojatno biti zadužena Agencija za zaštitu osobnih podataka (AZOP)<sup>12</sup> s mogućnošću izmjene naziva budući da je mogućnost prilagodbe određenih dijelova ipak ostavljena u nacionalnom zakonodavstvu zaključno s 25. svibnja 2018. kada se GDPR počinje primjenjivati.

11 Prilagodeno prema tekstu “Unpacking the European Commission General Data Protection Regulation - Getting into the Nitty Gritty of How to Comply”, Baker McKenzie. Dostupno na <https://m.acc.com/chapters/wash/.../BM-Unpacking-the-GDPR-FINAL-June-2017.ppt> (10. 01. 2017.).

12 Agencija za zaštitu osobnih podataka je pravna osoba s javnim ovlastima, koja samostalno i neovisno obavlja poslove u okviru djelokruga i nadležnosti utvrđenih Zakonom o zaštiti osobnih podataka (“Narodne novine”, broj 103/03, 118/06, 41/08, 130/11; 106/12 - pročišćeni tekst). Agencija je uspostavljena i djeluje samostalno i neovisno o izvršnoj i zakonodavnoj vlasti, ne primajući upute i naloge od bilo kojeg državnog tijela, kako je propisano Direktivom 95/46 Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka. Njezini glavni zadaci su učinkovito djelovanje na ispunjavanje svih prava i obaveza iz područja zaštite osobnih podataka, koje se Republici Hrvatskoj nameću kao punopravnoj članici Europske unije i Vijeća Europe, povećanje odgovornosti svih sudionika u procesu obrade osobnih podataka vezano za primjenu propisa koji su obuhvaćeni zakonskim okvirom zaštite osobnih podataka u Republici Hrvatskoj uz odgovarajuću primjenu mjera informacijske sigurnosti. Vidi više o Agenciji na: <http://azop.hr/djelatnost-agencije> (12. 01. 2018.) Također, kako GDPR stavlja van snage Direktivu, i uvodi Nadzorno tijelo, nužno je do svibnja 2018. donijeti i izmjene ZZOP-a i u pogledu definicije uloge same Agencije za zaštitu osobnih podataka te je uskladiti s Uredbom. U trenutku pisanja rada Zakon o primjeni GDPR-a je u postupku e-savjetovanja.

## 2.1. Nova definicija osobnog podatka prema GDPR-u

Nova EU Uredba donosi bitne promjene u pravilima koja definiraju osobne podatke i samu obradu podataka u cjelini. Podsjetimo, prvi Zakon o zaštiti osobnih podataka (NN, 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12 – dalje ZZOP) u Hrvatskoj je donesen još 2003. godine (zadnje izmjene i dopune 2012.), a ova je Uredba prvi odmak u zakonskoj definiciji na razini Europske unije još 1995. godine. Iscrpna pravna definicija osobnog podatka dana je u ZZOP-u prema kojem: *“osobni podatak predstavlja svaka informacija koja se odnosi na identificiranu fizičku osobu ili fizičku osobu koja se može identificirati odnosno osoba čiji se identitet može utvrditi izravno ili neizravno, posebno na osnovi jednog ili više obilježja specifičnih za njezin fizički, psihološki, mentalni, gospodarski, kulturni ili socijalni identitet”* (ZZOP, čl. 2. st. 1.). Nova Uredba dodaje izrijeком dopunu pravne definicije prema kojem je osobni podatak svaki podatak kojim se *“osoba može identificirati izravno ili neizravno, osobito uz pomoć identifikatora kao što su ime, identifikacijski broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili uz pomoć jednog ili više čimbenika svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet tog pojedinca;”* (GDPR, čl. 4. st. 1.). Odnosno definicija izravno uvodi pojam *mrežni identifikator te se nadalje u tekstu Uredbe po prvi put definiraju (i zakonski uređuju!) genetski podac” i biometrijski podaci kao osobni podaci*. Naime, *genetski podaci* predstavljaju osobne podatke *“koji se odnose na naslijeđena ili stečena genetska obilježja pojedinca koja daju jedinstvenu informaciju o fiziologiji ili zdravlju tog pojedinca, i koji su dobiveni osobito analizom biološkog uzorka dotičnog pojedinca; (GDPR, čl. 4. st. 13.)* dok se pod pojmom. *biometrijski podaci* podrazumijevaju se *“osobni podaci dobiveni posebnom tehničkom obradom u vezi s fizičkim obilježjima, fiziološkim obilježjima ili obilježjima ponašanja pojedinca koja omogućuju ili potvrđuju jedinstvenu identifikaciju tog pojedinca, kao što su fotografije lica ili daktiloskopski podaci”*. (GDPR, čl. 4. st. 14.).

Kao i ranije, ključan dio za obradu osobnih podataka jest “privola” osobe na korištenje njenih osobnih podataka koja se smatra jasnim činom odobrenja. Naime, *“privola”* *ispitanika znači svako dobrovoljno, posebno, informirano i nedvosmisleno izražavanje želja ispitanika kojim on izjavom ili jasnom potvrdnom radnjom daje pristanak za obradu osobnih podataka koji se na njega odnose.* (GDPR, čl. 4. st. 11.). Novina je činjenica da su u slučaju proboja sigurnosti podataka tvrtke dužne obavijestiti nadležne službe, ali i pojedinca čiji su osobni podaci povrijeđeni što ranije nije bio slučaj.

## 2.2. Teritorijalno područje primjene GDPR-a

Ključna izmjena u odnosu na raniju Direktivu i nacionalne zakone jest činjenica da se Uredba primjenjuje na obradu osobnih podataka koju obavlja voditelj obrade koji nema poslovni nastan u Uniji, već u mjestu gdje se pravo države članice primjenjuje na temelju međunarodnog javnog prava. (GDPR, čl. 3. st. 3.) Nadalje, Uredba se odnosi na obradu osobnih podataka u okviru aktivnosti poslovnog nastana voditelja

obrade ili izvršitelja obrade u Uniji, neovisno o tome obavlja li se obrada u Uniji ili ne. (GDPR, čl. 3. st. 1.) Odnosno, ova se Uredba primjenjuje na obradu osobnih podataka ispitanika u Uniji koju obavlja voditelj obrade ili izvršitelj obrade bez poslovnog nastana u Uniji, *ako su aktivnosti obrade povezane s: (a) nuđenjem robe ili usluga takvim ispitanicima u Uniji, neovisno o tome treba li ispitanik izvršiti plaćanje; ili (b) praćenjem njihova ponašanja dokle god se njihovo ponašanje odvija unutar Unije.* (GDPR, čl. 3. st. 2.) Veliki broj organizacija koje posluju na području Europske unije a bez poslovnog nastana u Europskoj uniji, započeo je proces usklađivanja s obzirom na visoke kazne koje Uredba propisuje.<sup>13</sup>

### **2.3. Uvjeti privole obrade podataka**

Pretpostavka ispunjenja uvjeta obrade osobnih podataka jest činjenica da se obrada temelji na privoli odnosno voditelj obrade mora moći dokazati da je ispitanik dao privolu za obradu svojih osobnih podataka. (GDPR, čl. 7. st. 1.) U članku 7. st. 1. GDPR-a jasno je definirano kako "zahtjev za privolu mora biti predložen na način da ga se može jasno razlučiti od drugih pitanja, u razumljivom i lako dostupnom obliku uz uporabu jasnog i jednostavnog jezika čime se dokazuje da je osoba dala privolu u vidu pisane izjave koja se odnosi i na druga pitanja. Novost prema Uredbi jest da svaki dio takve izjave koji predstavlja kršenje ove Uredbe nije obvezujući. (GDPR čl. 7. st. 2.) Naime, osoba ima pravo u svakom trenutku povući svoju privolu te njeno povlačenje ne utječe na zakonitost obrade na temelju privole prije njezina povlačenja. Prije davanja privole, ispitanika se o tomu obavještava kao i o samom postupku povlačenja privole koji mora biti jednako jednostavan kao i njezino davanje. (GDPR, čl. 7. st. 3.) Uredba predviđa i postupak procjene dobrovoljnosti davanja privole kod kojeg se u najvećoj mogućoj mjeri uzima se u obzir je li, među ostalim, izvršenje ugovora, uključujući pružanje usluge, uvjetovano privolom za obradu osobnih podataka koja nije nužna za izvršenje tog ugovora. (GDPR, čl. 7. st. 4.)

### **2.4. Uvjeti koji se primjenjuju na privolu djeteta u odnosu na usluge informacijskog društva**

Posebna su kategorija upravo osobni podaci djece gdje je ponajprije postavljena dozna granica 16 godina ali i mogućnost predviđanja niže dobne granice za davanje privole za obradu osobnih podataka djece i do 13 godina.<sup>14</sup> Države članice mogu u te svrhe zakonom predvidjeti nižu dobnu granicu, pod uvjetom da takva niža dozna

13 O usklađivanju europskog i američkog zakonodavstva u području zaštite podataka vidi u CALDER, A, *EU GDPR & EU-US Privacy Shield: A Pocket Guide*, IT Governance Ltd, 2017., str. 76-80.

14 Sukladno čl. 8. GDPR-a pod nazivom Uvjeti koji se primjenjuju na privolu djeteta u odnosu na usluge informacijskog društva u st. 1. "Kada se primjenjuje članak 6. stavak 1. točka (a), u pogledu nuđenja usluga informacijskog društva izravno djetetu, obrada osobnih podataka djeteta zakonita je ako dijete ima najmanje 16 godina. Ako je dijete ispod dobne granice od 16 godina takva je obrada zakonita samo ako i u mjeri u kojoj je privolu dao ili odobrio nositelj roditeljske odgovornosti nad djetetom." (čl. 8 st. 1. GDPR).

granica nije niža od 13 godina. (GDPR, čl. 8. st. 1.) Postoje dodatni uvjeti koje treba zadovoljiti kada se zahtjev za brisanje odnosi na osobne podatke djece, osobito u mrežnom okruženju. Osobito je važan element “privole” – kada je osoba kao dijete dala privolu za obradu podataka, no nakon nekoliko godina je zatražila brisanje. Osoba ima opravdani razlog za brisanje podataka, jer kao dijete, tijekom davanja privole, nije mogla biti u potpunosti biti svjesna rizika koji su uključeni u proces obrade.<sup>15</sup> Ovo se osobito odnosi na društvene mreže i internetske forume.<sup>16</sup>

## 2.5. Pravo na brisanje (“pravo na zaborav”)

Najvažniji iskorak jest *pravo na brisanje*, poznato i kao *pravo na zaborav* (engl. *Right to be forgotten*), sukladno čl. 17. GDPR-a. Načelo ovog prava je omogućiti pojedincima da zatraže brisanje ili uklanjanje osobnih podataka ako nema uvjerljivog razloga za njihovu obradu. Sukladno čl. 17. st. 1. GDPR-a osoba ima pravo ishoditi od voditelja obrade: *brisanje osobnih podataka koji se na njega odnose bez nepotrebnog odgađanja te voditelj obrade ima obvezu obrisati osobne podatke bez nepotrebnog odgađanja ako je ispunjen jedan od sljedećih uvjeta: (a) osobni podaci više nisu nužni u odnosu na svrhe za koje su prikupljeni ili na drugi način obrađeni; (b) ispitanik povuče privolu na kojoj se obrada temelji u skladu s člankom 6. stavkom 1. točkom (a) ili člankom 9. stavkom 2. točkom (a) i ako ne postoji druga pravna osnova za obradu; (c) ispitanik uloži prigovor na obradu u skladu s člankom 21. stavkom 1. te ne postoje jači legitimni razlozi za obradu, ili ispitanik uloži prigovor na obradu u skladu s člankom 21. stavkom 2.; (d) osobni podaci nezakonito su obrađeni; (e) osobni podaci moraju se brisati radi poštovanja pravne obveze iz prava Unije ili prava države članice kojem podliježe voditelj obrade; (f) osobni podaci prikupljeni su u vezi s ponudom usluga informacijskog društva iz članka 8. stavka 1.* (GDPR, čl. 17. st. 1.). Primjenjuje se ako osobni podaci više nisu potrebni u svrhu za koju su se prikupljali/koristili, kada ispitanik povuče suglasnost, kada se ispitanik protivi obradi i ne postoji legitiman razlog za nastavak obrade, ako su podaci protupravno obrađeni, ukoliko se osobni podaci moraju izbrisati kako bi se udovoljilo zakonskoj obvezi te ako se radi o osobnim podacima koji se odnose na djecu u svezi s ponudom usluga informacijskog društva. U slučaju ako je voditelj obrade javno objavio osobne podatke i dužan je u skladu sa stavkom 1. obrisati te osobne podatke, uzimajući u obzir dostupnu tehnologiju i trošak provedbe, voditelj obrade poduzima razumne mjere, uključujući tehničke mjere, kako bi informirao voditelje obrade koji obrađuju osobne podatke da je ispitanik zatražio od tih voditelja obrade da izbrišu sve poveznice do njih ili kopiju ili rekonstrukciju tih osobnih podataka. (GDPR, čl. 17. st. 2.). Također, u članku 16. Uredba predviđa i *pravo na ispravak* tako da osoba može zatražiti ispravak<sup>17</sup> i/ili

15 U tom slučaju, sukladn Uredbi, “Voditelj obrade mora uložiti razumne napore u provjeru je li privolu u takvim slučajevima dao ili odobrio nositelj roditeljske odgovornosti nad djetetom, uzimajući u obzir dostupnu tehnologiju.” (čl. 8. st. 3. GDPR).

16 Šire o tome vidi u RAGHENO, N. (dir.), *Collectif, Data Protection & Privacy: Le GDPR dans la pratique - De GDPR in de praktijk*, Anthemis, 2017.

17 Sukladno čl. 16. GDPR-a Pravo na ispravak: *Ispitanik ima pravo bez nepotrebnog odgađanja ishoditi od voditelja obrade ispravak netočnih osobnih podataka koji se na njega odnose.*

brisanje osobnih podataka ako su podaci nepotpuni, netočni ili neažurni.

Nadalje, zakonodavac je postavio i uvjete prema kojima zahtjev za brisanjem može biti odbijen i to u slučajevima kada se podaci obrađuju da bi se ostvarilo pravo na slobodu izražavanja i informiranja, da bi se udovoljilo zakonskoj obvezi obavljanja zadaća od javnog interesa ili službenih ovlasti, u svrhe javnog zdravstva a u interesu javnosti, za arhiviranje u svrhu javnog interesa, znanstvenog/povijesnog istraživanja ili u statističke svrhe te u svrhu postavljanja, ostvarivanja ili obrane pravnih zahtjeva. (GDPR, čl. 3 st. 17.).

Predviđena je i *obveza izvješćivanja u vezi s ispravkom ili brisanjem osobnih podataka ili ograničenjem obrade* koja voditelju obrade nalaže priopćivanje svakog ispravka ili brisanja osobnih podataka ili ograničenje obrade provedeno u skladu s člankom 16., 17. stavkom 1. i člankom 18. svakom primatelju kojem su otkriveni osobni podaci, osim ako se to pokaže nemogućim ili zahtijeva nerazmjern napor. Nadalje, voditelj obrade obavješćuje osobe o tim primateljima ako to osoba zatraži. (GDPR, čl. 19.) To u praksi znači kako GDPR pojačava *pravo na brisanje* pojašnjavanjem - *organizacije u mrežnom okruženju koje javno objavljuju osobne podatke trebaju obavijestiti druge organizacije koje obrađuju osobne podatke za brisanje veza, kopiranja ili replikacije osobnih podataka o kojima je riječ.*

## 2.6. Pseudonimizacija

Osim brisanja tu je i pitanje obveze *pseudonimizacije* podataka što znači obrada osobnih podataka na način da se osobni podaci više ne mogu pripisati određenom ispitaniku bez uporabe dodatnih informacija, pod uvjetom da se takve dodatne informacije drže odvojeno te da podliježu tehničkim i organizacijskim mjerama kako bi se osiguralo da se osobni podaci ne mogu pripisati pojedincu čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi. (GDPR, čl. 4. st. 5.) Načela zaštite podataka trebala bi se primjenjivati na sve informacije koje se odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi. Osobne podatke koji su pseudonimizirani, a koji bi se mogli pripisati nekom pojedincu uporabom dodatnih informacija trebalo bi smatrati informacijama o pojedincu čiji se identitet može utvrditi. Kako bi se odredilo može li se identitet pojedinca utvrditi, trebalo bi uzeti u obzir sva sredstva, primjerice selekcije, koju voditelj obrade ili bilo koja druga osoba mogu po svemu sudeći upotrijebiti u svrhu izravnog ili neizravnog utvrđivanja identiteta pojedinca. Kako bi se utvrdilo je li izgledno da se upotrebljavaju sredstva za utvrđivanje identiteta pojedinca, trebalo bi uzeti u obzir sve objektivne čimbenike, kao što su troškovi i vrijeme potrebno za utvrđivanje identiteta, i tehnologiju dostupnu u vrijeme obrade i tehnološki razvoj. (Preambula, točka 25).<sup>18</sup>

Ovaj postupak do sada nije bio zakonski zahtjev i predstavlja iznimni trošak za velike organizacije a naročito može biti izazov, ako obrađujete osobne podatke online, na primjer na društvenim mrežama, forumima ili web stranicama. Organizacije u

---

*Uzimajući u obzir svrhe obrade, ispitanik ima pravo dopuniti nepotpune osobne podatke, među ostalim i davanjem dodatne izjave.* (čl. 16. GDPR).

18 Sukladno tekstu preambule Uredbe. Vidi GDPR, t. 25., str. 5.

javnom i privatnom sektoru moraju prema Uredbi udovoljiti tim zahtjevima inače ih očekuju velike kazne.

## 2.7. Službenik za zaštitu podataka

Kako bi se osigurala usklađenost organizacije potrebni su stručnjaci koji razumiju zahtjeve GDPR-a i koji su dobro obučeni za planiranje, implementaciju i održavanje usklađenosti imaju organizacije prema samoj Uredbi. Na tom tragu, stupanjem GDPR-a na snagu, mnoge tvrtke obvezu imenovanja kvalificiranog službenika za zaštitu podataka (engl. *Data Protection Officer* – DPO) koji će izravno odgovarati Upravi.<sup>19</sup> (GDPR, čl. 37.) Također, službenik za izvršavanje djelujeneovisno u izvršenju svojih obveza i odgovara izravno upravi kako je i izrečeno u čl. 38 GDPR-a.<sup>20</sup> Nadalje, grupa poduzetnika može imenovati jednog službenika za zaštitu podataka pod uvjetom da je službenik za zaštitu podataka lako dostupan iz svakoga poslovnog nastana. (GDPR, čl. 37. st. 2.) Isto tako ako je voditelj obrade ili izvršitelj obrade tijelo javne vlasti ili javno tijelo, za nekoliko takvih vlasti ili tijela može se imenovati jedan službenik za zaštitu podataka, uzimajući u obzir njihovu organizacijsku strukturu i veličinu. (GDPR, čl. 37. st. 3.) Vezano uz kvalifikacije službenika za zaštitu podataka Uredba propisuje kako se službenik za zaštitu podataka imenuje na temelju stručnih kvalifikacija, a osobito stručnog znanja o pravu i praksama u području zaštite podataka te sposobnosti izvršavanja zadaća iz članka 39 GDPR-a. (GDPR, čl. 37. st. 5.) Isto tako, službenik za zaštitu podataka može biti član osoblja voditelja obrade ili izvršitelja obrade ili obavljati zadaće na temelju ugovora o djelu. (GDPR, čl. 37. st. 6.)

Uz osnovno razumijevanje procesa i klasifikacije službenik za zaštitu podataka obavlja najmanje sljedeće zadaće: (a) informiranje i savjetovanje voditelja obrade ili izvršitelja obrade te zaposlenika koji obavljaju obradu o njihovim obvezama iz ove Uredbe te drugim odredbama Unije ili države članice o zaštiti podataka; (b) praćenje poštovanja ove Uredbe te drugih odredaba Unije ili države članice o zaštiti podataka i politika voditelja obrade ili izvršitelja obrade u odnosu na zaštitu osobnih podataka, uključujući raspodjelu odgovornosti, podizanje svijesti i osposobljavanje osoblja koje sudjeluje u postupcima obrade te povezane revizije; (c) pružanje savjeta, kada je to zatraženo, u pogledu procjene učinka na zaštitu podataka i praćenje njezina izvršavanja u skladu s člankom 35.; (d) suradnja s nadzornim tijelom; (e) djelovanje

19 Sukladno čl. 37. st. 1. GDPR-a voditelj obrade i izvršitelj obrade imenuju službenika za zaštitu podataka i to: u svakom slučaju u kojem: (a) obradu provodi tijelo javne vlasti ili javno tijelo, osim za sudove koji djeluju u okviru svoje sudske nadležnosti, (b) osnovne djelatnosti voditelja obrade ili izvršitelja obrade sastoje se od postupaka obrade koji zbog svoje prirode, opsega i/ili svrha iziskuju redovito i sustavno praćenje ispitanika u velikoj mjeri, ili (c) osnovne djelatnosti voditelja obrade ili izvršitelja obrade sastoje se od opsežne obrade posebnih kategorija podataka na temelju članka 9. i osobnih podataka u vezi s kaznenim osudama i kažnjivim djelima iz članka 10. Prema GDPR, čl. 37. st. 1.

20 Prema članku 38. st. 3. GDPR-a: *Voditelj obrade i izvršitelj obrade osiguravaju da službenik za zaštitu podataka ne prima nikakve upute u pogledu izvršenja tih zadaća. Voditelj obrade ili izvršitelj obrade ne smiju ga razriješiti dužnosti ili kazniti zbog izvršavanja njegovih zadaća. Službenik za zaštitu podataka izravno odgovara najvišoj rukovodećoj razini voditelja obrade ili izvršitelja obrade.* (GDPR, čl. 38. st. 3.)



kao kontaktna točka za nadzorno tijelo vezano uz pitanje obrade, što uključuje i prethodno savjetovanje iz članka 36. te savjetovanje, prema potrebi, o svim drugim pitanjima. (GDPR, čl. 39. st. 1.) Službenik za zaštitu podataka pri obavljanju svojih zadaća vodi računa o riziku povezanom s postupcima obrade i uzima u obzir prirodu, opseg, kontekst i svrhu obrade. (GDPR, čl. 39. st. 2.).

## **2.8. Kazne za povrede nacionalnih pravila i upravne sankcije**

Donošenje GDPR-a ključni je pravni okvir kojim je Europska unija odlučila zaštititi privatnost svojih građana. Prekršitelje će stizati zaslužene kazne koje će uistinu bitno popuniti proračune samih članica EU. Ako neke slučajno i odaberu mekšu politiku, Europska komisija zasigurno neće! Stoga je izbor za tvrtke i institucija koje žele nastaviti poslovati u skladu sa zakonom vrlo jednostavan. Ili će svoje poslovanje uskladiti sa zahtjevima GDPR-a, ili će platiti visoku kaznu i nakon naučene lekcije pokrenuti usklađivanje sa zahtjevima GDPR-a koji se od 25. svibnja 2018. počinje primjenjivati na području Europske unije. Države članice trebale bi imati mogućnost propisati pravila o kaznenim sankcijama za kršenja ove Uredbe, uključujući i kršenja nacionalnih pravila donesenih na temelju ove Uredbe i unutar njezinih granica. Te kaznene sankcije mogu obuhvaćati i oduzimanje dobiti stečene kršenjem ove Uredbe. Međutim, izricanje kazni za povrede takvih nacionalnih pravila i upravnih sankcija ne bi smjelo dovesti do kršenja načela *ne bis in idem*, kako ga tumači Europski sud za ljudska prava (Preambula, točka 149.).

Počevši s postroženim pravilima obrade, najvažniji je naglasak na kaznenim odredbama. Nepoštivanje odredbi Uredbe povlači kazne i to drakonske - do 4% ukupna godišnjeg prometa na svjetskoj razini ili do 20 milijuna eura, koja god vrijednost bude viša. Za razliku od ranije, odnosit će se na sve tvrtke koje posluju na području Europske unije (a ne samo one koje su registrirane u EU!). Europska komisija je također nedavno jasno dala do znanja da za ozbiljno kršenje Uredbe neće biti milosti. Kaznu od 110 milijuna eura, koju je poznata društvena mreža *Facebook* dobila početkom ove godine, propisala je izravno Europska komisija. Iako na temelju potpuno druge regulative, ova kazna je propisana upravo zbog kršenja privatnosti građana i pružanja lažnih informacija o spajanju s *WhatsAppom*. Tom je prilikom predstavništvo *Facebook-a* izjavilo kako se osobni podaci korisničkih računa ne mogu spojiti, a dvije godine kasnije učinio je upravo to. Spojio je račune *WhatsApp-a* s računima *Facebooka*. Europska komisija reagirala je gotovo promptno i propisala kaznu od 110 milijuna eura; 0,5% ukupnih prihoda *Facebook-a* na globalnoj razini i 50% maksimalne moguće koju propisuje regulativa o spajanju kompanija. Dakle, ako neka država članica EU-a neće sama kazniti prekršitelja, a činjenica je da Hrvatska još nije ustanovila tijelo koje bi bilo odgovorno za provjeru kršenja i naplatu kazni, očito je da će to izravno učiniti EU. Samo nekoliko dana kasnije nakon prve presude, Italija je za isti prekršaj kaznila *WhatsApp* i time popunila državni proračun za tri milijuna eura.<sup>21</sup>

21 Vidi šire European Commission - Press release, Brussels, 18 May 2017, Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover,

### **3. PROCJENA UČINKA NA ZAŠTITU PODATAKA**

Novina u Općoj urebi o zaštiti podataka je i procjena učinka na zaštitu podataka koja je detaljno propisana u čl. 35 Uredbe. Naime, navodi se ako postoji vjerojatnost da će neka vrsta obrade, osobito putem novih tehnologija i uzimajući u obzir prirodu, opseg, kontekst i svrhe obrade, prouzročiti visok rizik za prava i slobode pojedinaca, voditelj obrade prije obrade provodi procjenu učinka predviđenih postupaka obrade na zaštitu osobnih podataka. (GDPR, čl. 35. st. 1.) Također, u istom stavku navodi se da se jedna procjena može odnositi na niz sličnih postupaka obrade koji predstavljaju slične visoke rizike. Isto tako, pri provođenju procjene učinka na zaštitu podataka voditelj obrade traži savjet od službenika za zaštitu podataka u organizacijama u kojima je on imenovan. (GDPR, čl. 35. st. 2.).

Prema GDPR-u, procjena učinka na zaštitu podataka obvezna je osobito u slučaju: (a) sustavne i opsežne procjene osobnih aspekata u vezi s pojedincima koja se temelji na automatiziranoj obradi, uključujući izradu profila, i kojom se donose odluke koje proizvode pravne učinke koji se odnose na pojedinca ili na sličan način uvelike utječu na pojedinca; (b) opsežne obrade posebnih kategorija osobnih podataka iz članka 9. stavka 1. ili podataka u vezi s kaznenim osudama i kažnjivim djelima iz članka 10.; ili (c) sustavnog praćenja javno dostupnog područja u velikoj mjeri. (GDPR, čl. 35. st. 3.) Nadzorno tijelo, sukladno Uredbi, uspostavlja i javno objavljuje popis vrsta postupaka obrade koje podliježu zahtjevu za procjenu učinka na zaštitu podataka u skladu sa stavkom 1.<sup>22</sup> (GDPR, čl. 35. st. 4.) Nacionalno Nadzorno tijelo priopćuje te popise Europskom odboru za zaštitu podataka sukladno članku 68. GDPR-a. Sama procjena učinka na zaštitu podataka sadrži barem:

(a) sustavan opis predviđenih postupaka obrade i svrha obrade, uključujući, ako je primjenjivo, legitimni interes voditelja obrade;

(b) procjenu nužnosti i proporcionalnosti postupaka obrade povezanih s njihovim svrhama;

(c) procjenu rizika za prava i slobode ispitanikâ iz stavka 1.; i

(d) mjere predviđene za rješavanje problema rizika, što uključuje zaštitne mjere, sigurnosne mjere i mehanizme za osiguravanje zaštite osobnih podataka i dokazivanje sukladnosti s ovom Uredbom, uzimajući u obzir prava i legitimne interese ispitanika i drugih uključenih osoba. (GDPR, čl. 35. st. 7.).

Upravo ovo poglavlje izazvalo je najviše interesa organizacija budući da dosadašnji važeći Zakon o zaštiti osobnih podataka nije uvodio obvezu procjene rizika i sigurnosti zaštite podataka. Na tom tragu ako obrada u skladu s člankom 6. stavkom 1. točkom (c) ili (e) GDPR-a ima pravnu osnovu u pravu Unije ili pravu države članice kojom podliježe voditelj obrade, ako su tim pravom uređuju posebni postupci obrade ili skupina dotičnih postupaka te je procjena učinka na zaštitu podataka već provedena

dostupno na: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1369\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm) (20. 12. 2017.).

22 Prije usvajanja popisa iz stavaka 4. i 5. čl. 35. GDPR-a, nadležno nadzorno tijelo primjenjuje mehanizam dosljednosti iz članka 63. kada takvi popisi obuhvaćaju aktivnosti obrade koje su povezane s ponudom robe ili usluga ispitanicima ili s praćenjem njihova ponašanja u nekoliko država članica ili koje mogu znatno utjecati na slobodno kretanje osobnih podataka unutar Unije. Vidi GDPR, čl. 6.

kao dio opće procjene učinka u kontekstu donošenja pravne osnove, stavci od 1. do 7. članka 35. GDPR-a ne primjenjuju se osim ako države članice smatraju da je potrebno provesti takvu procjenu prije aktivnosti obrade.

### **3.1. Donošenje mjera za rješavanje problema rizika: zaštitne mjere, sigurnosne mjere i mehanizmi za osiguravanje zaštite osobnih podataka**

Već je Direktivom 95/46/EZ predviđena opća obveza izvješćivanja nadzornih tijela o obradi osobnih podataka. Nametanjem te obveze stvarao se administrativni i financijski teret, a ona nije u svim slučajevima dovela do poboljšanja zaštite osobnih podataka. Uredba stoga nastoji ukinuti takve sveobuhvatne obveze općeg obavješćivanja i zamijeniti ih djelotvornim postupcima i mehanizmima koji se umjesto toga usredotočuju na one vrste postupaka obrade koji vjerojatno mogu prouzročiti visok rizik za prava i slobode pojedinaca zbog svoje prirode, opsega, konteksta i svrha. Takve vrste postupaka obrade mogu biti osobito one koje uključuju upotrebu novih tehnologija ili one koje su nove vrste i s obzirom na koje voditelj obrade još nije proveo procjenu učinka na zaštitu podataka ili za koje je procjena učinka na zaštitu podataka postala potrebna s obzirom na vrijeme koje je proteklo od prvotne obrade.<sup>23</sup> Nadalje, u takvim slučajevima, voditelj obrade trebao bi provesti procjenu učinka na zaštitu podataka prije obrade radi procjene osobite vjerojatnosti i ozbiljnosti visokog rizika, uzimajući u obzir prirodu, opseg, kontekst i svrhe obrade te izvore rizika. Ta bi procjena učinka trebala posebno uključivati mjere, zaštitne mjere i mehanizme predviđene za umanjivanje tog rizika, za osiguravanje zaštite osobnih podataka i dokazivanje sukladnosti s ovom Uredbom.<sup>24</sup>

Kao jedan od temeljnih aspekata sigurnosti i zaštite podataka i informacijskih sustava općenito je važno istaknuti kriptografiju kao znanost o prikrivanju informacijskih sadržaja i onemogućavanju njihova razumijevanja, modificiranja i uporabe neovlaštenih (neautoriziranih) subjekata.<sup>25</sup> Ona se temelji na matematičkim tehnikama koje su povezane sa sigurnosti informacija na način da se ponajprije vrši provjera *vjerodostojnosti, tajnosti, provjera podrijetla informacije i identiteta korisnika, te dokazivanje odgovornosti korisnika za određenu radnju* koji su ujedno i najvažniji aspekt pri uspostavljanju sustava zaštite podataka općenito odnosno u ovom slučaju zaštite osobnih podataka.<sup>26</sup> Pojmovno definicija glasi:

*Vjerodostojnost* (engl. *Data integrity*) - brine o tomu da ne dođe do neovlaštene promjene informacije, kao što su ubacivanje informacije, brisanje informacije i zamjena informacije. Da bi se osigurala vjerodostojnost, mora postojati način provjere

23 Vidi GDPR, Preambula, točka 89.

24 Prema GDPR, Preambula, točka 90.

25 Usp. PANIAN, Ž., *Kontrola i revizija informacijskih sustava*, Sinergija, Zagreb, 2001., str. 107

26 O tome šire vidi u GERTZ, M., GULDENTOPS, E., STROUS, L., (ed.), *Integrity, internal control and security in information systems: connecting governance and technology*, IFIP TC11/WG11.5 Fourth Working Conference on Integrity and Internal Control in Information Systems, November 15-16, 2001, Brussels, Belgium, Springer, 2002., str. 3-10.

da li je informacija promijenjena od strane neovlaštene osobe.<sup>27</sup>

*Tajnost* (engl. *Confidentiality*) - osigurava da je sadržaj informacije dostupan samo onima koji su za to ovlašteni. Postoje brojni načini zaštite tajnosti, počev od fizičke zaštite do matematičkih algoritama koji sakrivaju podatke od neovlaštenih osoba.<sup>28</sup>

*Provjera identiteta* (engl. *Autentification*) - koristi se na razini korisnika i na razini informacije.<sup>29</sup> Dakle, autentifikacija je postupak utvrđivanja identiteta korisnika (osobe ili programa), a izvodi se prije nego se korisniku dopusti pristup resursima. Time se onemogućava neovlaštenim korisnicima korištenje sustava (ili dijelova sustava). Postupak autentifikacije se sastoji od dva dijela: identifikacije i potvrde. Identifikacija je proces gdje korisnik daje svoj identitet, dok je potvrda proces potvrđivanja danog identiteta.<sup>30</sup> Stoga ispravnost postupka autentifikacije najviše ovisi o upotrijebljenoj proceduri potvrde. Temeljni tipovi autentifikacije, korišteni u raspodijeljenim sustavima, su:

- prijava korisnika (engl. *user login authentication*) – bavi se potvrdom korisnika od sustava, u vrijeme prijave.
- jednosmjerna autentifikacija (engl. *one-way authentication*) – bavi se potvrdom identiteta jednog korisnika, od drugog korisnika.
- dvosmjerna autentifikacija (engl. *two-way authentication*) – bavi se obostranom autentifikacijom, gdje korisnici koji komuniciraju, potvrđuju jedan drugom svoj identitet.<sup>31</sup>

Nadalje, nužno je pojasniti i tri osnovna autentifikacijska pristupa:

1. *dokaz znanjem* (engl. *proof by knowledge*) – u ovom pristupu, autentifikacija sadržava potvrdu nečega što zna samo autorizirani korisnik. Primjer je autentifikacija lozinkom (password). Ovaj pristup sadrži dva tipa autentifikacije: direktnu metodu (engl. *direct demonstration method*) i metodu izazov-odgovor (engl. *challenge-response method*). U direktnoj metodi korisnik potvrđuje svoj identitet dajući određenu informaciju (lozinku) koju sustav uspoređuje s ranije pohranjenom. Druga metoda funkcionira na način, da korisnik točno odgovara na pitanje (engl. *challenge*)

27 O važnosti vjerodostojnosti podataka vidi GOLDENBERG, B. J., *CRM in Real Time: Empowering Customer Relationships*, Information Today, Inc., 2008., str. 101.

28 Vidi CHUNG, Y., YUNG, M., *Information Security Application*, 11th International Workshop, WISA 2010, Jeju Island, Korea, August 24-26, 2010, Revised Selected Papers, Springer, 2011., str. 7.

29 Dva korisnika koja počinju komunikaciju se trebaju predstaviti jedan drugome. Prije početka rada većine operacijskih sustava, zahtjeva se predstavljanje korisnika, da bi se mogao odrediti dopušteni sigurnosnu razinu rada. Predstavljanje na razini informacije znači da za informaciju koja prolazi komunikacijskim kanalom treba provjeriti odakle dolazi, tko je vlasnik informacije, kojeg datuma je stigla, kojeg je tipa, koliko je stara itd. Šire o tome YORAV, K. (Ed.), *Hardware and software, verification and testing*, Third International Haifa Verification Conference, HVC 2007, Haifa, Israel, October 23-25, 2007 : proceedings, Springer, 2008., str. 148.

30 Tako i šire PINTELON, R., SCHOUKENS, J., *System identification: a frequency domain approach*, John Wiley and Sons, 2001., str. 17-19.

31 Vidi WRYCZA, S., *Systems Analysis and Design for Advanced Modeling Methods: Best Practices*, IGI Global snipped, 2009., str. 130.

koje postavlja sustav.<sup>32</sup>

2. *dokaz posjedovanjem* (engl. *proof by possession*) – svoj identitet korisnik dokazuje predočenjem predmeta koji može posjedovati samo autorizirani korisnik. Primjer takvog predmeta je plastična kartica s magnetskom trakom na kojoj su upisani bitni podaci u električnom obliku.
3. *dokaz osobinom* (engl. *proof by property*) – identitet se dokazuje provjerom nekih fizičkih osobina korisnika koje nije lako krivotvoriti. Mjerena osobina mora biti jedinstvena za svakog korisnika. Neke od ovih osobina su: otisak prsta, glas, potpis, mrežnica oka.<sup>33</sup>

Od ova tri predočena pristupa autentifikaciji, dokaz znanjem i dokaz posjedovanjem, mogu se upotrijebiti za sve tipove autentifikacije u sigurnim raspodijeljenim sustavima, dok je dokaz osobinom općenito ograničen na autentifikaciju ljudi, u sustavima opremljenim posebnim instrumentima.<sup>34</sup> Vrlo važan aspekt u ovom postupku jest i *nemogućnost izbjegavanja odgovornosti* (engl. *Non-repudiation*) Predstavlja temelj gore navedenih postavki i omogućava povezivanje vjerodostojnosti, tajnosti i identifikacije na način da osoba koja je autentificirana ujedno i snosi odgovornost za proces koji je izvršen.<sup>35</sup>

### 3.2. Mjere za rješavanje problema rizika zaštite podataka i upravljanje sigurnosnim rizicima

Sigurnost kod procjene učinka zaštite podataka najveći je izazov za upravu svake organizacije koja suočena s rizicima zaštite podataka pronalazi strategije za rješavanje istih prema načelu minimaliziranja sigurnosnih rizika. Općenito, rizik se definira kao opasnost da neka poduzeta aktivnost dovede do neželjenih posljedica, dok sigurnosni informacijski rizik definiramo kao opasnost da primjena informacijske tehnologije dovede do neželjenih posljedica u poduzeću i/ili njegovoj okolini. Budući da su rizici sastavni dio procesa poslovanja treba nastojati razviti i provesti primjereni skup postupaka odnosno metodologiju upravljanja rizicima.<sup>36</sup> Kao i svaki upravljački

32 Šire u BRANDS, S. A., *Rethinking public key infrastructures and digital certificates: building in privacy*, MIT Press, 2000., str. 192.

33 O upotrebi autentifikacijskih sustava u praksi putem dokaza posjedovanjem odnosno karakteristikama – putem otiska prsta, oblika lica ili zjenice oka odnosno o biometriji u praksi elektroničkog poslovanja vidi u NANAVALI, S., THIEME, M., NANAVALI, R., *Biometrics: identity verification in a networked world*, John Wiley & Sons, 2002., str. 191.

34 O primjerima pouzdanog autentifikacijskog protokola vidi šire u TUNG, B., *Kerberos: a network authentication system*, Addison-Wesley, 1999., str. 93. Vidi i GARMAN, J., *Kerberos: the definitive guide*, O'Reilly Media, Inc., 2003., str. 6-7.

35 Kao primjer može se promatrati proces podizanja elektroničkog novca iz banke. Nakon što je potrošio sav novac, neodgovorni korisnik može tvrditi da on nije obavio tu radnju i poželi povrat novca na svoj račun od banke. Banka u tom slučaju mora imati mehanizam dokazivanja da je upravo taj korisnik odgovoran za tu radnju. Razriješene situacije se najčešće postiže korištenjem nezavisnog posrednika kojem svi vjeruju (engl. *trusted party*). O tome vidi PAVLOV, A., NATHAN VAN DE WOUW, N. VAN DE W., NIJMEIJER, H., *Uniform output regulation of nonlinear systems: a convergent dynamics approach*, Springer, 2006., str. 146.

36 O upravljanju sigurnosnim rizicima vidi BOBAN, M., *Upravljanje sigurnosnim rizicima i*

proces, i proces upravljanja rizicima treba pomno planirati. Takvim bi planom trebale biti obuhvaćene sljedeće aktivnosti:

- identifikacija rizika,
- ispitivanje vjerojatnosti i kvantifikacija rizika,
- utvrđivanje prioriteta rizika,
- identifikacija protumjera,
- utvrđivanje odnosa troškova i koristi od primjene protumjera,
- izbor najdjelotvornijih protumjera,
- implementacija izabranih protumjera,
- definiranje mjera otklanjanja možebitnih šteta, te
- nadzor, revizija i modifikacija plana i postupaka.<sup>37:</sup>

*Sigurnosna informacijska politika* temelj je sigurnosna sustava tvrtke. U praksi se prevodi u skup organizacijskih pravila i postupaka koji u svojoj ukupnosti čine normativni okvir sigurnosne politike koju provodi menadžment danog poduzeća.<sup>38</sup> Najvažnija karakteristika sigurnosne politike poduzeća jest da mora biti formalizirana odnosno sigurnosne mjere koje se provode na razini poduzeća moraju biti formalizirane a sigurnosna politika mora poprimiti karakter službenog dokumenta obvezujućeg za sve djelatnike poduzeća. U razvoju sigurnosne politike na razini menadžmenta poduzeća sudjeluju svi djelatnici poduzeća s naglaskom na tehničko osoblje i srednji menadžment budući da tehničko osoblje najbolje poznaje mogućnosti pojave određenih problema praktične naravi dok srednji menadžment ima ovlasti i snagu da prihvaćenu politiku provede u djelo.<sup>39</sup>

Već pri samom stvaranju sigurnosne politike valja razmišljati o mogućnostima njezine implementacije što podrazumijeva poznavanje razine odgovornosti za svakog djelatnika te odgovornost svakog pojedinca da ukaže na eventualnu nemogućnost provođenja te politike budući da sigurnosna politika koja se ne može provesti može značiti praktično njezino nepostojanje.

- Dakle, uz samo poznavanje stupnja odgovornosti pri provođenju djelatnici su dužni i izvršavati određene procedure definirane sigurnosnom politikom poduzeća. Razlikujemo tri skupine takvih procedura:
- procedure za prevenciju sigurnosnih problema,
- procedure za prepoznavanje nedopuštenih aktivnosti i
- komunikacijske procedure.<sup>40</sup>

*Procedure za prevenciju sigurnosnih problema* u taktičkom smislu ne definiraju

---

*krizno upravljanje u mrežnoj komunikaciji*, Dani kriznog upravljanja 2014., Zagreb, 2014., str. 549-572.

37 Šire u PANIAN, Ž., "Izazovi elektroničkog poslovanja", Narodne novine, Zagreb, Ožujak 2002., str. 55.

38 O ulozi sigurnosne politike u informacijskoj sigurnosti vidi GHONAIMY, M. A. R., EL-HADIDI, M. T., ASLAN, H. K., *Security in the information society: visions and perspectives*, IFIP TC11 17th International Conference on Information Security (SEC2002), May 7-9, 2002, Cairo, Egypt, Springer, 2002., str. 198.

39 O organizacijskoj zaštiti vidi šire u ŠIMOVIĆ, V., ŠIMUNDIĆ, S., BAČA, M., *Policija i informatika*, Ministarstvo unutarnjih poslova, Zagreb, 1998., str. 73.

40 Vidi PANIAN Ž., op. cit., Izazovi..., str. 57. Vidi i BERINATO, S., *Reinvention in progress*, CSO, sv. 5, br. 5, ISSN 1540-904X, CXO Media Inc., svibanj 2006., str. 36-38.

kako će se provoditi određene sigurnosne procedure već što je cilj provođenja tih procedure i tko će preuzeti obvezu njihovog izvršavanja. Način njihovog provođenja određuje se na temelju analizom rizika kojima sustav može biti izložen i eventualnih nedostataka promatranog sustava.

*Procedure za prepoznavanje nedopuštenih aktivnosti* obuhvaća nekoliko jednostavnih procedura koje izvršava administrator sigurnosti ili pak odgovarajući računalni program. Temeljni način otkrivanja pokušaja «nedopuštenih aktivnosti» odnosno najčešće neovlaštena pristupa informacijskim sustavima jest nadzor nad prijavljivanjem sustavu na način da se prijave korisnika bilježe u odgovarajućim datotekama, a programi analiziraju koliko je bilo neuspjelih pokušaja, kada su izvršeni, koliko učestalo, u kojem dijelu poduzeća i sl. Također, najvažnije je da ovaj nadzor mora biti trajan kako bi se moglo pravovremeno reagirati.

*Komunikacijske procedure* definirane su način komunikacije između korisnika i administratora sigurnosti informacija što uvjetuje djelotvornost i učinkovitost sigurnosne politike poduzeća. Način rješavanja manjih problema može biti neformalan, ali prijave ozbiljnijih problema moraju biti dokumentirane u pisanom obliku u tu svrhu prilagođenim odgovarajućim obrascima (prijava kvara, zahtjev za zamjenu lozinke i slično).

U procesu elektroničke komunikacije nakon međusobnog utvrđivanja identiteta, partneri u komunikaciji počinju razmjenjivati razne poruke. Međutim, nije zajamčeno da sve poruke dolaze baš od onoga korisnika koji tvrdi da poruke šalje. Netko se, naime, može krivo predstaviti te time doći do podataka koji mu ne pripadaju. Rješenje se nalazi u autentifikaciji pojedinih poruka korištenjem digitalnog potpisa.<sup>41</sup>

Prilikom planiranja i kreiranja sigurnosne politike poduzeća nužno je istaknuti usklađenost elemenata sigurnosnih procedura sa zakonskim i drugim odredbama i propisima te s ugovornim odredbama s drugim pravnim i fizičkim osobama. Pod navedenim podrazumijeva se poštivanje općih načela zakonitosti, kaznenog i građanskog prava, podzakonskih propisa, ugovornih obveza, unutarnjih pravila u poduzeću te uvriježenih poslovnih običaja i uzanci. Između ostalog, nužnost predstavlja i poštivanje uobičajenih etičkih normi koje nisu formalno propisane a tiču se primjerice privatnosti pojedinca.<sup>42</sup> Dakle, u određenoj mjeri trebalo bi sankcionirati

41 Digitalni potpis je u osnovi jedan veliki broj koji ovisi o poruci koja se potpisuje. Njegova su svojstva kako slijedi: primatelj može potvrditi identitet za koji se izdaje pošiljatelj, pošiljatelj ne može kasnije negirati sadržaj potpisane poruke te primatelj ne može nikako sam mijenjati potpisanu poruku. Prvo svojstvo je, primjerice, potrebno u financijskim sustavima. Kada računalo klijenta naruči od računala banke kupnju tone zlata, računalo banke mora biti sigurno da računalo koje naručuje kupnju zaista pripada kompaniji čiji se račun u transakciji tereti. Drugo se svojstvo koristi za zaštitu banke od prijevare. Ako bi banka kupila tonu zlata, a odmah nakon toga cijena zlata naglo padne, neka bi korisnik mogao tužiti banku da nikada nije naručila tu kupovinu. Kad banka priloži potpisanu poruku, klijent mora povući tužbu. Treće svojstvo služi za zaštitu klijenta u slučaju naglog porasta cijene zlata kad bi banka pokušala reći da je mušterija naručila jednu šipku umjesto tone zlata. O tome vidi MILLER, F.P, VANDOME, A. M., MCBREWSTER, J., *Digital Signature: Electronic Signature, Public- Key Cryptography, Signature, E-Mail, Contract, Cryptographic Protocol, Bit Array*, Global Trust Center, Cryptography, Alphascript Publishing, 2010., str. 55.

42 O usklađenosti etičkih normi i sigurnosne politike vidi u IACOVINI, J., *The human side*

informacijski sadržaj koji se tiče bilo prenošenja prijetećih, lažnih i podrugljivih informacija koji mogu remetiti odnose među zaposlenima, širiti rasnu, nacionalnu ili vjersku netrpeljivost, te ugrožavati privatnost pojedinca. Glavni problem upravo je uspostavljanje mjerila evaluacije i kontrole što se može riješiti postavljanjem etičkog povjerenstva čiji zadatak bi bio utvrđivanje etičkih normi unutar poduzeća, prevencija krštenja prava zaposlenih i eventualno sankcioniranje kršenja postavljenih normi.

### 3.3. Mehanizmi za osiguravanje zaštite osobnih podataka

Sigurnost infrastrukture javnog ključa kao elementa sigurnosne politike prilikom provedbe i općenito nadmašuje zahtjeve tipičnog sigurnosnog sustava za obradu transakcija. Naime, izdavanje samo jednoga pogrešnog certifikata te sama penetracija neovlaštenog korisnika u sustav certifikacijskog autoriteta može rezultirati neograničeno velikim brojem loših transakcija ili izdavanjem mase nevjerodostojnih certifikata.<sup>43</sup>

Osnovni zahtjev sigurnosne politike javnog ključa odnosno certifikacijskog ključa koji podržava poslovanje kritične aplikacije jest činjenica da mora koristiti hardverske kriptografske module za potpisivanje certifikata, jer je softverski zasnovana kriptografija previše podložna probojima i zlouporabama. Ključevi kojima se povezuje veći broj certifikacijskih autoriteta, tzv. korijenski ključevi (engl. *Root-key*).<sup>44</sup>, općenito su dužeg vijeka, pa zahtijevaju posebne mjere opreza, među koje spada pohranjivanje privatnog ključa u sigurnim, *offline* hardverskim jedinicama. Pojedini dijelovi takvih ključeva moraju biti poznati većem broju ovlaštenih osoba, od kojih svaka zna samo svoj dio ključa i koje moraju zajednički potpisivati certifikate u kontroliranom procesu. Također, valja primjenjivati i dodatne elemente sigurnosne politike kako slijedi:

- *fizičko osiguranje materijalnih resursa* (prostorijska, zgrada i opreme u kojima je smješten certifikacijski autoritet)
- *kadrovske sigurnosne mjere* (kontrola aktivnosti svih osoba koje imaju pristup certifikacijskom autoritetu i njihova posebna edukacija) i
- *proceduralne kontrole* (definiranje precizne sigurnosne politike i obvezna dvostruka kontrola nad osjetljivim funkcijama).<sup>45</sup>

S obzirom na to da sigurnost certifikacijskih autoriteta mora biti iznimno visoka sama ulaganja u izgradnju i troškovi funkcioniranja sigurnih resursa su takvi da ih mnoga poduzeća za sebe ne mogu pokrivati. Unajmljivanje odnosno *outsourcing funkcija* certifikacijskog autoriteta ne mora uvijek biti najbolje rješenje jer poduzeća nerijetko žele kontrolu nad infrastrukturom javnog ključa: tko dobiva certifikat,

*of organization change*, Training & Development, 47(1), str. 65–68. Vidi i QUIGLEY, M., *Encyclopedia of information ethics and security*, Idea Group Inc (IGI), 2008., str. 321–322.

43 Vidi šire u BOBAN, M., *Krizno upravljanje i upravljanje sigurnošću informacijskih sustava kao temeljni oblici prevencije računalnog kriminaliteta*, 4th International Scientific and Professional Conference “Police College Research Days in Zagreb”, Zagreb, 2015. str. 27-52.

44 Vidi BUBAK, M., *Computational science-- ICCS 2004: 4th International conference*, Kraków, Poland, June 6-9, 2004: proceedings, LINK (Online service), Springer, 2004., str. 607.

45 Tako i PANIAN, Ž., op. cit., Izazovi elektroničkog poslovanja, str. 422.



koji je sadržaj certifikata te kako i kada se certifikati mogu ili moraju opozvati, ali i u rutinsko, svakodnevno funkcioniranje certifikacijskog autoriteta. Ipak, postoje rješenja koja pomiruju naizgled suprotstavljene potrebe u obliku *distribuirane funkcionalnosti*. Pod distribuiranom funkcionalnošću podrazumijeva se podjela funkcije infrastrukture poduzeća s globalnim certifikacijskim autoritetom. Poduzeća nadziru rad certifikacijskog autoriteta i kontinuirano administriraju i prate njegove aktivnosti. S druge strane, svakodnevne *pozadinske funkcije sigurne obrade podataka*, kao što je primjerice izdavanje certifikata uz uporabu kriptografskog hardvera i sigurno pohranjivanje podataka iz certifikata, delegiraju se globalnom certifikacijskom autoritetu. Nakon uspješne autentifikacije korisnika ili procesa, sustav mora pronaći način kako ograničiti pristup onim resursima za koje nemaju pristup. Taj zadatak sustav rješava korištenjem mehanizama kontrole pristupa. U osnovi su ti mehanizmi jednaki i za distribuirane i centralizirane sustave. Glavna razlika je u tome da su resursi u centraliziranom sustavu lokalno smješteni, pa se kontrolu pristupa tim resursima može obavljati centralno, dok je u raspodijeljenoj klijent-poslužitelj okolini, svaki poslužitelj odgovoran za kontrolu pristupa vlastitim resursima.

Kad se govori o kontroli pristupa u računalnim sustavima obično se koriste sljedeći pojmovi:

- *Objekti* – objekt je entitet kojemu se mora kontrolirati pristup. Može biti apstraktan entitet (proces, datoteka, semafor) ili fizički entitet (procesor, memorijski segment, pisač). Svaki objekt ima jedinstveno ime kojim se razlikuje od svih drugih objekata u sustavu. Svakom se objektu pridjeljuje i tip koji određuje skup operacija koje se mogu obaviti na tome objektu.
- *Subjekti* – subjekt je aktivan entitet čiji se pristup objektima mora kontrolirati. Drugim riječima, to je entitet koji želi pristupiti objektima i na njima izvršiti operacije. Primjeri subjekata su procesi i korisnici. Treba primijetiti da su subjekti istovremeno i objekti jer i oni također moraju biti zaštićeni. Radi toga i oni, kao i objekti, imaju jedinstveno ime.
- *Pravila zaštite* – pravila zaštite definiraju moguće načine međusobnog djelovanja subjekata i objekata. To znači da ta pravila upravljaju pristupom subjekata objektima. Svakom se paru (subjekt, objekt) pridružuje pravo pristupa koji su podskup skupa svih prava pristupa koje subjekt može izvršiti na objektu.<sup>46</sup>

### 3.4. Prethodno savjetovanje

Voditelj obrade savjetuje se s nadzornim tijelom prije obrade ako se procjenom učinka na zaštitu podataka iz članka 35. pokazalo da bi, u slučaju da voditelj obrade ne donese mjere za ublažavanje rizika, obrada dovela do visokog rizika. (GDPR, čl. 36. st. 1.) Ako nadzorno tijelo smatra da bi se namjeravanom obradom kršila Uredba,

<sup>46</sup> Detaljnije o autorizaciji putem weba vidi u: KIZZA, J. M., *A Guide to Computer Network Security*, Springer, 2008., str. 203. Vidi i ČIZMIĆ, D., BOBAN, M., ZLATOVIĆ, D., *Nove tehnologije, intelektualno vlasništvo i informacijska sigurnost*, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, Split, 2016.

osobito ako voditelj obrade nije u dovoljnoj mjeri utvrdio ili umanjio rizik, nadzorno tijelo u roku od najviše osam tjedana od zaprimanja zahtjeva za savjetovanje pisanim putem savjetuje voditelja obrade i, prema potrebi, izvršitelja obrade, te može iskoristiti bilo koju od svojih ovlasti iz članka 58. Taj se rok može prema potrebi produžiti za šest tjedana, uzimajući u obzir složenost namjeravane obrade. Nadzorno tijelo u roku od mjesec dana od zaprimanja zahtjeva obavješćuje voditelja obrade, i, prema potrebi, izvršitelja obrade o svakom takvom produljenju i o razlozima odgode. Ti se rokovi mogu suspendirati sve dok nadzorno tijelo ne dobije informacije koje je moglo zatražiti u svrhe savjetovanja. (GDPR, čl. 36. st. 2.).

#### **4. PRAVNA SREDSTVA**

1. "Povreda osobnih podataka" znači kršenje sigurnosti koje dovodi do slučajnog ili nezakonitog uništenja, gubitka, izmjene, neovlaštenog otkrivanja ili pristupa osobnim podacima koji su preneseni, pohranjeni ili na drugi način obrađivani (GDPR, čl. 4. točka 12.). Ako se povreda osobnih podataka ne rješava na odgovarajući način i pravodobno, može prouzročiti fizičku, materijalnu ili nematerijalnu/neimovinsku štetu pojedincima, kao što su gubitak nadzora nad osobnim podacima ili ograničavanje njihovih prava, diskriminacija, krađa identiteta ili prijevarena, financijski gubici, neovlašteni obrnuti postupak pseudonimizacije, šteta za ugled, gubitak povjerljivosti osobnih podataka zaštićenih poslovnom tajnom ili bilo koju drugu ekonomsku ili društvenu štetu za dotičnog pojedinca.<sup>47</sup>

Jedan od temeljnih ciljeva GDPR-a jest dodatno ojačati prava na zaštitu osobnih podataka, odnosno pružiti pojedincima veću kontrolu nad njihovim osobnim podacima.<sup>48</sup> Među ostalim, GDPR-om se jamči i pravo na učinkoviti pravni lijek i pošteno suđenje (Preambula, toč. 4.). Ključni organizacijski oblik predviđen GDPR-om radi zaštite pojedinaca s obzirom na obradu njihovih osobnih podataka predstavlja osnivanje nadzornih tijela u državama članicama, koja su ovlaštena obavljati svoje zadaće i izvršavati svoje ovlasti potpuno neovisno (Preambula, točka 117.). "Nadzorno tijelo" je neovisno tijelo javne vlasti koje je osnovala država članica u skladu s člankom 51. GDPR-a (GDPR, čl. 4. točka 21.). U skladu s važećim zakonodavstvom Europske unije svaka država članica mora uspostaviti neovisno nadzorno tijelo zaduženo za praćenje provedbe propisa o zaštiti osobnih podataka, a istu takvu obvezu propisuje i GDPR. To bi trebalo uključivati i rješavanje pritužbi koje je podnio ispitanik, provođenje istraga o primjeni GDPR-a i promicanje javne svijesti o rizicima, pravilima, zaštitnim mjerama i pravima u svezi s obradom osobnih podataka (Preambula, točka 122.). Kako bi se osiguralo dosljedno praćenje i provedba GDPR-a u cijeloj Uniji, nadzorna tijela trebala bi u svakoj državi članici imati iste zadaće i stvarne ovlasti, među ostalim i ovlasti za vođenje istrage, korektivne ovlasti i sankcije

47 Tako *Opća uredba o zaštiti osobnih podataka*, Središnji državni ured za razvoj digitalnog društva, dostupno na <https://rdd.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti//GDPR%20%20Op%C4%87a%20Uredba%20o%20za%C5%A1titi%20osobnih%20podataka.pdf> (23. 12. 2017.).

48 Vidi, *Nova regulacija zaštite podataka*, Comping d.o.o., slide 8., dostupno na: <http://www.comping.hr/easyedit/UserFiles/GDPR/gdpr-brosura-screen.pdf> (23. 12. 2017.).

te ovlasti za davanje odobrenja, savjetodavne ovlasti, posebno u slučajevima pritužbi pojedinaca. Svaka pravno obvezujuća mjera nadzornog tijela trebala bi biti u pisanom obliku, biti jasna i jednoznačna, navoditi nadzorno tijelo koje je izdalo mjeru, datum izdavanja mjere, sadržavati potpis predsjednika ili člana nadzornog tijela kojeg je on ovlastio, navoditi razloge za tu mjeru i upućivati na pravo na učinkoviti pravni lijek. Time se ne bi trebali isključiti dodatni zahtjevi na temelju postupovnog prava države članice. Donošenje pravno obvezujuće odluke podrazumijeva da to može dovesti do sudskog preispitivanja u državi članici nadzornog tijela koje je donijelo određenu odluku. (Preambula, točka 129.).

U Republici Hrvatskoj kao nadzorno tijelo uspostavljena je (za sada) Agencija za zaštitu osobnih podataka (dalje – AZOP). AZOP je pravna osoba s javnim ovlastima, koja samostalno i neovisno obavlja poslove u okviru svoga djelokruga i nadležnosti. Uspostavljena je i djeluje samostalno i neovisno o izvršnoj i zakonodavnoj vlasti, ne primajući upute i naloge od bilo kojeg državnog tijela. Glavni zadaci AZOP-a učinkovito su djelovanje u ispunjavanju svih prava i obveza iz područja zaštite osobnih podataka koje se Republici Hrvatskoj nameću kao punopravnoj članici Europske unije i Vijeća Europe. O povredi prava na zaštitu osobnih podataka AZOP odlučuje rješenjem koje ima karakter upravnog akta (arg. Zakon o zaštiti osobnih podataka, Pročišćeni tekst, Narodne novine, br. 106/2012., dalje - ZZOP, članak 24. st. 3.).<sup>49</sup>

2. Ne dovodeći u pitanje druga upravna ili sudska pravna sredstva, svaki ispitanik ima pravo podnijeti pritužbu nadzornom tijelu, osobito u državi članici u kojoj ima uobičajeno boravište, u kojoj je njegovo radno mjesto ili mjesto navodnog kršenja, ako ispitanik smatra da obrada osobnih podataka koja se odnosi na njega krši odredbe GDPR-a (GDPR, čl. 77. st. 1.). Ako pritužbu podnese ispitanik koji nema boravište u toj državi članici, nadzorno tijelo kojem je takva pritužba podnesena također bi trebalo biti predmetno nadzorno tijelo (Preambula, točka 124.).<sup>50</sup> Kada se donese odluka o odbacivanju pritužbe ispitanika u cijelosti ili djelomično, tu bi odluku trebalo donijeti nadzorno tijelo kojemu je pritužba podnesena (Preambula, točka 125.). Nakon pritužbe trebalo bi provesti istragu, u onoj mjeri u kojoj je to u konkretnom slučaju prikladno (Preambula, točka 141.).

*De lege lata*, u Republici Hrvatskoj svatko tko bude smatrao da mu je povrijeđeno neko pravo zajamčeno GDPR-om moći će podnijeti pritužbu AZOP-u, koja bi o eventualnoj povredi prava zajamčenih GDPR-om trebala odlučiti rješenjem protiv kojega žalba nije dopuštena, ali se može pokrenuti upravni spor (arg. ZZOP, članak 24.).

3. Nadzorno tijelo kojem je podnesena pritužba (u našem pravu AZOP) trebalo bi u razumnom roku izvijestiti ispitanika o napretku i ishodu pritužbe. Ako slučaj zahtijeva dodatnu istragu ili koordinaciju s drugim nadzornim tijelom, ispitaniku bi

49 Usp. AZOP, *Djelatnost i unutarnje ustrojstvo agencije*, podatak na stranici: <http://azop.hr/djelatnost-agencije> (27. 12. 2017.).

50 “Predmetno nadzorno tijelo” je nadzorno tijelo koje je povezano s obradom osobnih podataka zato što: (a) voditelj obrade ili izvršitelj obrade ima poslovni nastan na državnom području države članice tog nadzornog tijela; (b) obrada bitno utječe ili je izgledno da će bitno utjecati na ispitanike koji borave u državi članici tog nadzornog tijela; ili (c) podnesena je pritužba tom nadzornom tijelu (GDPR, čl. 4. točka 12.).

trebalo dati privremene informacije. Nadzorno tijelo trebalo bi podnositelja pritužbe obavijestiti i o mogućnosti podnošenja pravnog lijeka protiv odluka nadzornog tijela (vidi GDPR, čl. 78.). Kako bi se olakšalo podnošenje pritužbi, svako nadzorno tijelo trebalo bi poduzeti mjere poput izrade i dostupnosti obrasca za podnošenje pritužbe koji se može ispuniti i elektroničkim putem, ne isključujući pri tome i ostala sredstva komunikacije (GDPR, čl. 77. st. 2. i Preambula, točka 141.).

Kada zaštita prava ispitanika zahtijeva žurnost u postupanju, a osobito ako postoji opasnost da bi se provedba prava ispitanika mogla narušiti u većoj mjeri, nadzorno tijelo trebalo bi imati mogućnost donijeti opravdane privremene mjere na svojem državnom području s utvrđenim razdobljem trajanja koje ne bi smijelo biti duže od tri mjeseca (Preambula, točka 137.).

Pored propisanih upravnih novčanih kazni<sup>51</sup> i mjera koje je ovlašteno propisivati nadzorno tijelo u skladu s GDPR-om,<sup>52</sup> radi učinkovite provedbe određaba GDPR-a države članice trebale bi propisati (dodatne) sankcije za svaku povredu određaba GDPR-a. U slučaju lakšeg kršenja ili ako bi moguća novčana kazna nerazmjerno opteretila fizičku osobu, umjesto novčane kazne može se izdati upozorenje. Međutim, posebna bi se pozornost trebala posvetiti naravi, ozbiljnosti i trajanju kršenja, namjeri kršenja, mjerama poduzetim za ublažavanje pretrpljene štete, stupnju odgovornosti ili svim relevantnim prethodnim kršenjima, načinu na koji je nadzorno tijelo doznalo za kršenje, usklađenosti s mjerama naloženima protiv voditelja obrade ili izvršitelja obrade, pridržavanju kodeksa ponašanja te svakom drugom otegotnom ili olakotnom čimbeniku (Preambula, točka 148.).

4. Svaki bi ispitanik trebao imati pravo na učinkoviti pravni lijek u skladu s člankom 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima,<sup>53</sup> ako ispitanik smatra da su prekršena njegova prava iz ove Uredbe ili ako nadzorno tijelo ne postupi po pritužbi, djelomično ili u potpunosti odbaci ili odbije pritužbu ili ne djeluje kada je takvo djelovanje nužno radi zaštite prava ispitanika. Drugim riječima, odredbom čl 78. st. 1. i 2. GDPR-a propisano je da, ne dovodeći u pitanje nijedan drugi upravni ili

51 Upravne novčane kazne uređene su čl. 83. GDPR-a. "Ako pravnim sustavom države članice nisu predviđene upravne novčane kazne, ovaj se članak može primjenjivati na način da novčanu kaznu pokreće nadležno nadzorno tijelo, a izriču je nadležni nacionalni sudovi pritom osiguravajući da su ta pravna sredstva učinkovita i imaju istovrijedan učinak kao i upravne novčane kazne koje izriču nadzorna tijela. U svakom slučaju novčane kazne koje se izriču moraju biti učinkovite, proporcionalne i odvratajuće. Te države članice najkasnije do 25. svibnja 2018. obavješćuju Komisiju o odredbama svojih zakona koje donesu u skladu s ovim stavkom te, bez odgode, o svim daljnjim izmjenama zakona ili izmjeni koja na njih utječe".

52 Upravne novčane kazne izriču se uz mjere ili umjesto mjera iz članka 58. stavka 2. točaka od (a) do (h) i članka 58. stavka 2. točke (j), ovisno o okolnostima svakoga pojedinog slučaja.

53 Vidi Povelja Europske unije o temeljnim pravima, 2007/C 303/01, članak 47., Pravo na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje:

"Svatko čija su prava i slobode zajamčeni pravom Unije povrijeđeni ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred sudom, u skladu s uvjetima utvrđenima ovim člankom.

Svatko ima pravo da zakonom prethodno ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Svatko ima mogućnost biti savjetovan, branjen i zastupan.

Pravna pomoć osigurava se za osobe koje nemaju dostatna sredstva, u mjeri u kojoj je takva pomoć potrebna za osiguravanje učinkovitog pristupa pravosuđu".

izvansudski pravni lijek, svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na učinkoviti pravni lijek protiv pravno obvezujuće odluke nekog nadzornog tijela koja se na nju odnosi. Odnosno, svaki ispitanik ima pravo na učinkoviti pravni lijek ako nadležno nadzorno tijelo ne riješi pritužbu ili ne izvršiti ispitanika u roku od tri mjeseca o napretku ili ishodu pritužbe podnesene na temelju članka 77. GDPR-a.

Navedeni postupci protiv nadzornog tijela vodit će se pred sudovima države članice u kojoj nadzorno tijelo ima poslovni nastan (GDPR, čl. 78. st. 3.). U Republici Hrvatskoj učinkoviti pravni lijek protiv odluka/rješenja AZOP-a, odnosno propuštanja pravovremenog rješavanja pritužbe ispitanika od strane AZOP-a, bit će tužba ispitanika kojom će se pokrenuti upravni spor pred upravnim sudom. Naime, u Republici Hrvatskoj upravni sudovi stvarno su nadležni, među ostalim, odlučivati i o tužbama protiv pojedinačnih odluka javnopravnih tijela, odnosno o tužbama zbog propuštanja donošenja pojedinačne odluke ili postupanja javnopravnog tijela u zakonom propisanom roku (Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17, dalje - ZUS, čl. 12. st. 1. točke 1. i 3.), u ovom slučaju AZOP-a. Za rješavanje u navedenim sporovima mjesno nadležan bit će upravni sud na području kojeg ispitanik ima prebivalište, odnosno boravište. Ako, pak, ispitanik ne bi imao ni prebivalište ni boravište u Republici Hrvatskoj, mjesno nadležan bit će upravni sud na području kojeg AZOP ima sjedište, odnosno Upravni sud u Zagrebu. Tužbu će ispitanik biti dužan podnijeti u roku od 30 dana od dana dostave rješenja AZOP-a kojom je odlučio o pritužbi ispitanika, odnosno ako AZOP ne riješi pritužbu ili ne izvršiti ispitanika u roku od tri mjeseca o napretku ili ishodu pritužbe podnesene na temelju članka 77. GDPR-a, tužbu će se sudu trebati podnijeti najranije osam dana nakon proteka propisanog roka od tri mjeseca (arg. ZUS, čl. 24.).

5. Europski građani i druge fizičke osobe, ispitanici na području EU-a, od početka primjene GDPR-a imat će na raspolaganju znatno širi raspon pravnih mjera/sredstava kojima će moći zaštititi svoja prava od postupanja voditelja zbirke i izvršitelja obrade, kao i pravo na naknadu štete zbog povreda prava od strane voditelja ili izvršitelja obrade.<sup>54</sup> Drugim riječima, ne dovodeći u pitanje nijedan dostupan upravni ili izvansudski pravni lijek, uključujući i pravo na podnošenje pritužbe nadzornom tijelu na temelju članka 77. GDPR-a, ispitanik će imati pravo na učinkoviti pravni lijek protiv voditelja obrade ili izvršitelja obrade ako bude smatrao da su mu oni obradom njegovih osobnih podataka protivno odredbama GDPR-a prekršili njegova prava zajamčena GDPR-om (GDPR, čl. 79. st. 1.).

Odredbom članka 79. stavka 2. GDPR-a propisana su pravila o sudbenosti na način da će se postupci protiv voditelja obrade ili izvršitelja obrade moći voditi pred sudovima države članice u kojoj voditelj obrade ili izvršitelj obrade imaju poslovni nastan. Takvi će se postupci moći voditi i pred sudovima države članice u kojoj ispitanik ima uobičajeno boravište, osim ako je voditelj obrade ili izvršitelj obrade tijelo javne vlasti neke države članice koje kod obrade podataka djeluje izvršavajući svoje javne ovlasti (GDPR, čl. 79. st. 2. i Preambula, točka 145.).<sup>55</sup> Nadalje se propisuje da svaka

54 Tako KATULIĆ, T., *Stiže Opća uredba o zaštiti podataka*, dostupno na: <http://www.bug.hr/molex/general-data-protection-regulation/97346.aspx> (23. 12. 2017.).

55 Ako su posebna pravila o nadležnosti sadržana u ovoj Uredbi, osobito u svezi s postupcima

osoba koja je pretrpjela materijalnu ili nematerijalnu štetu<sup>56</sup> zbog kršenja ove Uredbe ima pravo na naknadu od voditelja obrade ili izvršitelja obrade za pretrpljenu štetu. (GDPR, čl. 82. st. 1.)<sup>57</sup> Sudski postupak za ostvarivanje prava na naknadu štete vodit će se pred sudovima koji su nadležni prema pravu države članice prema pravilima iz članka 79. stavka 2. GDPR-a (arg. GDPR, čl. 82. st. 6.).

Ako bi pravila o sudbenosti ukazivala na nadležnost sudova Republike Hrvatske, pravo na naknadu štete koju su počinili voditelj(i) obrade ili izvršitelj(i) obrade, ispitanici će moći ostvariti pred sudom opće nadležnosti (arg. Zakon o zaštiti osobnih podataka, Pročišćeni tekst, Narodne novine, br. 106/2012., članak 26.), a stvarno nadležni bit će općinski sudovi. Stvarna nadležnost općinskih sudova u sporovima za naknadu štete može se izvesti i proizlazi i iz odredaba čl. 52. Zakona o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, dalje – ZPP) o mjesnoj nadležnosti suda u Republici Hrvatskoj za suđenje u sporovima o izvanugovornoj odgovornosti za štetu (vidi i ZPP, čl. 27.). Za suđenje u navedenim sporovima mjesno nadležni će biti, osim suda općemjesne nadležnosti, odnosno općinskog suda na čijem području voditelj obrade ili izvršitelj obrade imaju prebivalište/sjedište ili boravište (ZPP, čl. 46.-48.), i općinski sud na čijem je području štetna radnja počinjena ili sud na čijem je području štetna posljedica nastupila (ZPP, čl. 52. st. 1.)

6. Svatko tko drugome prouzroči štetu dužan ju je naknaditi ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje (Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, dalje – ZOO, čl. 1045. st. 1.). Ispitanici bi trebali dobiti potpunu i učinkovitu naknadu za štetu koju su pretrpjeli. Pojam štete u ovim predmetima trebalo bi široko tumačiti s obzirom na sudsku praksu Europskog suda tako da se u potpunosti odražavaju ciljevi GDPR-a. Time se ne dovode u pitanje zahtjevi za naknadu štete koja proizlazi iz kršenja drugih pravila prava Unije ili prava države članice. Obrada osobnih podataka kojom se krše odredbe GDPR-a također uključuje i obradu kojom se krše delegirani i provedbeni akti doneseni u skladu s GDPR-om i pravom države članice kojima se razrađuju pravila GDPR-a (Preambula, točka 146.).

U tom smislu svaki voditelj obrade koji je uključen u obradu odgovoran je za štetu prouzročenu obradom kojom se krše odredbe GDPR-a, a izvršitelj obrade je odgovoran za štetu prouzročenu obradom samo ako nije poštovao obveze iz GDPR-a koje su posebno namijenjene izvršiteljima obrade ili je djelovao izvan zakonitih uputa voditelja obrade ili protivno njima, a odgovarat će sukladno općim propisima o

---

kojima se traži pravni lijek, među ostalim i naknada od voditelja obrade ili izvršitelja obrade, opća pravila o nadležnosti poput pravila iz Uredbe (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća (13) ne bi smjela dovoditi u pitanje primjenu takvih posebnih pravila (Preambula, točka 147.).

56 Više o tome kod *RADOLOVIĆ, A., Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 27, br. 1, 2006., str. 129-170.

57 Tako *KOVAČEK, M., Važne stvari koje morate znati o Zakonu o zaštiti osobnih podataka (General Data Privacy Regulation – GDPR)*, dostupno na: <https://hitkonferencijablog.com/2017/06/20/vazne-stvari-koje-morate-znati-o-zakonu-o-zastiti-osobnih-podataka-general-data-privacy-regulation-gdpr/> (28. 12. 2017.).

naknadi štete (ZZOP, čl. 26.). Voditelj obrade ili izvršitelj obrade može se izuzeti od navedene odgovornosti ako dokaže da nije ni na koji način odgovoran za događaj koji je prouzročio štetu (GDPR, čl. 82. st. 2. i 3.).

Ako je u istu obradu uključeno više od jednog voditelja obrade ili izvršitelja obrade ili su u istu obradu uključeni i voditelj obrade i izvršitelj obrade i ako su odgovorni za bilo kakvu štetu prouzročenu obradom, svaki voditelj obrade ili izvršitelj obrade smatrat će se odgovornim za cjelokupnu štetu kako bi se osigurala učinkovita naknada ispitaniku (GDPR, čl. 82. st. 4.). Drugim riječima, odredbom članka 82. stavka 4. GDPR-a propisana je solidarna odgovornost za štetu prozročenu obradom osobnih podataka kada je počine zajedno voditelj i izvršitelj obrade, odnosno više od jednog voditelja ili izvršitelja obrade. U hrvatskom pravu solidarna odgovornost za štetu predviđena je i uređena odredbom članka 1107. ZOO-a.

Svaki voditelj obrade ili izvršitelj obrade koji je platio punu naknadu, može naknadno pokrenuti postupak za regres protiv drugih voditelja obrade ili izvršitelja obrade uključenih u istu obradu (Preambula, točka 146.). Kada voditelj obrade ili izvršitelj obrade plati punu (cjelokupnu) odštetu (naknadu) za pretrpljenu štetu, taj voditelj obrade ili izvršitelj obrade ima pravo regresa, odnosno ima pravo zatražiti od drugih voditelja obrade ili izvršitelja obrade koji su uključeni u istu obradu dio odštete koji odgovara njihovu udjelu u odgovornosti za štetu (GDPR, čl. 82. st. 5.). Odnosno voditelj obrade ili izvršitelj obrade koji je platio cjelokupnu odštetu za pretrpljenu štetu, može, kao solidarni dužnik koji je isplatio više nego što iznosi njegov udio u šteti, zahtijevati od svakog od ostalih dužnika (voditelja i/ili izvršitelja obrade) da mu naknadi ono što je platio za njega (ZOO, čl. 1109.).

7. Ako ispitanik smatra da su prekršena njegova prava iz GDPR-a, treba imati pravo ovlastiti kao zastupnika neprofitno tijelo, organizaciju ili udruženje,<sup>58</sup> koje je pravilno osnovano u skladu s pravom države članice, u čijem se statutu navode ciljevi od javnog interesa i koje je aktivno u području zaštite prava i sloboda ispitanika s obzirom na zaštitu njegovih osobnih podataka, da nadzornom tijelu (AZOP-u) podnesu pritužbu u njegovo ime i da ostvaruju prava na pravne lijekove protiv nadzornog tijela, voditelja i izvršitelja obrade, u ime ispitanika te da mu pomognu i u njegovo ime ostvare pravo na naknadu štete koju su počinili voditelj obrade ili izvršitelj obrade

58 U Republici Hrvatskoj to bi, primjerice, bile i neprofitne udruge koje se bave aktivnostima od interesa za opće dobro te se u tom smislu zauzimaju za promicanje i zaštitu ljudskih prava, prava nacionalnih manjina, prava osoba s invaliditetom i djece s teškoćama u razvoju, starijih i nemoćnih, jednakosti i ravnopravnosti te mirotvorstvu i borbi protiv nasilja i diskriminacije, promicanju vrijednosti Domovinskog rata, zaštiti, brizi i izobrazbi djece i mladih te njihovom aktivnom sudjelovanju u društvu, prevenciji i borbi protiv svih oblika ovisnosti, razvoju demokratske političke kulture, zaštiti i promicanju prava manjinskih društvenih skupina, promicanju i razvoju volonterstva, socijalnim uslugama i humanitarnoj djelatnosti, poticanju i razvoju socijalnog poduzetništva, zaštiti prava potrošača, zaštiti okoliša i prirode i zaštiti i očuvanju kulturnih dobara, održivom razvoju, razvoju lokalne zajednice, međunarodnoj razvojnoj suradnji, zaštiti zdravlja, razvoju i promicanju znanosti, obrazovanja, cjeloživotnog učenja, kulture i umjetnosti, tehničke i informatičke kulture, sporta, dobrovoljnog vatrogastva, traganja i spašavanja te drugim aktivnostima koje se po svojoj prirodi, odnosno po posebnim propisima o financiranju javnih potreba u određenom području mogu smatrati djelovanjem od interesa za opće dobro (vidi Zakon o drugama, "Narodne novine" broj 74/14, 70/17, čl. 32.).

ako je to predviđeno pravom države članice (GDPR, čl. 80.).

Država članica može predvidjeti da će takvo tijelo, organizacija ili udruženje imati pravo, neovisno o mandatu ispitanika, podnijeti u toj državi članici pritužbu nadzornom tijelu i učinkoviti pravni lijek protiv nadzornog tijela i voditelja, odnosno izvršitelja obrade ako ima razloga smatrati da je do kršenja prava ispitanika došlo zbog obrade osobnih podataka protivno odredbama GDPR-a. *A contrario*, može se zaključiti da navedenim tijelima, organizacijama ili udruženjima ne smijelo biti dopušteno tražiti naknadu štete u ime ispitanika neovisno o mandatu ispitanika (Preambula, točka 142.), odnosno bez njegova ovlaštenja.

8. GDPR sadrži i odredbe kojima se rješava problem istovremenog vođenja identičnih postupaka pred nadležnim sudovima različitih država članica. Ako nadležni sud države članice posjeduje informacije ili ima razloga vjerovati da je postupak koji vodi po svom predmetu spora i strankama (ispitaniku, voditelju i/ili izvršitelju obrade) u svezi s identičnim predmetom koji je u tijeku na sudu druge države članice, dužan je kontaktirati taj sud u drugoj državi članici kako bi potvrdio postojanje tog postupka, odnosno takvih povezanih postupaka (GDPR, čl. 81. st. 1.). Smatra se da su postupci povezani kada su međusobno tako tijesno u vezi da je opravdano njihovo zajedničko saslušanje i odlučivanje o njima kako bi se izbjegla opasnost od proturječnih presuda u odvojenim postupcima (Preambula, točka 144.). U takvom slučaju, svi nadležni sudovi osim suda pred kojim je prvo pokrenut postupak mogu suspendirati svoj postupak (engl. *may suspend its proceedings*). Kada se, pak, vodi prvostupanjski postupak, svi sudovi osim suda pred kojim je prvo pokrenut postupak mogu također na zahtjev jedne od stranaka odbiti nadležnost (*decline jurisdiction*) ako je sud pred kojim je najprije pokrenut postupak nadležan za odlučivanje u predmetnom postupku i ako njegovo pravo dopušta spajanje predmeta (GDPR, čl. 81. t. 2. i 3.). Kada bi se takvi identični postupci pokrenuli pred više sudova u Republici Hrvatskoj, postupak bi nastavio voditi sud pred kojim je parnica počela teći najprije, a svi ostali sudovi dužni su odbaciti tužbu (ZPP, čl. 194.).

## 5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Tehnološkim razvojem i novim načinima obrade osobnih podataka postalo je nužno donošenje novoga instrumenta koji će osigurati zaštitu prava i temeljnih sloboda pojedinaca u vezi s obradom njihovih osobnih podataka. Uredba o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnome kretanju takvih podataka (Opća uredba o zaštiti podataka) predstavlja bitan napredak u području zaštite osobnih podataka. Sam učinak Opće uredbe ponajprije se ogleda u činjenici da se njenim donošenjem osigurava ujednačeno i jednoobrazno postupanje nadzornih tijela za zaštitu osobnih podataka, što će dovesti do jednostavnije i jednake zaštite prava svih pojedinaca u Europskoj uniji. Također, uvode se nove definicije i pojednostavljuju se neke već postojeće, određuju se biometrijski i genetski podaci, preciznije opisuju postojeći pojmovi, jačaju prava ispitanika te se smanjuju i pojednostavljuju pojedine administrativne obveze voditelja zbirke osobnih podataka, jačaju nadzorne ovlasti te mogućnost izricanja kazni od tijela za zaštitu osobnih podataka. Najveća novost je



uvođenje obveze procjene učinka prema kojoj, sukladno članku 35. st. 1. GDPR-a ako je vjerojatno da će neka vrsta obrade, osobito putem novih tehnologija i uzimajući u obzir prirodu, opseg, kontekst i svrhe obrade, prouzročiti visok rizik za prava i slobode pojedinaca, voditelj obrade prije same obrade osobnih podataka, provodi procjenu učinka predviđenih postupaka obrade na zaštitu osobnih podataka. Pritom mora voditi računa kako se jedna procjena može odnositi na niz sličnih postupaka obrade koji predstavljaju slične visoke rizike. Samim time procjena rizika i zaštita osobnih podataka po prvi put imaju evidentan učinak provođenja u području zakonodavstva. Naravno, pri provođenju procjene učinka na zaštitu podataka voditelj obrade svakako traži savjet od službenika za zaštitu podataka, ako je on imenovan (GDPR, čl. 35. st. 2.).

Uz navedenu Opću uredbu sastavni je dio usvojenoga zakonodavnog paketa i Direktiva o zaštiti pojedinaca pri obradi osobnih podataka od nadležnih tijela u svrhe sprječavanja, istrage, otkrivanja ili progona kaznenih djela ili izvršavanja kaznenih sankcija i o slobodnome kretanju takvih podataka. Tom će se Direktivom ujednačiti zaštita osobnih podataka koje obrađuju pravosudna i policijska tijela u državama članicama Europske unije. Ista jasno definira mogućnosti obrade osobnih podataka ispitanika, uključujući njihovo iznošenje u treće zemlje, pri čemu se osiguravaju visoki standardi zaštite pojedinaca razmjerno s potrebama provedbe odgovarajućih policijskih i pravosudnih postupaka. Ovom se Direktivom jasno se određuje nadzor neovisnoga tijela za zaštitu osobnih podataka nad obradom istih.

Digitalizacija predstavlja okosnicu razvoja informacijske superprometnice te otvara kompleksnost zaštite privatnosti i informacijske sigurnosti. Liberalizacija se pak prvenstveno odnosi na otvorenost neograničenoga komunikacijskog prostora s pratećim procesom kulturne globalizacije. Globalizacija uz podršku informacijskih i komunikacijskih tehnologija i otvorenoga globalnog prostora svjetske trendove premješta u lokalne okvire. Nezaustavljivi trend informacijskoga društva unaprjeđuje kvalitetu komunikacija, oplemenjuje razvoj tehnologija, ali ima važan zadatak – uspostavljanje modela zaštite podataka, osobito zaštite osobnih podataka, najvrjednijega dijela osobnosti i koncepta individualnosti nasuprot globalnoj univerzalnosti, kao jednog od ključnih ciljeva reforme regulative zaštite podataka koja je stupila na snagu 27. travnja 2016. godine. Cilj je determinirati granice i maksimalno zaštititi protok podataka s naglaskom na obradu osobnih podataka na području Europske unije u suvremenome informacijskom društvu. Iz navedenih činjenica proizlazi potreba temeljitoga istraživanja i analize zaštite podataka u Republici Hrvatskoj sa sigurnosnoga, I pravnoga aspekta. Nadalje, kao članica Europske unije Hrvatska je obvezna uskladiti svoje zakonodavstvo s novodonesenom regulativom EU-a u području zaštite podataka, kao i sve ostale članice EU-a, do 2018. godine. Stoga je i izrada ovog rada upravo na tragu osvješćivanja i pojašnjavanja novina i primjene u javnom i privatnom sektoru koje Uredba donosi, a koje još uvijek nemaju pravnu podlogu u Republici Hrvatskoj budući da je Nacrt izmjena i dopuna Zakona o zaštiti osobnih podataka još uvijek u postupku javne rasprave.

LITERATURA

1. AZOP, Djelatnost i unutarnje ustrojstvo agencije, dostupno na: <http://azop.hr/djelatnost-agencije>.
2. BAKER MCKENZIE, "Unpacking the European Commission General Data Protection Regulation- Getting into the Nitty Gritty of How to Comply", dostupno na: <https://m.acc.com/chapters/wash/.../BM-Unpacking-the-GDPR-FINAL-June-2017.ppt>, 2017.
3. BERINATO, S., "Reinvention in progress, CSO, Sv. 5, br. 5, ISSN 1540-904X, CXO Media Inc., svibanj 2006., str. 36 – 38.
4. BLACKMER, W.S., GDPR: Getting Ready for the New EU General Data Protection Regulation, Information Law Group, InfoLawGroup LLP, 2016.
5. BOBAN, M., Digital single market and EU data protection reform with regard to the processing of personal data as the challenge of the modern world, 16th International Scientific Conference on Economic and Social Development, "The Legal Challenges of Modern World": Book of Proceedings/ Primorac, Ž.; Bussoli, C.; Recke, N. (ur.). Varaždin; Split; Koprivnica: Development and Entrepreneurship Agency; Faculty of Law; University North, Koprivnica, 2016, str. 191–202.
6. BOBAN, M., ePrivacy and new European Data Protection Regime, International Scientific Conference ESD 2016, Managerial Issues in Modern Business" Warsaw, Poland, 2016. str. 152-159.
7. BOBAN, M., Krizno upravljanje i upravljanje sigurnošću informacijskih sustava kao temeljni oblici prevencije računalnog kriminaliteta, 4th International Scientific and Professional Conference 'Police College Research Days in Zagreb, Zagreb, 2015. str. 27-52.
8. BOBAN, M., Upravljanje sigurnosnim rizicima i krizno upravljanje u mrežnoj komunikaciji, Dani kriznog upravljanja 2014., Zagreb, 2014., str. 549-572.
9. BOBAN, M., Konačno zakon za strani malog čovjeka: uskoro ćete moći zatražiti brisanje ili uklanjanje osobnih podataka, kolumna na portalu Dalmacija danas, 2017, dostupno na <https://www.dalmacijadanas.hr/konacno-zakon-na-strani-malog-covjeka-uskoro-cete-moci-zatraziti-brisanje-ili-uklanjanje-osobnih-podataka>.
10. BOBAN, M., Right to privacy and freedom of information in the modern information society. Proceedings of the Faculty of Law, Split. Vol 49 (2012), No 3 (105); str. 576-577, 2012.
11. BRANDS, S. A., Rethinking public key infrastructures and digital certificates: building in privacy, MIT Press, 2000.
12. BUBAK, M., Computational science, ICCS 2004, 4th International conference, Kraków, Poland, June 6-9, 2004, Proceedings, LINK (Online service), Springer, 2004., str. 607.
13. CALDER, A, EU GDPR & EU-US Privacy Shield: A Pocket Guide, IT Governance Ltd, 2017.
14. CASTELLS, M., Communication, Power and Counter-power in the Network Society, International Journal of Communication Vol 1, 2007, 2007., str. 238-266.
15. Castells, M., Communication power. Oxford/New York, Oxford University Press, 2009.
16. CASTELLS, M., The information age: economy, society and culture, Vol. I: The rise of the network society, Cambridge, Blackwell Publishers, 1996.
17. Charter of fundamental rights of the European Union (2010/C 83/02) EN 30.3.2010 Official Journal of the European Union C 83/389.
18. CHUNG, Y., YUNG, M., Information Security Applications, 11th International Workshop, WISA 2010, Jeju Island, Korea, August 24-26, 2010, Revised Selected Papers, Springer, 2011.
19. ČIZMIĆ, D., BOBAN, M., ZLATOVIĆ, D., Nove tehnologije, intelektualno vlasništvo i informacijska sigurnost, Sveučilište u Splitu Pravni fakultet, Split, 2016.
20. DIRECTIVE (EU) 2016/680 of the European parliament and of the Council of 27 April

- 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA.
21. DIREKTIVA 95/46/EZ Europskog parlamenta i vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka (OJ L 281, 23.11.1995, special edition in Croatian: Chapter 13 Volume 007 P. 88 – 107.
  22. European Commission - Press release, Brussels, 18 May 2017, Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover, 2017., dostupno na: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1369\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm).
  23. GERTZ, M., GULDENTOPS, E., STROUS, L., (ed.), Integrity, internal control and security in information systems: connecting governance and technology, IFIP TC11/WG11.5 Fourth Working Conference on Integrity and Internal Control in Information Systems, November 15-16, 2001, Brussels, Belgium. Springer, 2002.
  24. GERTZ, M., GULDENTOPS, E., STROUS, L., (ed.), Integrity, internal control and security in information systems: connecting governance and technology, IFIP TC11/WG11.5 Fourth Working Conference on Integrity and Internal Control in Information Systems, November 15-16, 2001, Brussels, Belgium. Springer, 2002., str. 3 -10.
  25. GHONAIMY, M. A. R., EL-HADIDI, M.T., ASLAN, H.K., Security in the information society: visions and perspectives, IFIP TC11 17th International Conference on Information Security (SEC2002), May 7-9, 2002, Cairo, Egypt, Springer, 2002.
  26. GOLDENBERG, B. J., CRM in Real Time: Empowering Customer Relationships, Information Today, Inc., 2008.
  27. IACOVINI, J., The human side of organization change, Training & Development, 47(1), str. 65 – 68.
  28. QUIGLEY, M., Encyclopedia of information ethics and security, Idea Group Inc (IGI), 2008.
  29. KATULIĆ, T., Stiže Opća uredba o zaštiti podataka, dostupno na: <http://www.bug.hr/molex/general-data-protection-regulation/97346.aspx>.
  30. KIZZA, J. M., A Guide to Computer Network Security, Springer, 2008.
  31. KOVAČEK, M., Važne stvari koje morate znati o Zakonu o zaštiti osobnih podataka (General Data Privacy Regulation – GDPR), dostupno na: <https://hitkonferencijablog.com/2017/06/20/vazne-stvari-koje-morate-znati-o-zakonu-o-zastiti-osobnih-podataka-general-data-privacy-regulation-gdpr/>.
  32. MACHLUP, F., Knowledge: its Creation, Distribution and Economic Significance, vol. III, The Economics of Information and Human Capital, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1984.
  33. MILLER, F. P, VANDOME, A. M., MCBREWSTER, J., Digital Signature: Electronic Signature, Public- Key Cryptography, Signature, E- Mail, Contract, Cryptographic Protocol, Bit Array, Global Trust Center, Cryptography, Alphascript Publishing, 2010.
  34. MULGAN, G., Communication and Control: Networks and the New Organizations, Helsinki: Metaxis, 1991.
  35. NANAVATI, S., THIEME, M., NANAVATI, R., Biometrics: identity verification in a networked world, John Wiley & Sons, 2002.
  36. Nova regulacija zaštite podataka, Comping d.o.o., slide 8., dostupno na: <http://www.comping.hr/easyedit/UserFiles/GDPR/gdpr-brosura-screen.pdf>.
  37. Opća uredba o zaštiti osobnih podataka, Središnji državni ured za razvoj digitalnog društva, dostupno na: <https://rdd.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti//GDPR%20%20Op%C4%87a%20Uredba%20o%20za%C5%A1titi%20osobnih%20podataka.pdf>.
  38. PANIAN, Ž., Kontrola i revizija informacijskih sustava, Sinergija, Zagreb, 2001.
  39. PANIAN, Ž., Izazovi elektroničkog poslovanja, Narodne novine, Zagreb, 2002.
  40. PAVLOV, A., NATHAN VAN DE WOUW, N. VAN DE W., NIJMEIJER, H., Uniform

- output regulation of nonlinear systems: a convergent dynamics approach, Springer, 2006.
41. PINTELON, R., SCHOUKENS, J., System identification: a frequency domain approach, John Wiley and Sons, 2001.
  42. Povelja Europske unije o temeljnim pravima, 2007/C 303/01.
  43. RADOLOVIĆ, A., Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 27, br. 1, 2006., str. 129-170.
  44. RAGHENO, N. (dir.), Collectif, Data Protection & Privacy: Le GDPR dans la pratique - De GDPR in de praktijk, Anthemis, 2017.
  45. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (OJ L 119, 4.5.2016).
  46. RUSTICI, C., Applying the GDPR: The Functional Specifications of Eu-Grade Privacy, O'Reilly Media, 2017.
  47. ŠIMOVIĆ, V., ŠIMUNDIĆ, S., BAČA, M., Policija i informatika, Ministarstvo unutarnjih poslova, Zagreb, 1998.
  48. TUDMAN, M., Teorija informacijske znanosti, Informator, Zagreb, 1990.
  49. TUNG, B., Kerberos: a network authentication system, Addison-Wesley, 1999., str. 93. Vidi i GARMAN, J., Kerberos: the definitive guide, O'Reilly Media, Inc., 2003.
  50. TUOMI, I., Corporate Knowledge: Theory and Practice of Intelligent, 1999.
  51. Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14).
  52. VOIGT, P., BUSSCHE VON DEM, A., The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide, Springer, 2017.
  53. WRYCZA, S., Systems Analysis and Design for Advanced Modeling Methods: Best Practices, IGI Global snippet, 2009.
  54. YORAV, K., (Ed.), Hardware and software, verification and testing, Third International Haifa Verification Conference, HVC 2007, Haifa, Israel, October 23-25, 2007, Proceedings, Springer, 2008.
  55. Zakon o medijima (Narodne novine, br. 59/04, 84/11, 81/13).
  56. Zakon o o zaštiti osobnih podataka (Narodne novine, br. 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12).
  57. Zakon o udrugama, (Narodne novine, br. 74/14, 70/17).

**Jozo Čizmić\***

**Marija Boban\*\***

Summary

## **IMPACT OF NEW EU GENERAL DATA PROTECTION REGULATION 2016/679 (GDPR) ON THE PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE REPUBLIC OF CROATIA**

After more than seven years from the initial initiative and four years of negotiations, the new EU General Protection Regulation was finally adopted in April 2016. In full name Regulation (EU) 2016/679 of the European parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (here and after GDPR) replaces the current EU Directive 95/46/EZ and comes into force on the date of adoption and is directly applicable in all EU Member States. The ability to adapt certain parts is still left in national legislation as of May 25, 2018, when GDPR starts to apply! The key assumption of the development of the contemporary digital economy is based on the accelerated development of information and communication technologies, at the same time creating new challenges and threats to privacy and the protection of personal data. Data processing, especially personal data processing, new information and communication tools and the digital market, have developed the need to increase privacy protection of new digital products and services. The solution is mentioned in the new EU data protection framework called GDPR. The Regulation introduces major changes in personal data management and applies directly to all organizations that have personal data of EU citizens. Also, GDPR brings significant changes to the rules that define personal information and defines new concepts as well as compliance, planning, implementation and compliance appraisal, as well as performance appraisal. In some cases the organization will also need to appoint a qualified Data Protection Officer who will be directly responsible to the Administration. Institutions and companies are required to complete alignment by May 25, 2018 - then the GDPR will come into force throughout the European Union. In this paper, authors will present the impact assessment of the new EU Data Protection Regulation and the legal remedies obligatory to the public and private sector in the implementation of GDPR, which will provide the modernized data protection framework in Europe. The new rules will establish the new European Data Protection framework introducing a new definition of personal data and replacing current inconsistent national laws with a view to increasing the level of data protection

\* Jozo Čizmić, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, University of Split; Jozo.Cizmic@pravst.hr.

\*\* Marija Boban, Assistant Professor, Faculty of Law, University of Split; marija.boban@gmail.com.

and increasing legal certainty in the growing digital economy.

**Keywords:** *GDPR, personal data, data processing, data protection, data protection officer, EU data protection, EU law, information and communication technologies, impact assessment, legal remedies, pseudonymization, privacy.*

### Zusammenfassung

## **AUSWIRKUNG DER NEUEN VERORDNUNG (EU) 2016/679 (GDPR) AUF DEN SCHUTZ PERSONENBEZOGENER DATEN IN DER REPUBLIK KROATIEN**

Nach mehr als sieben Jahren seit der Initiative dazu und nach vier Jahren von Verhandlungen wurde im April 2016 endlich der neue europäische Datenschutzrahmen verabschiedet. Die allgemeine Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz personenbezogener Daten oder GDPR (General Data Protection Regulation) hebt die Richtlinie 95/46/EG auf und wird direkt in allen EU-Mitgliedstaaten angewandt. EU-Mitgliedstaaten andererseits dürfen Änderungen mancher Vorschriften vorschlagen und sie bis zum 25. Mai 2018 (Inkrafttreten der GDPR) der Kommission mitteilen.

Die Entwicklung moderner digitaler Ökonomie beruht auf schneller Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologie, aber gleichzeitig schafft sie neue Herausforderungen und Gefahren für den Schutz personenbezogener Daten. Die Datenverarbeitung, insbesondere die Verarbeitung personenbezogener Daten, neue IT-Tools und digitale Märkte haben das Bedürfnis nach Erhöhung des Schutzes personenbezogener Daten bei neuen digitalen Produkten und Diensten geweckt. Die Lösung dazu wurde in der neuen Reform des europäischen Datenschutzrahmens angeboten, welcher große Änderungen im Bereich der Verarbeitung personenbezogener Daten einführt und wird direkt an alle mit personenbezogenen Daten der EU-Bürger verfügenden Vereinigungen angewandt. Ebenfalls führt die GDPR wesentliche Änderungen in den Regeln zur Definierung personenbezogener Daten ein und definiert sowohl neue Begriffe als auch die schon bekannten Begriffe der Angleichung, Planung, Umsetzung, Aufrechterhaltung der Angleichung und Auswirkungsbewertung. In manchen Fällen sollten die Vereinigungen den Datenschutzbeauftragten (DPO – Data Protection Officer) ernennen, der direkt den höchsten Managementebene berichtet. Stiftungen und Unternehmen müssen die Angleichung bis zum 25. Mai 2018 beenden, wenn die GDPR in allen EU-Mitgliedstaaten in Kraft tritt.

Diese Arbeit stellt die Bestimmungen und die Anwendung der neuen Verordnung (EU) zum Schutz personenbezogener Daten sowie auch die Bestimmungen des öffentlichen und privaten Sektors zur GDPR-Umsetzung unter besonderer Berücksichtigung der Bewertung ihrer Auswirkung dar.

Neue Regeln werden zum europäischen Datenschutzrahmen beitragen, indem sie

die neue Definition personenbezogener Daten einführen und uneinheitliche nationale Gesetze ersetzen, alles mit dem Ziel den Datenschutz und die Rechtssicherheit in der Zeit der ständig fortschreitenden Entwicklung digitaler Ökonomie zu erhöhen.

**Schlüsselwörter:** *GDPR, personenbezogene Daten, Sanktionen, Pseudonymisierung, das Recht auf Vergessenwerden, Datenverarbeitung, Datenschutzbeauftragter, Angleichung, Auswirkung, Datenschutz.*

Riassunto

## **L'EFFICACIA DEL NUOVO REGOLAMENTO UE 2016/679 (GDPR) SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA**

Dopo più di sette anni dalla proposta iniziale e dopo quattro anni di trattative, finalmente nell'aprile del 2016 è stato emanato il nuovo quadro normativo in materia di protezione dei dati personali. Il Regolamento UE sulla protezione dei dati personali 2016/679 o anche noto come GDPR (*General Data Protection Regulation*) sostituisce l'attuale direttiva UE e si applica direttamente in tutti gli Stati Membri dell'UE. Tuttavia, viene lasciata ai singoli legislatori nazionali la possibilità di adeguamento di alcune parti fino al 25 maggio 2018, data in cui il GDPR entrerà in vigore!

Il presupposto fondamentale dello sviluppo dell'economia digitale contemporanea si basa sullo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione; al tempo stesso, ciò crea nuove sfide e nuove insidie per la *privacy* e per la protezione dei dati personali. Il trattamento dei dati, in particolare dei dati personali, come i nuovi strumenti IT ed il mercato digitale, impongono la necessità di un innalzamento della protezione della *privacy* nell'ambito dei nuovi prodotti e dei servizi digitali. La soluzione è indicata nella nuova riforma UE nell'ambito della protezione dei dati personali, la quale introduce grandi cambiamenti nel modo di amministrare i dati personali, applicandosi direttamente a tutte le organizzazioni che dispongono di dati personali dei cittadini dell'Unione europea. Altresì, il GDPR porta con sé significativi cambiamenti nelle regole che determinano i dati personali e definisce le nuove nozioni, come pure l'adeguamento ed il suo mantenimento, la pianificazione, l'attuazione e la valutazione degli effetti. In alcuni casi le organizzazioni dovranno nominare un responsabile qualificato per la protezione dei dati personali (DPO – *Data Protection Officer*) il quale risponderà direttamente all'amministrazione. Gli enti e le società hanno l'obbligo di concludere l'adeguamento entro il 25 maggio 2018, quando il GDPR entra in vigore nell'intera Unione europea.

In questo lavoro gli autori presenteranno le disposizioni e l'applicazione del nuovo Regolamento UE sulla protezione dei dati personali ed illustreranno le disposizioni rilevanti tanto nel settore pubblico, che in quello privato in occasione

dell'applicazione del GDPR, prestando attenzione alla valutazione dell'efficacia che garantirà un quadro moderno per la protezione dei dati in Europa. Le nuove regole porranno il fondamento per la legislazione europea sulla protezione dei dati personali, sostituendo le attuali contraddittorie legislazioni nazionali al fine di innalzare la soglia della protezione dei dati personali, come anche di aumentare la certezza del diritto nella crescente economia digitale.

**Parole chiave:** *GDPR, dati personali, sanzioni, pseudonimizzazione, diritto all'oblio, trattamento dei dati, responsabile per la protezione dei dati, adeguamento, efficacia, protezione dei dati.*



## UGOVOR O RADU I UGOVOR O DJELU: PODRUČJE PRIMJENE RADNOGA ZAKONODAVSTVA

Prof. dr. sc. Darja Senčur Peček\*  
Izv. prof. dr. sc. Sandra Laleta\*\*

UDK 349.22:331.106.2  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.14>  
Ur.: 12. ožujka 2018.  
Pr.: 19. ožujka 2018.  
Pregledni znanstveni rad

### Sažetak

Obavljanje nekog rada za drugoga može se zasnivati na različitim pravnim temeljima pa se i pravni položaj osoba koje obavljaju rad razlikuje ovisno o tome rade li na temelju nekog ugovora građanskog prava (primjerice, ugovora o djelu) ili ugovora o radu (kada je osoba u radnome odnosu). Radno pravo jamči zaštitu radnicima koji su zbog podređenosti i ekonomske ovisnosti o poslodavcu slabija strana u radnome odnosu. Zato je važno odrediti pojam radnika i radnog odnosa. U radu se analiziraju rješenja Preporuke MOR-a br. 198, zakonsko uređenje radnog odnosa u Sloveniji i Hrvatskoj, pokazatelji radnoga odnosa, utvrđivanje radnoga odnosa u praksi inspekcije rada i sudskoj praksi, kao i položaj ekonomski ovisnih osoba.

**Ključne riječi:** ugovor o radu, ugovor o djelu, pojam radnoga odnosa, radnik, neovisni ugovaratelj, ekonomski ovisna osoba.

### 1. UVOD

U svim pravnim sustavima opseg pravne zaštite osobe koja obavlja naplatni rad za drugoga ovisi o tome obavlja li se rad na temelju ugovora o radu (kao radnik, u radnome odnosu) ili na temelju ugovora o djelu ili drugog ugovora građanskoga odnosno trgovačkog prava (kao neovisni ugovaratelj, samozaposlena osoba).

U slučaju kada se rad obavlja na temelju ugovora građanskoga ili trgovačkoga prava riječ je o odnosu ravnopravnih subjekata za koji vrijedi načelo slobode ugovaranja. Za razliku od toga za odnos između radnika, osobe koja rad obavlja na temelju ugovora o radu, i poslodavca karakteristična je nejednakost, podređeni položaj radnika prema poslodavcu. Radno pravo razvilo se upravo kao odgovor društva na takvo stanje nejednakosti u radnome odnosu. Radnik kao slabija stranka u ugovornom

\* Dr. sc. Darja Senčur Peček, redovita profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mariboru; darja.sencur-pecek@um.si.

\*\* Dr. sc. Sandra Laleta, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta u Rijeci; sandra@pravri.hr.  
Ovaj je rad financirala Hrvatska zaklada za znanost projektom UIP-2014-09-9377 *Fleksigurnost i novi oblici rada (izazovi modernizacije hrvatskog radnog prava)*.

odnosu uživa posebnu radnopravnu zaštitu.

Za određenje kruga osoba koje su obuhvaćene radnim zakonodavstvom bitno je određenje radnoga odnosa odnosno ugovora o radu, koji predstavlja njegov temelj, te njegovo razgraničenje od svih ostalih ugovora na temelju kojih neka osoba obavlja rad.

Radni odnos na neodređeno vrijeme, s punim radnim vremenom, između jednog radnika i jednog poslodavca dugo je vremena bio tipični model na kojem se temeljila radnopravna zaštita. No brzi tehnološki razvoj, potreba jačanja konkurentnosti zbog globalizacije te snažan razvoj usluga traži od gospodarskih subjekata veću elastičnost u poslovanju. Razvijaju se novi oblici rada (primjerice rad na daljinu) i sve više koriste fleksibilni oblici radnih odnosa (ugovor o radu na određeno vrijeme, s kraćim radnim vremenom). Poduzeća se, osim toga, u cilju smanjenja troškova sve više koriste *outsourcingom* i angažiranjem neovisnih ugovaratelja (samozaposlenih osoba), kao i agencija za privremeno zapošljavanje. Navedene pojave u poslovnoj praksi zahtijevaju i drukčije uređenje radnih i drugih odnosa u okviru kojih se obavlja rad, kako na nacionalnoj, tako i na međunarodnoj i regionalnoj razini.<sup>1</sup> Ponovno se postavlja pitanje odgovarajućeg pojmovnog određenja radnoga odnosa, koje će biti prilagođeno novim oblicima obavljanja rada, te njegova razgraničenja od drugih ugovornih odnosa.<sup>2</sup>

Na problem određenja radnoga odnosa te potrebu da se radnopravna zaštita zajamči svima kojima je ta zaštita potrebna Međunarodna organizacija rada (MOR) upozorava već nekoliko desetljeća. Usprkos nastojanjima da se donese konvencija, do toga nije došlo, no usvojena je preporuka koja, iako po svojoj naravi neobvezujuća, predstavlja važan dokument. Riječ je o Preporuci MOR-a br. 198 o radnome odnosu, iz 2006. godine,<sup>3</sup> koja sadrži smjernice za države članice vezano uz definiranje, kriterije i dokazivanje radnoga odnosa. I u okviru Europske unije (EU) prepoznata je važnost pojmovnog određenja radnoga odnosa pa je Komisija naručila izradu posebnih studija o toj temi.<sup>4</sup> Komisija je o tom pitanju i drugim ključnim izazovima

1 Takvu "eksternalizaciju rada" obilježava prenošenje rizika i odgovornosti vezanih uz odnos zapošljavanja s poduzeća koje dobiva proizvod ili uslugu na treću stranu (neko poduzeće ili radnike). Rezultat su heterogeni radni angažmani koji su fluidni, na granici formalnog i neformalnog te plaćenog i neplaćenog rada. Zajedničko im je to što brišu tradicionalne granice koje postoje u ekonomiji i pravu, između neformalne i formalne ekonomije, radnoga i trgovačkoga prava, trgovine i prava, javne i privatne sfere. Najčešće se vezuju uz loše uvjete rada i niske radnopravne standarde. Fudge, J., *Blurring Legal Boundaries: Regulating for Decent Work*, u: *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation* (ur. J. Fudge, S. McCrystal, K. Sankaran), Hart Publishing, London, 2012., str. 1-3.

2 Govori se i o preoblikovanju ili osvježavanju radnog prava, predlaže modernizacija postojećih instituta (npr. ugovora o radu) ili nove osnove za ostvarivanje socijalnih prava (npr. socijalna prava vučenja). Šire: Fudge, J., op. cit., str. 3; Supiot, A., *Beyond Employment (Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe)*, Oxford University Press, Oxford, 2005.; *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (ur. G. Davidov, B. Langille), Hart Publishing, Oxford, 2006.

3 *Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198) - Recommendation concerning the employment relationship*, Geneva, 95th ILC session (15 Jun 2006).

4 Supiot A., *Transformation of labour law and future of labour law in Europe*, Europska komisija, 1999.; Perulli A., *Economically dependent/quasi subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, studija pripremljena za Europsku komisiju, 2003. godine.

radnoga prava izradila, tzv., Zelenu knjigu pod naslovom *Modernizacija radnoga prava za suočavanje s izazovima 21. stoljeća*.<sup>5</sup> Zauzela je stajalište da je rješavanje pitanja koja su povezana s određenjem radnoga odnosa prije svega stvar država članica te pozdravila donošenje Preporuke MOR-a br. 198 o radnome odnosu.<sup>6</sup> U Zelenoj knjizi kao i pripremnim dokumentima za Preporuku prepoznat je problem razgraničenja između radnika i neovisnih ugovaratelja do kojega dolazi zbog razvoja novih, nestandardnih oblika rada. Upozoreno je na to da se pravni opseg radnoga odnosa ne podudara s radnim odnosom u praksi, zbog čega osobe koje obavljaju rad u okviru takvih odnosa nemaju status radnika i radnopravnu zaštitu. Do takvih situacija dolazi prije svega u slučaju objektivno dvojbenih odnosno nejasnih radnih odnosa<sup>7</sup> te u slučaju prikrivenih radnih odnosa.<sup>8</sup> Već tada je utvrđeno da ta pojava nije nova te je u stalnom porastu, kao i broj sporova u vezi s pravnom naravi odnosa u kojem se rad obavlja.<sup>9</sup>

Desetak godina nakon donošenja navedenih dokumenata problem razgraničenja između radnika i samozaposlenih osoba još je uvijek, pa čak i jače prisutan. Na

---

ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2510, 1.2.2018.

5 Donesena 22.11.2006.; COM (2006) 708 final.

6 Usprkos takvom stajalištu iz novije sudske prakse Suda EU proizlazi da, barem kada je riječ o primjeni odredbi direktiva EU, pojam radnika nije samo stvar država članica pa ga Sud u vezi s time tumači kao "pojam prava EU". Više o tome: Senčur Peček D., *Pojem delavca s primerjalnega in EU vidika, Delavci in delodajalci*, 2-3/2016., str. 189-216.

7 Riječ je o odnosima u kojima bitni elementi koji određuju radni odnos nisu jasno izraženi, primjerice, kada radnik ima veliki stupanj samostalnosti. Ne radi se o prikrivanju radnoga odnosa, već o stvarnoj dvojbi postoji li radni odnos. Razlog može biti i u posebnosti, složenosti neke vrste odnosa (primjerice, oblici rada na daljinu) ili u razvoju nekog odnosa tijekom vremena (primjer su osobe koje su uobičajeno samozaposlene, npr. električari, instalateri, računalni programeri, koji vremenom dolaze u stalni odnos sa samo jednim naručiteljem). Vidi: Report V (1), International Labour Conference, 95<sup>th</sup> Session, 2006., <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf> (12.1.2018.), str. 12, Meeting of Experts on Workers in Situation Needing Protection (The Employment Relationship: Scope), Basic technical document, Geneva, 15-19 May 2000 (Meeting of Experts, 2000), <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb279/pdf/mewnp-r.pdf> (18.1.2018.), str. 27.

8 Prikriveni su radni odnosi oni koji su naizgled drukčiji od odnosa koji stvarno postoji među strankama. Svrha im je izbjeći pružanje pravne zaštite koja se jamči radnicima odnosno izbjeći plaćanje doprinosa ili poreza. Najradikalniji oblik prikrivanja radnog odnosa prisutan je u situaciji kada se odnos oblikuje kao odnos drukčije pravne naravi, bilo građansko-pravne, trgovačko-pravne ili druge. Najčešće se koriste ugovori građanskog i trgovačkog prava kojima se radni odnos oblači u ruho (odnosa) samozaposlenosti. Vidi: Report V (1), 2006., op. cit., str. 12, Meeting of Experts, 2000., op. cit., str. 26, 27.

9 Vidi: Report V (1), 2006., op. cit., str. 11-13.

to ukazuje rasprava o tom problemu u literaturi,<sup>10</sup> poredbenim studijama<sup>11</sup> kao i dokumentima donesenima u okviru EU.<sup>12</sup>

Činjenica je da u konkretnim slučajevima nije lako odrediti granicu između radnoga odnosa i odnosa neovisnih ugovaratelja. Između tipičnih radnih odnosa i tipičnih građanskopravnih ugovornih odnosa moguće je cijeli niz drugih odnosa koji su bliže jednom ili drugom kraju spektra. U vezi s time, pored pitanja određenja pojma radnoga odnosa, počelo se postavljati i pitanje je li primjerena stroga podjela na osobe koji su u radnome odnosu i one koji to nisu te pružanja zaštite jedino radnicima, dok je položaj osoba koje obavljaju rad na nekoj drugoj pravnoj osnovi u cijelosti ovisan o ugovornim odredbama.<sup>13</sup> Vidljiv je trend širenja radnopravne zaštite i na druge osobe koje nisu radnici, ali su ekonomski ovisne o drugoj ugovornoj strani, te osiguravanja određenih minimalnih standarda svim osobama koje obavljaju rad za drugoga.

- 
- 10 Vidi npr.: Wank R., Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Perspektive, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2/2016, str. 143-170; Kresal B., Prikrita delovna razmerja – nevarno izigravanje zakonodaje, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2014, str. 177-99; Senčur Peček D., Samozaposleni, ekonomsko odvisne osebe in obstoj delovnega razmerja, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2014, str. 201-220; Waas B., The legal definition of the employment relationship, *European Labour Law*, 1/2010, str. 45-57; Senčur Peček D., Komu zagotavlja delovnopravno varstvo, *Podjetje in delo*, 6-7/2007, str. 1223-1237.; Grgurev, I., The Concept of ‘Employee’: The Position in Croatia, u: *Restatement of Labour Law in Europe, Vol I: The Concept of Employee* (ur. B. Waas, G. H. van Voss), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017., str. 59-83; Gotovac, V., Razlikovanje ugovora o radu i ugovora o djelu te autonomija ugovornih strana pravnog odnosa u izboru između njih, *Radno pravo*, br. 11/2011., str. 11-20; Tadić, I., Razlike između ugovora o radu i ugovora o djelu, *Radno pravo*, 1/2013, str. 3-15.
  - 11 Vidi npr.: The Protection of Working Relationships, A comparative study (ur. F. Pennings, C. Bosse), Kluwer Law International, The Netherlands, 2011.; The Employment Relationship, A Comparative Overview (ur. G. Casale), Hart Publishing, Oxford, International Labour Office, Geneva, 2011. (dalje: Casale, The Employment Relationship); Thematic Report 2009, Characteristics of the Employment Relationship, European Network of Legal Experts in the Field of Labour Law, 2009. [www.labourlawnetwork.eu/frontend/file.php?id=969&dl=1](http://www.labourlawnetwork.eu/frontend/file.php?id=969&dl=1) (17.1.2018.); Regulating the employment relationship in Europe: A guide to Recommendation No. 198, Governance and Tripartism Department, International Labour Office Geneva, European Labour Law Network (ELLN), 2013. (ILO guide 2013); *Restatement of Labour Law in Europe*, op. cit.
  - 12 Mišljenje Europskog gospodarskog i socijalnog odbora o zlorabi statusa samozaposlene osobe (mišljenje na vlastitu inicijativu), OJC 161, 6.6.2013., str. 14-19; Mišljenje Europskog gospodarskog i socijalnog odbora o novim trendovima na području samozapošljavanja: Poseban položaj ekonomski ovisnih samozaposlenih (mišljenje na vlastitu inicijativu), OJC 18, 19.1.2011., str. 44-52.
  - 13 Više: Senčur Peček D., Koga naj varuje delovna zakonodaja, *Podjetje in delo*, 6-7/2011, str. 1162-1173.

## 2. POJAM RADNOGA ODNOSA

### 2.1. Rješenja koja proizlaze iz Preporuke Međunarodne organizacije rada br. 198

Cilj Preporuke bio je potaknuti države članice MOR-a da uklone raskorak između pravnoga uređenja radnog odnosa i prakse. Od država članica traži se da pregledaju, razjasne i po potrebi prilagode zakonsko uređenje radnoga odnosa kako bi se u praksi moglo prepoznati postojanje radnih odnosa i spriječiti pokušaje njihova prikrivanja. Uz to posebnu bi pozornost trebalo posvetiti osiguranju odgovarajuće primjene zakonske regulative u praksi, prije svega kroz djelovanje inspekcije rada i sudova odnosno arbitražnih tijela.<sup>14</sup> Države članice mogu pri provođenju ovih aktivnosti koristiti rješenja prihvaćena u drugim državama članicama,<sup>15</sup> a Preporuka pritom predstavlja korisnu smjernicu.<sup>16</sup>

U vezi s određenjem postojanja radnoga odnosa Preporuka utvrđuje da države članice mogu jasno definirati uvjete (*conditions*) koji će se koristiti kod utvrđivanja postojanja radnoga odnosa, primjerice, subordinaciju (*subordination*) ili ovisnost (*dependence*) (toč. 12).

Države članice mogu također zakonima, propisima ili na drugi način utvrditi posebne pokazatelje (*indicators*) postojanja radnog odnosa. U Preporuci se primjerično navode neki od kriterija: da se rad obavlja u skladu s uputama i pod nadzorom druge strane; da je osoba koja rad obavlja uključena (integrirana) u organizaciju poduzeća (druge ugovorne strane); da se rad obavlja u cijelosti ili pretežito u korist druge osobe; da osoba mora obavljati rad osobno; da je rad obavljen u okviru određenog radnog vremena ili na mjestu rada koje je odredila stranka ili u sporazumu sa strankom koja zahtijeva obavljanje rada; da je rad određenog trajanja i ima određeni kontinuitet; da se zahtijeva dostupnost osobe koja obavlja rad; da alate, materijale i strojeve pribavlja strana koja zahtijeva obavljanje rada; da osoba prima periodične naknade; da takva naknada predstavlja za osobu koja obavlja rad jedini ili glavni izvor prihoda; odredbe

14 Preporuka je da se nacionalnom politikom o zaštiti osoba u radnome odnosu obuhvate mjere kojima bi se: utvrdile smjernice za stranke, posebice poslodavce i radnike, kod utvrđivanja postojanja radnog odnosa te razlikovanja zaposlenih i samozaposlenih radnika; borilo protiv prikrivenih radnih odnosa; utvrdili minimalni standardi zaštite radnika, primjenjivi na sve ugovorne odnose uključujući i one u kojima sudjeluje više od dvije stranke te utvrdili subjekti odgovorni za njihovu primjenu; omogućio poslodavcima i radnicima učinkovit pristup prikladnim, brzim, jeftinim, poštenim i učinkovitim postupcima rješavanja sporova o postojanju i uvjetima radnoga odnosa; osigurala usklađenost i učinkovita primjena zakonodavstva koje uređuje radni odnos; osiguralo odgovarajuće osposobljavanje sudaca, arbitara, medijatora, inspektora rada i drugih odgovornih osoba vezano uz relevantne međunarodne standarde rada, usporedno pravo i sudsku praksu (I. dio, toč. 4.).

15 Za primjere dobrih praksi u europskih državama vidi: ILO guide 2013, op. cit.

16 Može se reći da su sudbinu Preporuke definirala dva momenta. Kod usvajanja gotovo svi predstavnici poslodavaca glasovali su protiv, a nacrt preporuke nije usvojen u cijelosti. Takvo nepostojanje konsenzusa, koji je preduvjet uspjeha neke aktivnosti unutar MOR-a, čini se da do danas nije zaboravljeno. Više o postupku donošenja Preporuke: Bosse, C., ILO Recommendation 198, the Employment Relationship Recommendation, u: *The Protection of Working Relationships*, op. cit., str. 16-21.

o plaćanju u naravi, primjerice hrani, smještaju ili prijevozu; da se osobi koja obavlja rad priznaju prava na tjedni odmor ili godišnji odmor; da osoba koja obavlja rad ima pravo na naknadu troškova za službeno putovanje; da osoba koja obavlja rad ne snosi financijske rizike (toč. 13).

U Preporuci je prihvaćeno načelo “prvenstva činjenica” (*primacy of facts*). Prilikom utvrđivanja postoji li radni odnos preporučuje se uzimati u obzir prvenstveno činjenice koje se odnose na obavljanje rada i naknadu radniku, a ne moguća drugačija određenja odnosa koje su ugovorne stranke dogovorile (toč. 9).

Pored toga državama članicama preporučeno je uvođenje dodatnih mjera (metoda) kojima bi se olakšalo utvrđivanje postojanja radnoga odnosa, primjerice: dopuštanje dokazivanja radnoga odnosa različitim sredstvima; uvođenje pravne presumpcije o postojanju radnoga odnosa ako postoji jedan ili više relevantnih pokazatelja; određenje da se osobe koje obavljaju rad u određenim okolnostima ili određenim djelatnostima smatraju zaposlenima ili samozaposlenima<sup>17</sup> (toč. 11).

U Preporuci se od država članica općenito traži da dopuste “široki krug sredstava za utvrđivanje postojanja radnog odnosa”. Jedna od mogućih praktičnih metoda koja se koristi kako bi se s većom sigurnošću moglo utvrditi postojanje radnog odnosa jest propisivanje obveze poslodavca da posloprimca u pisanom obliku obavijesti o uvjetima koji se primjenjuju na njihove ugovore.<sup>18</sup> Ovo je u skladu s Direktivom br. 91/533/EEZ, o obvezi poslodavca da obavijesti radnike o uvjetima koji se primjenjuju na ugovor ili radni odnos.<sup>19</sup>

## 2.2. Elementi radnoga odnosa

Hrvatski Zakon o radu (ZR)<sup>20</sup> ne sadrži definiciju radnoga odnosa, već se njegovi elementi mogu utvrditi iz odredbi koje uređuju sklapanje ugovora o radu te temeljne obveze i prava koje iz radnog odnosa proizlaze za njegove stranke (čl. 10. i čl. 7.).<sup>21</sup> Prema navedenim odredbama u radnome odnosu, koji se zasniva ugovorom o

17 Ovo se preporučuje učiniti nakon savjetovanja s najreprezentativnijim organizacijama poslodavaca i radnika. U praksi status određene skupine radnika može, primjerice, biti propisan zakonom ili o tome može, na temelju zakonskog ovlaštenja, diskrecijski odlučivati ministar. Moguće je, također, da kao rezultat ustaljene sudske prakse bude općeprihvaćeno da određena skupina radnika predstavlja zaposlene ili samozaposlene osobe u svrhu primjene radnog prava.

18 To je moguće učiniti u ugovoru u pisanom obliku, u pismu namjere ili drugim dokumentima koji sadrže bitne uvjete ugovora o radu ili radnog odnosa. ILO guide 2013, op. cit., str. 32.

19 Council Directive 91/533/EEC on an employer’s obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract of employment relationship, OJ L 288, 18.10.1991, p. 32-35.

20 Narodne novine, br. 193/14, 127/17.

21 Ovakav pristup nije rijetkost jer je radni odnos općenito teže definirati nego ugovor o radu. Zato se u zakonodavstvu i doktrini češće susreću definicije ugovora o radu pomoću kojih se i definira radni odnos. Iako zakonodavstva mnogih europskih država (primjerice, Njemačke, Belgije, Francuske, Italije, Švedske) ne sadrže definiciju radnoga odnosa, pojam je definiran u sudskoj praksi i teoriji. Vidi: Casale, G., *The Employment Relationship: A General Introduction*, u: Casale, *The Employment Relationship*, op. cit., str. 25 i d. Ocjenjuje se da je pravno puno vrijednije definirati radni odnos zato što je to širi pojam, ali je zato pojam ugovora o radu

radu, poslodavac je obvezan radniku dati posao i za obavljeni mu rad isplatiti plaću, a radnik je obvezan prema uputama koje mu poslodavac daje u skladu s naravi i vrstom rada osobno obavljati preuzeti posao. Poslodavac ima pravo pobliže odrediti mjesto i način obavljanja rada.<sup>22</sup>

Iz navedenoga proizlazi da je hrvatski zakonodavac kao elemente radnoga odnosa prihvatio: osobno obavljanje rada radnika za poslodavca, naplatnost i subordinaciju (rad prema uputama poslodavca). Dobrovoljnost se kao obilježje ugovora o radu u teoriji smatra imanentnom pojmu ugovora koji je rezultat slobodno izražene volje ugovornih strana te je zbog toga ne treba posebno izdvajati.<sup>23</sup> Profesionalnost kao bitno obilježje radnog odnosa prihvaćena je u starijoj literaturi,<sup>24</sup> a posebice je izražena kod državnih službenika.<sup>25</sup> U užem smislu znači uključivanje radnika u organizaciju poslodavca.<sup>26</sup>

Slovenski Zakon o delovnih razmerjih<sup>27</sup> (ZDR-1) u članku 4. sadrži definiciju radnoga odnosa. Elementi radnoga odnosa koji se mogu izlučiti iz ove definicije jesu:<sup>28</sup> dvostranost (odnos između radnika i poslodavca), dobrovoljnost, naplatno

- moгуće puno preciznije odrediti. Tintić, N., *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi (I.), Zagreb, Narodne novine, 1969., str. 345. i d. Pojedinačni radni odnos uređuju mnogi izvori radnoga prava pa je zato njime obuhvaćen širi krug prava i obveza, nego odredbama ugovora o radu. Grgurev, I., *Ugovor o radu, u: Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007., str. 2.
- 22 Poslodavac je dužan poštivati prava i dostojanstvo radnika, kao i zaštititi dostojanstvo radnika za vrijeme obavljanja posla. Zaštita dostojanstva odnosi se na zaštitu radnika od postupanja nadređenih, suradnika i osoba s kojima radnik redovito dolazi u doticaj u obavljanju svojih poslova, ako je takvo postupanje neželjeno i u suprotnosti sa ZR-om i posebnim zakonima (čl. 7. st. 5, ZR). Dužnost je poslodavca osigurati radniku uvjete za rad na sigurnan način i na način koji ne ugrožava zdravlje radnika, u skladu s posebnim zakonom i drugim propisima. Ovo upućuje na to da je zakonom naglašena još jedna bitna komponenta radnoga odnosa, da je riječ o odnosu suradnje. Grgurev, *The Concept*, op. cit., str. 62.
- 23 Ravnić, A., *Osnove radnog prava – domaćeg, usporednog i međunarodnog*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2004., str. 514.
- 24 Obuhvaća kontinuirano obavljanje rada radnika u okviru određenog radnog mjesta, u cilju postizanja zadataka redovne djelatnosti poslodavca; radnik obavlja posao kao svoje redovno i glavno zanimanje, neovisno o dužini radnog vremena, a takav je rad glavni i jedini ili barem pretežni izvor prihoda za uzdržavanje; radnik se uključuje u organizaciju poslodavca, što vrijedi neovisno o povremenosti odnosno privremenosti takvoga rada, pa profesionalnost postoji i kod radnika kod kojih nema stalnosti zaposlenja. Tintić, N., op. cit., str. 370 i d.; Grgurev, I., *The Concept*, op. cit., str. 75, 76.
- 25 Potočnjak, Ž., *Radni odnos državnih službenika*, Zagreb, Pravni fakultet, 2013.
- 26 Laleta, S., *Prestanak ugovora o radu*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2011., str. 6, dostupno na: [https://bib.irb.hr/datoteka/550064.Prestanak\\_ugovora\\_o\\_radu\\_SVIBANJ\\_2011.pdf](https://bib.irb.hr/datoteka/550064.Prestanak_ugovora_o_radu_SVIBANJ_2011.pdf).
- 27 Uradni list RS, br. 21/13, 78/13 – ispr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16 i 15/17 – odluka Ustavnog suda RS.
- 28 Usp.: Bečan I. et al., *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem*, IUS SOFTWARE GV Založba, Ljubljana, 2016., str. 35, 36.; Belopavlović N. et al., *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) s komentarjem*, GV Založba, 2003, str. 43-44; Kresal B. et al., *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem in stvarnim kazalom*, Primath, Ljubljana, 2002., str. 49; Kresal Šoltes K., *Podjemna pogodba (pogodba o delu) in presoja elementov delovnega razmerja*, *Gospodarski subjekti na trgu na pragu Evropske unije (XI. Posvetovanje o aktualni problematiki s področja gospodarskega prava, 15. do 17. maj 2003, Portorož)*, Inštitut za gospodarsko pravo, Maribor,

obavljanje rada, osobno obavljanje rada, neprekinuto (kontinuirano) obavljanje rada, uključivanje radnika u organizirani radni proces poslodavca i rad prema uputama i pod nadzorom poslodavca.

Neke od navedenih elemenata možemo naći i kod drugih ugovornih odnosa čiji je predmet obavljanje rada za drugoga,<sup>29</sup> dok su uključenost u organizirani radni proces poslodavca i rad prema uputama i pod nadzorom poslodavca značajni za radni odnos. Radnik se uključuje u radni proces poslodavca koji ovaj organizira kako bi obavljao svoju djelatnost. Poslodavac je taj koji donosi odluke o upravljanju djelatnošću (o radnome procesu) i snosi odgovornost za uspjeh poslovanja. Radnik je samo dio toga organiziranog radnoga procesa, u njemu obavlja svoj ovisni rad, rad u kojem je podređen poslodavcu (rad po uputama i pod nadzorom poslodavca). U zamjenu za tu podređenost radnik kao slabija strana u odnosu uživa radnopravnu zaštitu.<sup>30</sup>

Zbog toga je element koji određuje bit radnoga odnosa, kako to proizlazi iz slovenskog ZDR-1 kao i hrvatskog ZR-a, upravo podređenost radnika poslodavcu, ovisni rad radnika.

Podređenost odnosno ovisnost radnika kao uvjet postojanja radnoga odnosa, što je predloženo i Preporukom, prihvaćena je u većini pravnih poredaka, ali se izražava na različite načine. S jedne strane, izričito se koriste termini kao što su “podređenost ili ovisnost radnika”, “osobna ovisnost”, “pravna ovisnost” i “subordinacija” ili se, pak, navodi da se rad obavlja “pod vlašću odnosno nadzorom poslodavca”, “po njegovim uputama”, “za račun poslodavca” i slično.<sup>31</sup>

### **2.3. Pokazatelji postojanja elemenata radnoga odnosa**

Činjenica je da su definicije radnoga odnosa u većini pravnih poredaka prilično općenite. To, s jedne strane, dovodi do nesigurnosti, dok, s druge strane, omogućuje sudovima da kao radni odnos prepoznaju različite ugovorne odnose koji se pojavljuju u praksi, pa i one kojima su stranke željele zaobići radno zakonodavstvo.<sup>32</sup>

Još od početaka radnoga prava za ocjenu radnoga odnosa važnost su imale dvije skupine kriterija i pokazatelja – organizacijski (organizacija rada i nadzor od strane poslodavca) i ekonomski (podjela rizika i ekonomska ovisnost). Iako je glavni motiv za posebnu pravnu zaštitu radnika bila njihova ovisnost o prihodima iz radnoga

---

2003., str. 405.

29 Obilježja dvostranosti, dobrovoljnosti i naplatnosti važna su i za građanskopravni ugovor o djelu, a tim ugovorom stranke se mogu također sporazumjeti i o osobnom i kontinuiranom obavljanju rada. O usporedbi elemenata ugovora o radu i ugovora o djelu detaljno, vidi: Kresal Šoltes K., Podjemna pogodba, op. cit.; Tadić, I., Razlike, op. cit.

30 Usp.: Belopavlovič N. et al., op. cit., str. 43-45; Kresal B. et al., op. cit., str. 49, 50; Kresal Šoltes K., Podjemna pogodba, op. cit., str. 406, 407.

31 Pojmovi ovisnost i podređenost koriste se alternativno ili zajedno, bilo kao pojmovi s različitim značenjem ili kao sinonimi. ILO guide 2013, op. cit., str. 36 i d.

32 Vidi: Rebhahn R., *Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, Recht der Arbeit*, 3/2009, str. 160; također, Davidov, G., *The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: ‘Employee’ as a Viable (Though Over-used) Legal Concept*, u: *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, op. cit., str. 143.



odnosa (riječ je o njihovoj ekonomskoj ovisnosti o poslodavcu)<sup>33</sup>, razgraničenje radnika od samozaposlenih<sup>34</sup> nije se temeljilo, kao što se ni danas ne temelji na tom (ekonomskom) kriteriju, već na organizacijskim kriterijima.<sup>35</sup> Ključna je podređenost radnika poslodavcu.

Za sve pravne sustave općenito vrijedi da se (sudačko) tumačenje pojma podređenosti radnika s vremenom jako promijenilo, kao što se promijenila organizacija rada i oblici obavljanja rada.<sup>36</sup>

Sudovi koji su u konkretnim slučajevima morali odlučivati o tome postoji li radni odnos oslanjali su se pritom na različite okolnosti te su s vremenom u sudskoj praksi prihvaćeni određeni pokazatelji odnosno razvijeni određeni testovi kao temelj za razgraničenje radnoga odnosa od drugih pravnih odnosa. Razvoj navedenih pokazatelja odnosno testova pratio je promjene u organizaciji rada i novi oblicima rada.<sup>37</sup> Danas se u mnogim državama koristi mješoviti test (*mixed test technique*,

33 Ekonomska ovisnost znači da je osoba ovisna o primanjima iz određenog pravnog odnosa, da se ne pojavljuje na tržištu i ne zapošljava (su)radnike.

34 Spomenimo da danas postoje i posebne statističke tehnike (poput *latent class analysis*) kojima se samozaposleni prema određenim obilježjima grupiraju u različite skupine. Eurofound, *Exploring self-employment in the European Union*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017., str. 15 i d.

35 Rebhahn, R., *Der Arbeitnehmerbegriff*, op. cit., str. 164. Vidi i: Perulli, A., *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*, u: Casale, *The Employment Relationship*, str. 139. i d. Za Francusku vidi: Daugareilh, I., *Protection of Working Relationships in France*, u: Pennings/Bosse, *The Protection of Working Relationships*, op. cit., str. 67.

36 Vidi: Pennings, F., Bosse, C., *Conclusions and Recommendations*, u: Peninngs/Bosse, *The Protection of Working Relationships*, op. cit., str. 174, 175. Vidi i: Senčur Peček D., *Pojem delavca s primerjalnega in EU vidika, Delavci in delodajalci*, 2-3/2016, str. 193 i d.

37 Pojam podređenosti razvio se vezano uz model tipičnog industrijskog (fizičkog) radnika. U skladu s time i prvi test za razlikovanje radnika od samozaposlene osobe bio je test stvarnoga nadzora (činjenica da poslodavac osobno ili putem supervizora, nadzire rad radnika i daje mu konkretne upute o načinu obavljanja rada). No ovaj test nije bio prikladan za kontrolu rada onih radnika koji imaju posebne kvalifikacije i znanja zbog kojih od nikoga ne dobivaju upute o načinu obavljanja rada. Zato je test stvarnog nadzora zamijenjen testom mogućnosti poslodavca da vrši nadzor. Ni on nije imao više uspjeha pa se u okolnostima jačanja fleksibilnih oblika rada (kao što su, npr., rad kod kuće, na određeno vrijeme, s kraćim radnim vremenom) razvio test integracije odnosno organiziranosti, kojim se ispitalo je li radnik uključen u radni proces poslodavca. Uslijedio je i test ekonomske ovisnosti radnika o poslodavcu, koji se ne smatra samostalnim testom. Jedan od testova jest i test obostranih obveza (danas primjerice primarni test u Irskoj). Vidi: *Employed or Self-Employed* (ur. R. Blanpain R. et al.), *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Vol. 24, Kluwer Law and Taxation, 1992., str. 4; Engels, C., *Subordinate Employees or Self-Employed Workers?*, u: *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies* (ur. R. Blanpain), XI<sup>th</sup> ed., Kluwer Law International, The Netherlands, 2014., op. cit., str. 371-373; Eurofound, 2017., op. cit., str. 44.

Slični trendovi postojali su u mnogim državama. Pritom su se u početku kao pokazatelj odnosa ovisnosti uzimale u obzir okolnosti koje su upućivale na to da poslodavac daje radniku upute o načinu obavljanja rada, dok je kasnije kod procjenjivanja određenih profesija (liječničke, umjetničke i intelektualne) bila prije svega odlučujuća činjenica određuje li poslodavac radniku mjesto i vrijeme obavljanja rada, uvjete rada i radni red. Vidi primjerice: *Labour Law in Motion*,

*multi factor test*), pri čemu se kriteriji (pokazatelji) koje koriste sudovi u različitim državama u određenoj mjeri razlikuju.<sup>38</sup> Sudovi u konkretnom slučaju uzimaju u obzir cijeli niz činjenica na temelju kojih se odnos u kojem se rad obavlja određuje kao radni odnos ili neki drugi (građanskopravni) odnos. Niti jedna od činjenica koja je uzeta u obzir nije odlučujuća sama po sebi, već se odluka donosi na temelju ocjene svih okolnosti konkretnog slučaja. Sudovi u različitim slučajevima koriste različite kombinacije kriterija, što je ovisno i o vrsti rada odnosno profesiji.

U većini država suci su jedini kreatori kriterija za razgraničenje radnih i drugih ugovornih odnosa, dok u nekima kriterije određuju socijalni partneri.<sup>39</sup> Na takva rješenja upućuje i Preporuka.

Iako određeni elementi (pokazatelji) radnoga odnosa proizlaze iz slovenskog ZDR-1, a neke je moguće iščitati iz dosadašnje sudske prakse i literature,<sup>40</sup> u Sloveniji kao i u drugim državama u praksi postoji potreba za (dodatnim) pokazateljima koji bi u dvojbjenim slučajevima omogućili razgraničenje između radnoga odnosa i drugih pravnih odnosa. Na to upozoravaju i inspekcija rada kao i radnopravna teorija.<sup>41</sup>

Hrvatsko pravo, sudska praksa, mišljenja ministarstva,<sup>42</sup> kao i literatura<sup>43</sup> nude određeni set elemenata (pokazatelja). No upravo neki slučajevi iz prakse, koji su

- Diversification of the Labour Force & Terms and Conditions of Employment (ur. R. Blanpain R. et al.), Kluwer Law International, 2005., str. 13, 14; Employed or Self-Employed, 1992., str. 31, 96, 114; Casale, *The Employment Relationship*, op. cit., te u istoj knjizi: Countouris, N., *The Employment Relationship: a Comparative Analysis of National Judicial Approaches*, str. 49 i d. O ideji razvijanja tzv. "općeg" testa, vidi: Davidov, G., *Freelancers: An Intermediate Group in Labour Law?*, u: *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation* (ur. J. Fudge et al.), Hart Publishing, London, 2012., str. 176 i d.
- 38 Za talijansko pravo vidi: *Labour Law in Motion*, 2005., str. 29; Perulli, u Casale, *The Employment Relationship*, op. cit., str. 144 i d.; za nizozemsko *Report V (1)*, 2006., op. cit., str. 25; za njemačko pravo *Labour Law in Motion*, 2005., str. 22. Vidi i: Countouris, N., *The Employment Relationship: a Comparative Analysis of National Judicial Approaches*, str. 49 i d.
- 39 U Irskoj je kao rezultat aktivnosti socijalnih partnera (vlade, organizacija radnika i poslodavaca) prihvaćena lista pokazatelja u obliku neobavezne preporuke, kodeksa prakse (*Code of Practice for Determining Employment of Self-Employment Status of Individuals*). Vidi: ILO guide 2013, op. cit., str. 40-41.
- 40 Uključenost radnika u radni proces poslodavca može se očitovati, primjerice, u tome da poslodavac osigurava sredstva, materijal, prostor (vidi: Kresal Šoltés K., *Podjemna pogodba*, op. cit., str. 406) odnosno da je radnik vezan određenim vremenom, mjestom obavljanja rada, načinom radnoga procesa (Belopavlovič et al., op. cit., str. 43). Vidi i: Mlakar Sukič N., Franca V., *Sodna praksa na području prikritih delovnih razmerij*, *Pravna praksa*, 15/2017, priloga, str. II-VIII.
- 41 Vidi: Senčur Peček D., *Samozaposleni*, op. cit., str. 214-215.
- 42 Prema mišljenju Ministarstva rada i mirovinskog sustava RH obilježja su radnog odnosa da radnik radi uvijek i isključivo po uputama i pod nadzorom poslodavca (riječ je o odnosu podređenosti, odnosno subordinacije); radnik poslove obavlja u propisanom radnom vremenu, ugovorenom radnom vremenu ili radnom vremenu koje pisanom odlukom odredi poslodavac; radnik isključivo osobno obavlja poslove; poslodavac je za obavljeni rad dužan radniku isplaćivati plaću u novcu i u propisanim razdobljima (najmanje jednom mjesečno); radnik je dužan poslove obavljati u prostorijama poslodavca ili na nekom drugom mjestu koje je odredio poslodavac. <http://www.mrms.hr/pitanje/ugovor-o-radu-ugovor-o-djelu/> (1.2.2018.)
- 43 Vidi primjerice: Grgurev, I., *The Concept*, op. cit.

pokazali velike razlike u stajalištima nižih i viših sudova, govore u prilog tome da je i u Hrvatskoj neophodno razviti dodatne pokazatelje (više *infra* pogl. 3.2.).

#### **2.4. Prvenstvo postojanja činjenica pred označavanjem odnosno pravnom kvalifikacijom odnosa od strane ugovornih strana**

Prava većine država<sup>44</sup> prihvaćaju načelo prvenstva činjenica (sadržaja odnosa) pred oblikom ugovora (*the principle of the primacy of fact*), koje je utvrđeno i Preporukom. Utvrđivanje postojanja radnoga odnosa mora se temeljiti na postojanju činjenica, tj. na tome kako su se ugovorne strane sporazumjele o svom ugovornom položaju, pravima i obvezama te kako ih izvršavaju u praksi, a ne na tome kako su jedna ili obje stranke opisale ili nazvale taj odnos.<sup>45</sup>

Navedeno pravilo proizlazi i iz slovenskoga ZDR-1, koji u čl. 13. st. 2. utvrđuje da se u slučaju kada postoje elementi radnoga odnosa, u skladu s čl. 4. i u vezi s čl. 22. odnosno 54. ZDR-1, rad ne smije obavljati na temelju ugovora građanskoga prava, osim u slučajevima koje određuje zakon.<sup>46</sup> Posljedično, ugovorne strane ne mogu izabrati hoće li svoj odnos odrediti kao radni odnos ili ne, već je to ovisno o načinu na koji se ugovor ostvaruje u praksi. Važnost stvarnog sadržaja odnosa, a ne pravne kvalifikacije odnosa koju stranke koriste, proizlazi iz zakonske presumpcije u čl. 10. st. 2. ZR-a, da će se u slučaju ako poslodavac s radnikom sklopi ugovor za obavljanje takvog posla koji, s obzirom na narav i vrstu rada te ovlasti poslodavca, ima obilježja posla za čije se obavljanje zasniva radni odnos, smatrati da je s radnikom sklopio ugovor o radu, osim ako poslodavac ne dokaže suprotno.<sup>47</sup> Riječ je o zaštitnoj odredbi uvedenoj u hrvatsko pravo u cilju otklanjanja u praksi čestih slučajeva simuliranja ugovora obveznog prava (posebice ugovora o djelu) koji svojim sadržajem upućuju na ugovor o radu.<sup>48</sup>

44 Report V (1), 2006., op. cit., str. 24.; ILO guide 2013, op. cit., str. 33-36.

45 Report V (1), 2006., op. cit., str. 24; Meeting of Experts, 2000, str. 26. Vidi i: Davies P.L., Wage employment and self-employment – a common law view, in Reports to the 6th European Congress for Labour Law & Social Security, Warsaw, Poland, 13-17 September 1999, Scholar, Warszawa, 1999., str. 180; Engels, C., Subordinate Employees or Self-Employed Workers?, u: Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies (ur. R. Blanpain), XIth ed., Kluwer Law International, The Netherlands, 2014., str. 367-370; ILO guide 2013, op. cit., str. 33.

46 Takav slučaj proizlazi iz čl. 109.a Zakona o organizaciji i financiranju odgoja i obrazovanja (Zakon o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja, Ur. l. RS, št. 16/07 - ZOFVI-UPB5), koji uz određene uvjete dopušta da se radi nesmetanoga obavljanja odgojno-obrazovnoga procesa sklopi ugovor o djelu ako su prije toga iskorištene sve mogućnosti sklapanja ugovora o radu. Noviji primjer je čl. 27. Zakona o urejanju trga dela koji dopušta sklapanje posebnog ugovora za obavljanje privremenog i povremenog rada umirovljenika čak i u slučaju ako u odnosu postoje elementi radnoga odnosa.

47 Tako i V. Gotovac, koji govori o “načelu prednosti radnoga odnosa” kojime se ograničava autonomija ugovornih strana. Gotovac, V., op. cit., str. 18.

48 Milković, Darko, Ugovor o radu i Zakon o obveznim odnosima, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 37, br. 1, 2016., str. 691. Ova presumpcija uvedena je 2003. godine, Zakonom o izmjenama i dopunama ZR iz 2003. (NN, br.114/03). Ističe se i nesporni interes države da njezini radnici ostvaruju i prava iz obveznog mirovinskog i zdravstvenog osiguranja.

Načelo prvenstva činjenica u pravilu se primjenjuje u postupku pred hrvatskim sudovima. U odluci inspektorata rada utvrđeno je da neovisno o tome što su ugovorne strane svoj ugovor nazvale ugovorom o djelu, naziv ugovora ne mijenja bit odnosa između poslodavca i radnika. Prividni ugovor o djelu nije valjan i smatrat će se da je među strankama sklopljen ugovor o radu.<sup>49</sup> U odluci Visokog prekršajnog suda utvrđuje se da ograničenja za sklapanje ugovora o djelu “proizlaze iz Zakona o radu kao općeg propisa radnog prava prema kojem je uvijek, kada radnik obavlja određene poslove za poslodavca, riječ o radnom odnosu pri čemu je potpuno irelevantno kako su same ugovorne strane taj ugovorni odnos nazvale.”<sup>50</sup> Ipak, analiza sudske prakse pokazuje da se u nekim slučajevima prednost još uvijek daje pravnoj kvalifikaciji ugovora od strane ugovornih strana pred stvarnim sadržajem odnosa (više *infra* pogl. 3.2.).

Ugovorne strane mogu svoj odnos slobodno urediti,<sup>51</sup> što znači da se mogu sporazumjeti i izvršavati ga tako da osoba rad obavlja samostalno, s vlastitim sredstvima i na vlastiti rizik, ili na način da je uključena u radni proces poslodavca, podvrgnuta njegovim uputama i nadzoru, te da ne snosi teret poslovnoga rizika. Stranke nisu slobodne odrediti pravnu narav takvoga odnosa. Ako je riječ o odnosu među strankama u kojemu se mogu prepoznati elementi radnoga odnosa, ugovor među strankama predstavlja ugovor o radu, njihov je odnos radni odnos bez obzira na to jesu li ugovorne strane sklopile (u pisanom obliku) ugovor o radu ili su možda sklopile neki drugi ugovor koji je ugovor građanskoga prava.

Naziv koji su ugovorne strane dale ugovoru (*nomen juris*) ima važnost kod pravne kvalifikacije ugovora,<sup>52</sup> no mora ustupiti mjesto stvarnom postupanju stranaka kod izvršavanja nekog (radnog) odnosa. To znači da način na koji se odnos u stvarnosti izvršava uvijek ima prednost pred pisanim očitovanjem namjera (volje) ugovornih strana.<sup>53</sup> Ipak, praksa pokazuje da nacionalni sudovi prilikom utvrđivanja postoji li u konkretnom slučaju radni odnos, zauzimaju različita stajališta o važnosti namjere stranaka odnosno njihove pravne kvalifikacije odnosa. To samo potvrđuje složenost ovog problema i važnost indikatora.<sup>54</sup>

Rožman, K., Članak 10., u: Detaljni komentar novoga Zakona o radu (ur. K. Rožman), 2. izd., Radno Pravo, Zagreb, 2017., str. 82.

49 VUS RH, Us-12797/2011-6, 8.5.2014. Grgurev, I., The concept, op. cit., str. 77.

50 VPS, Gž 4208/2016-0, od 18.05.2017.

51 U radnopravnoj teoriji se naglašava kako se svaki rad može obavljati u radnom ili građanskopravnom odnosu (osim ako je zakonom određeni rad izričito određen kao radni odnos ili ga se iz njega isključuje) ovisno o načinu na koji se rad obavlja. Vidi: Labour Law in Motion, 2005., str. 28; Engels C., Subordinate Employees, op. cit., str. 368.

52 Tako je talijanski Kasacijski sud utvrdio da sudovi ne smiju u postupku propustiti ispitati volju obje ugovorne strane. Cataudella, M. C., Types of Workers and Employment Contract, u: Labour Law and Industrial Relations in Italy (Update to the Jobs Act), (ur. F. Carinci, E. Menegatti), Wolters Kluwer Italia, 2015., str. 3.

53 Cataudella, op. cit., str. 3; tako i Gotovac, V., op. cit., str. 18-20.

54 Vidi, primjerice, odluku nizozemskog Vrhovnog suda u predmetu Groen/Schoevers. u kojoj je sud minuciozno razložio svaki pokazatelj radnog odnosa i doveo ga u odnos s voljom stranaka izraženom u ugovoru. Pennings, F., The Protection of Working Relationships in the Netherlands, u: Pennings/Bosse, The Protection of Working Relationship, op. cit., str. 86-88.

Radnik može u sudske sporu utvrđivati postojanje radnoga odnosa i zahtijevati priznanje prava koja mu na osnovi toga pripadaju. U slučaju da su stranke usprkos postojanju elemenata radnoga odnosa sklopile građanskopravni ugovor, riječ je o prikrivenom radnom odnosu, Sud u Republici Sloveniji<sup>55</sup> poništiti će izraženu, formalnu volju stranaka te na temelju činjenica utvrditi da postoji radni odnos. Pri tom bi radnik morao na temelju čl. 18. ZDR-1 dokazati postojanje elemenata radnoga odnosa pa u slučaju da ti elementi postoje, radni odnos se presumira.<sup>56</sup>

Prema odredbi čl. 10. st. 2. ZR-a na poslodavcu je teret dokazivanja da ne postoji radni odnos,<sup>57</sup> što može uključivati dokazivanje da postojeći ugovor ne odgovara ugovoru o radu odnosno da odnos ima elemente radnog odnosa, no da je drugi ugovor dopušten ZR-om ili drugim posebnim propisom.<sup>58</sup>

Općenito, može se ustvrditi da u slučaju kada osoba koja rad obavlja na temelju građanskopravnog ugovora dokaže postojanje elemenata radnoga odnosa, sudovi u europskim državama toj osobi priznaju položaj radnika.<sup>59</sup> Riječ je o važnom sredstvu kojim se jamči radnopravna zaštita osobama koje su bile prisiljene prihvatiti status samozaposlene osobe odnosno rad na temelju ugovora građanskog prava, iako je ustvari riječ o ovisnome radu.<sup>60</sup> Doduše, učinkovitost je takve zaštite ograničena jer u pravilu legitimaciju za podnošenje tužbe imaju radnici koji se često ne usude tražiti zaštitu da si ne bi umanjili mogućnosti zaposlenja. Kao primjer dobre prakse može poslužiti španjolska regulativa prema kojoj postupak utvrđivanja postojanja radnoga odnosa može pokrenuti inspekcija rada.<sup>61</sup>

55 Na temelju alineje 1., stavka 1., članka 5. Zakona o radnim i socijalnim sudovima (Zakon o delovnih in socialnih sodiščih, Uradni list RS, br. 2/04, 10/04; ZDSS-1) za odlučivanje o tome nadležan je radni sud.

56 Riječ je o relativno slaboj presumpciji. Tako ILO guide, 2013, str. 29. Problem je prije svega u tome da radnik mora dokazati elemente radnoga odnosa. U 2016. godini predlagana je promjena čl. 18. ZDR-1, koja je za te slučajeve određivala teret dokazivanja poslodavca (kao što je u hrvatskom pravu), no novela zakona nije prihvaćena.

57 Ustavni sud RH utvrdio je da je u slučaju zakonske presumpcije o postojanju radnoga odnosa (iz čl. 10. st. 2. ZR-a) teret dokazivanja da nije riječ o ugovoru o radu na poslodavcu. Posl. br. U-I-1706/2004, od 20.12.2006.

58 Rožman, K., op. cit., str. 48.

59 Vidi: ILO guide 2013, str. 33-35.

60 Radnik zbog vlastitih prohibitika prihvaća ili pod pritiskom poslodavca pristaje disimulirati vlastitu volju. Gotovac, V., op. cit., str. 13. No u hrvatskoj literaturi postoji stajalište da volja ugovornih strana nije suprotna niti jednom propisu pa sud ni neko drugo državno tijelo ne mogu određivati kada sklopiti ugovor o radu, a kada ugovor o djelu, jer u ovome dijelu sloboda ugovaranja nije ničim ograničena. Ruždjak, M., *Obveznopravni elementi ugovora o radu, u: Fleksibilnost i fleksigurnost, Postojeća rješenja i promišljanja*, Rosip d.o.o., 2012., str. 50., cit. prema Rožman, op. cit., str. 48.

61 Vidi: ILO guide 2013, str. 16.

### **2.5. Zakonsko uključenje ili isključenje obavljanja rada u određenim okolnostima ili djelatnostima u radni odnos**

U objektivno dvojbenim ili nejasnim situacijama vrlo je teško dokazati elemente radnoga odnosa. Zato zakonodavstva nekih država izričito utvrđuju da je, općenito ili pod određenim uvjetima, obavljanje rada u određenom zanimanju ili djelatnosti radni odnos, ili u vezi s time predviđaju odgovarajuće zakonske presumpcije, odnosno utvrđuju da pojedini oblici obavljanja rada ne predstavljaju radni odnos ili isključuju neke skupine osoba iz radnoga odnosa.

U Španjolskoj se primjerice odnos profesionalnog sportaša po zakonu smatra posebnim radnim odnosom, pod uvjetom da on dobrovoljno, redovito i uz naknadu izvodi sportske aktivnosti za sportski klub, u organizaciji i pod nadzorom kluba. Slično vrijedi i za umjetnike.<sup>62</sup> U Francuskoj se novinari i zaposleni u "industriji zabave" smatraju radnicima bez obzira na vrstu ugovora koja je sklopljena. Radnici su također komercijalisti, trgovački putnici, trgovački zastupnici i zastupnici osiguranja, ako rade za samo jednog poslodavca, rade trajno i isključivo u tom području (zastupanja odnosno predstavljanja), ne obavljaju ekonomske aktivnosti za svoj račun, vezani su za poslodavca s obzirom na narav usluge koju obavljaju, stvari koje nude, područja na kojem rade, skupinu stranaka koje moraju kontaktirati, ili postotak naknade. Pod određenim uvjetima radnicima se smatraju i osobe koje u prostoru naručitelja prodaju određene proizvode, knjige ili ulaznice.<sup>63</sup> Riječ je o skupini osoba kod kojih je često nejasno postoji li element podređenosti te posljedično radni odnos. Upravo zbog toga zakonodavac je izričito uredio njihov status. Radi se o pretpostavki postojanja radnog odnosa, koju u nekim slučajevima naručitelj (poslodavac) može pobijati, a zakonodavstvom su utvrđeni razlozi koje pri tom ne može koristiti.<sup>64</sup> U belgijskom zakonodavstvu prihvaćena je doduše oboriva presumpcija o postojanju radnoga odnosa u slučaju trgovačkih zastupnika.<sup>65</sup>

Kao primjer isključenosti određenih osoba iz obuhvata radnoga odnosa može se navesti presumpcija prihvaćena u španjolskom pravu, da se rad poslovnih savjetnika i rad članova obitelji samozaposlene osobe ne smatra radnim odnosom, osim ako se dokaže da su oni radnici.<sup>66</sup> Prema belgijskom pravu članovi upravnog odbora (*board of directors*) smatraju se samozaposlenim osobama. Riječ je o neoborivoj presumpciji. No članovi upravnog odbora mogu u istom poduzeću raditi kao posloprimitci, podvrgnuti vlasti upravnog odbora. Dopuštena je, dakle, kombinacija poslova (radnih

62 Report V (1), 2006., op. cit., str. 26; ILO guide 2013, op. cit., str. 32.

63 Report V (1), 2006., str. 27; ILO guide 2013, op. cit., str. 31; Perulli, u: Casalle, *The Employment Relationship*, op. cit., str. 150.

64 *Labour Law in Motion*, 2005., str. 14, 15; Report V (1), 2006., str. 27; ILO guide 2013, op. cit., str. 31. Tako se primjerice, zaposleni u industriji zabave smatraju radnicima neovisno o načinu ili visini naknade, nazivu ugovora, vlasništvu opreme koju koriste na predstavama te činjenici zapošljavaju li osobe koje im u nastupima pomažu. Daugareilh, u: Pennings/Bosse, op. cit., str. 72.

65 Engels, C., op. cit., str. 367.

66 Report V (1), 2006., str. 27, 28.

mjesta) direktora, koji je samozaposlen, te radnika koji je subordiniran poslodavcu.<sup>67</sup> U njemačkom pravu trgovački zastupnici nisu radnici, iako se na njih primjenjuje na temelju analogije mali broj odredbi radnoga prava. Prava i obveze uređena su Trgovačkim zakonikom.<sup>68</sup>

U slovenskom ZDR-1, kao ni hrvatskom ZR-u nema sličnih zakonskih rješenja koja su predviđena i Preporukom, ali bi u slučaju nekih ugovornih odnosa, kao što je primjerice ugovor o obavljanju funkcije direktora (prije svega člana uprave, člana upravnog odbora) ona bila dobrodošla, upravo zbog *sui generis* naravi takvog ugovora.<sup>69</sup> U hrvatskom pravu veći broj posebnih zakona uređuju status određenih skupina osoba. Pravni oblici rada izvan radnog odnosa nisu sustavno uređeni zakonom jer se njihovi zakonski temelji nalaze u više zakona. Rad izvan radnog odnosa uključuje niz osoba koje obavljaju različite aktivnosti, primjerice osobe na stručnom osposobljavanju za rad bez zasnivanja radnog odnosa, dužnosnike i sl.<sup>70</sup>

## **2.6. Prethodno utvrđivanje pravne naravi odnosa**

U slučaju kada se zbog nejasnih granica ne može odrediti o kojem je ugovornom odnosu riječ, ugovornim stranama, prije svega naručitelju/poslodavcu, naknadno utvrđivanje postojanja radnoga odnosa može uzrokovati velike probleme, vezano uz plaćanje doprinosa, poreza, mogućih novčanih kazni i slično. I osobi koja obavlja rad više će odgovarati ako joj status radnika bude priznat od samog početka, a ne retroaktivno.

U vezi s time neki pravni sustavi predviđaju mogućnost da neko državno ili nedržavno tijelo ocjenjuje pravnu narav ugovornog odnosa.

U Italiji je od 2003. godine uvedena mogućnost "certificiranja ugovora", u cilju smanjenja broja sudskih sporova u vezi s utvrđivanjem postojanja radnog odnosa. Riječ je o neobveznom postupku koji iniciraju obje ugovorne strane zajedničkim pisanim zahtjevom. Tijelo koje odlučuje o certifikatu može biti posebno povjerenstvo pri uredu za rad, čiji su članovi predstavnici radnika i poslodavaca, ili povjerenstvo koje imenuju sveučilišne katedre za radno pravo i instituti za rad. Ono pruža pomoć i savjetuje ugovorne strane u vezi sa sklapanjem, sadržajem i promjenama ugovora, a prije svega vezano uz njegovu odgovarajuću pravnu kvalifikaciju kao ugovora o zaposlenju ili ugovora građanskog prava. Odluka o certifikaciji mora izričito određivati učinke certifikacije, tj. određenje ugovora: građanskopravne,

67 Engels, C., op. cit., str. 368.

68 Däubler, W., *Protection of Working Relations in Germany*, u: *The Protection of Working Relationships, A comparative study* (ur. F. Pennings, C. Bosse), Kluwer Law International, The Netherlands, 2011., str. 140 i d.

69 U hrvatskoj sudskoj praksi prepoznat je kao ugovor obveznog prava, na koji se ne primjenjuju odredbe ZR-a ako stranke to nisu ugovorile. U teoriji se smatra ugovorom autonomnog prava, na koji bi trebalo primijeniti pojedine odredbe radnozaštitnog zakonodavstva. Više: Grgurev, I., *Pravna priroda i sadržaj menadžerskih ugovora, Radno pravo*, Zagreb, 2011., str. 133.

70 Detaljno: Potočnjak, Ž., Gotovac, V., *Rad i pravni oblici rada u Republici Hrvatskoj*, u: *Rad u Hrvatskoj: Pred izazovima budućnosti* (ur. V. Franičević, V. Puljiz), Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2009., str. 281-283.

upravnopravne, poreznopravne učinke kao i učinke iz područja socijalnog osiguranja. Institut je noveliran 2010. godine.<sup>71</sup> Certificiranje ne znači da je kvalifikacija ugovora apsolutna. Stranke mogu pobijati ispravu o certificiranju pred radnim sudom zbog pogrešne kvalifikacije ugovora, razlika između ugovorom planiranog rada i onog izvršenog te mana volje. Kako je isprava o certificiranju administrativni akt, stranke mogu pokrenuti postupak pred upravnim sudom zbog povrede pravila postupka ili zlorabe ovlasti.<sup>72</sup>

U njemačkom je pravu pojam zaposlenja (*Beschäftigung*) u svrhu ostvarivanja prava iz socijalnog osiguranja definiran Socijalnim zakonikom (Knjiga IV., par. 7), kao nesamostalni rad, posebice u okviru radnoga odnosa. Pokazatelj zaposlenja jest rad prema uputama i uključivanje u radnu organizaciju davatelja uputa. Obuhvaća i vrijeme provedeno na profesionalnom osposobljavanju te određena razdoblja oslobođenja od obveza rada. Ovakvo definiranje "zaposlenja" popraćeno je uvođenjem posebnog upravnog postupka u kojem obje stranke nekog pravnog odnosa mogu zahtijevati od nadležnog upravnog tijela utvrđivanje postojanja "zaposlenja". Uz to, isti postupak može pod određenim uvjetima pokrenuti nadležni ured. Svrha je osigurati brzo i izravno sredstvo za utvrđivanje postojanja "zaposlenja", kojim se može otkloniti pogrešna klasifikacija određenog odnosa.

Nizozemska porezna uprava ima ovlast certificirati građanskopravni ugovor. Ako izvršitelj nekog rada dobije izjavu o statusu neovisnog ugovaratelja, odnos između njega i njegova klijenta ne može se smatrati radnim odnosom (čl. 6(1) (e) Zakona o socijalnom osiguranju). Izjava se izdaje na vrijeme od godine dana i može obnavljati godišnje, a nakon tri godine obnavlja se automatski, osim ukoliko se ne promijene okolnosti.<sup>73</sup>

U Rumunjskoj se ugovor koji je registriran u registru posloprimaca smatra ugovorom o radu vezano uz doprinose za socijalno osiguranje te utvrđivanje nadležnosti radnih sudova u slučaju sporova. Slično tome, autorizacija ili registracija pri Rumunjskom trgovačkom registru stvara presumpciju da je sklopljen ugovor građanskog prava. Zbog toga su se u praksi sporovi o pravnoj naravi odnosa među strankama javljali samo ako nije bio sklopljen pisani ugovor te nije bilo autorizacije ili registracije. Od 2011. godine novi Zakonik o radu uveo je obveznu pisanu formu ugovora o radu.<sup>74</sup>

## 2.7. Pojam radnika u europskom pravu

Iako se termin *radnik* (*worker*) koristi u pravnim dokumentima EU koji uređuju različita pravna područja, pojam radnik nije definiran u zakonodavstvu EU. U vezi sa slobodom kretanja radnika (sada uređenom u čl. 45 Ugovora o funkcioniranju

71 Vidi: Perulli, u: Casale, *The Employment Relationship*, op. cit., str. 149, ILO guide 2013, op. cit., str. 15.

72 Cataudella, M. C., op. cit., str. 3-4.

73 ILO guide 2013, op. cit., str. 15-16.; Pennings, F., *The Protection of Working Relationships in the Netherlands*, op. cit., str. 103-106.

74 ILO guide 2013, op. cit., str. 16.



EU (UFEU)) pojam radnika odredio je Sud EU.<sup>75</sup> Razvio je tzv. formulu *Lawrie-Blum* (prvi put upotrijebljenu u istoimenoj presudi)<sup>76</sup>, iz koje proizlaze sljedeća tri kriterija (pretpostavke) za određenje radnoga odnosa: rad koji osoba obavlja mora imati ekonomsku vrijednost, mora ga obavljati prema uputama druge osobe (u odnosu podređenosti) te za njega mora dobiti naknadu. U kasnijim istovrsnim odlukama Sud se izričito poziva na navedenu formulu, s kojom je za prepoznavanje elemenata radnog odnosa postavio niske kriterije, kako bi se što širem krugu osoba zajamčila prava u vezi sa slobodom kretanja radnika.<sup>77</sup> Sud je kasnije istu formulu upotrijebio pri tumačenju pojma radnika u vezi s načelom jednake plaće za muškarce i žene, sada određenim u čl. 157. UFEU-a (predmet *Allonby*<sup>78</sup>) odnosno načelom jednakog postupanja (predmet *Wippel*<sup>79</sup>).<sup>80</sup>

U ostalim, klasičnim radnopravnim područjima koja su na razini EU uređena direktivama dugo nije postojao jednoobrazni pojam radnika. I Komisija EU je u tzv. *Zelenoj knjizi - Modernizacija radnoga prava za suočavanje s izazovima 21. stoljeća* zauzela stajalište da je rješavanje pitanja vezanih uz određenje radnoga odnosa prije svega stvar država članica. Većina direktiva čak izričito određuje da se pojam radnika utvrđuje u skladu s nacionalnim pravom.<sup>81</sup> Neke direktive nemaju takve odredbe što ustvari omogućuje Sudu EU da odredi pojam radnika i time odredi opseg primjene te direktive. Neko vrijeme Sud nije koristio tu mogućnost. No u zadnjih desetak

75 Stajalište je Suda da pojmu "radnik" treba dati jednoobrazno značenje, u smislu prava Unije (*a Union meaning in law*), kako ne bi bilo ugroženo ostvarivanje prava na slobodno kretanje radnika. Nazivi "radnik" i "aktivnost kao zaposlena osoba" ne smiju se određivati upućivanjem na nacionalno pravo država članica jer bi to omogućilo jednostrano utvrđivanje i mijenjanje njihova značenja nacionalnim pravom, te moguće proizvoljno isključivanje određenih skupina osobe iz zaštite koju pruža Ugovor. Kako se ovim terminima definira područje primjene jedne od temeljnih sloboda zajamčenih Ugovorom, oni se ne smiju usko tumačiti. Šire: Blanpain, Roger, *The European Union and Employment Law*, u: *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies* (XIth ed.) (ur. R. Blanpain), The Netherlands, Wolters Kluwer, 2014., str. 191-192.

76 Predmet *Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg* C-66/85, 3.7. 1986, ECLI:EU:C:1986:284.

77 U svojoj bogatoj praksi Sud je kao učinkovite i stvarne aktivnosti ekonomske naravi, iz čega su isključene aktivnosti čiji je opseg manji pa se mogu smatrati marginalnim i dopunskim (kriteriji iz predmeta *Levin* na koje se pozvao u presudi *Lawrie-Blum*) okarakterizirao široki spektar djelatnosti, od profesionalnog bavljenja sportom, obavljanja rada za vjersku zajednicu bez plaće, za određeni džeparac te osiguranje smještaja i prehrane, djelatnosti prostitucije i drugih. Šire: Peročević, Katarina, *Pojam "radnika" u pravu Europske unije*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 67., br. 2, 2017., str. 327-336.

78 Predmet *Debra Allonby v Accrington & Rossendale College and Others*, C-256/01, 13.1.2004, ECLI:EU:C:2004:18.

79 Predmet *Nicole Wippel v Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, C-313/02, 12.10.2004, ECLI:EU:C:2004:607. U ovom predmetu Sud je, široko tumačeći pojam radnik, utvrdio da se radnikom u smislu Direktive 76/207/EEZ, smatra i osoba zaposlena s nepunim radnim vremenom, ako takvo direktno vrijeme i organizacija rada ovisi o količini potrebnoga posla i određuju se od slučaja do slučaja sporazumom stranaka ("rad na poziv").

80 Više: Senčur Peček D., *Prepoved diskriminacije z vidika vprašanja opredelitve delovnega razmerja*, *Delavci in delodajalci*, letnik VII/2007, posebna izdaja, str. 153-183.

81 Primjerice, o prijenosu poduzeća, europskom radničkom vijeću i dr.

godina počeo je koristiti formulu *Lawrie-Blum* i kod određenja pojma radnika u vezi s tim direktivama, prije svega direktivama 92/85/EEZ, 2003/88/EZ i 98/59/EZ<sup>82</sup>. To su presude u predmetima *Kiiski*,<sup>83</sup> *Union syndicale Solidaires Isère*,<sup>84</sup> *Danosa*,<sup>85</sup> i najnoviji, *Fenoll*,<sup>86</sup> i *Balkaya*,<sup>87</sup>). Kao što proizlazi iz odluke u predmetu *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*,<sup>88</sup> Sud je počeo jednoobrazni pojam radnika širiti i na direktive koje izričito upućuju na nacionalni pojam radnika (u tom slučaju na Direktivu 2008/104/EV).<sup>89</sup> S obzirom da nacionalno pravo kojim su implementirane direktive treba tumačiti u duhu direktiva, kako ih je tumačio Sud EU, u ovome području treba poštivati i pojam radnika kako ga je oblikovao Sud (koji je često širi od pojma radnika prema nacionalnom pravu).<sup>90</sup>

82 Direktiva Vijeća 92/85/EEZ od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje (SL, L 348, 28.11.1992.); Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim aspektima organizacije radnog vremena (SL, L 299, 18.11.2003.); Direktiva Vijeća 98/59/EZ od 20. srpnja 1998. o usklađivanju zakona država članica u odnosu na kolektivni višak zaposlenika (SL, L 225, 12.8.1998.)

83 Predmet *Sari Kiiski v Tampereen kaupunki*, C-116/06, 20.9.2007, ECLI:EU:C:2007:536. Stajalište je Suda da *sui generis* narav radnog odnosa kako je utvrđena nacionalnim pravom ne može utjecati na to smatra li se osoba radnikom u smislu prava EU, te da formalna kategorizacija osobe kao samozaposlene osobe prema nacionalnom pravu ne isključuje mogućnost da se ta osoba smatra radnikom ako je osobna neovisnost samo pojmovna (prikriiveni radni odnos, analogija s *Allonby*).

84 Predmet *Union syndicale Solidaires Isère v Premier ministre and Others*, C-428/09, 14.10.2010, ECLI:EU:C:2010:612.

85 Predmet *Dita Danosa v LKB Lizings SIA.*, C-232/09, 11.11.2010, ECLI:EU:C:2010:674.

86 Predmet *Gérard Fenoll v Centre d'aide par le travail »La Jouvene« and Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon*, C-316/13, 26. 3. 2015, ECLI:EU:C:2015:200. Sud je utvrdio da pojam radnik u smislu Direktive 2003/88/EZ može obuhvatiti i osobu koja je primljena u "centar za rehabilitacijski rad", u kojem osobe s invaliditetom obavljaju rad za koji dobivaju određenu naknadu.

87 Predmet *Ender Balkaya v Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*, C-229/14, 9.7.2015, ECLI:EU:C:2015:455. Sud je utvrdio da se član uprave društva s ograničenom odgovornošću smatra radnikom u smislu Direktive 98/59/EZ o kolektivnim otkazima. Detaljnije: Potočnjak, Željko, *Kolektivno otkazivanje radnih odnosa u praksi Suda Europske unije*, Zbornik 54. susreta pravnika, Opatija '16 (ur. J. Barbić, Miljenko, G.), Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2016., str. 240 i d.; Senčur Peček, D., *Pojem delavca*, op. cit., str. 209.

88 Predmet *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH v Ruhrlandklinik gGmbH*, C-216/15, 17.11.2016, ECLI:EU:C:2016:883.

89 Direktiva 2008/104/ES Europskog parlamenta i Vijeća od 19. studenog 2008. o radu putem agencija za privremeno zapošljavanje, SL, L 327, 5.12.2008., str. 9.

90 Više: Senčur Peček, *Pojem delavca*, op. cit.

### **3. UTVRĐIVANJE POSTOJANJA RADNOGA ODNOSA U SLOVENIJI I HRVATSKOJ**

#### **3.1. Uloga inspekcije rada**

Kako bi radno pravo zaštitilo sve osobe koje obavljaju rad u odnosu ovisnosti, nije dovoljna odgovarajuća zakonska regulativa prava radnika, već je nužno osigurati da takvu radnopravnu zaštitu ostvare svi oni koji su po svojim obilježjima radnici. Pošto se osobe, koje rad formalno obavljaju na temelju ugovora građanskog ili trgovačkog prava, često ne usuđuju podići tužbu i pred sudom ostvariti svoja prava iz radnoga odnosa, pri otkrivanju prikrivenih radnih odnosa posebnu ulogu ima inspekcija rada.

U Republici Sloveniji nadzor nad ostvarivanjem odredbi radnog zakonodavstva obavlja Inspektorat Republike Slovenije za rad, koji je tijelo u sastavu Ministarstva za rad, obitelj, socijalne poslove i jednake mogućnosti. Organizaciju inspekcije, položaj, prava i dužnosti inspektora, njihove ovlasti, postupak inspeksijskog nadzora, inspeksijske mjere i druga pitanja vezana uz inspeksijski nadzor uređuju Zakon o inspekciji rada (ZID-1)<sup>91</sup> i Zakon o inspeksijskom nadzoru (ZIN).<sup>92</sup>

Inspektori obavljaju inspeksijski nadzor kod poslodavaca na temelju podnesene prijave (koja može biti i anonimna), kao i u okviru različitih ciljanih akcija Inspektorata RS za rad (koje se odnose na nadzor poslodavaca u određenim djelatnostima u kojima je povećan broj prekršaja ili na nadzor provođenja određenih instituta radnoga prava).<sup>93</sup>

Kao što proizlazi iz Izvješća o radu Inspektorata za rad za 2016. godinu,<sup>94</sup> problematika prikrivenih radnih odnosa, odnosno otkrivanje prekršaja zabrane sklapanja ugovora građanskog prava suprotno odredbi stavka 2. čl. 13. ZDR-1, znači "jedan od najvećih izazova za inspektore na području nadzora radnih odnosa".<sup>95</sup>

Razlog za takvu tvrdnju nije broj utvrđenih prekršaja, kojih je u 2016. godini, kao i u 2015. godini bilo oko 160.<sup>96</sup> Ta brojka, naime, ne odražava stvarnu raširenost te pojave u praksi.<sup>97</sup> Inspektorat konstatira da se trend obavljanja rada na drugim pravnim osnovama (ne na temelju ugovora o radu) u praksi povećava. Pojavljuje se u najrazličitijim djelatnostima (u novinarstvu i kulturi, kao i u ugostiteljstvu, transportu, graditeljstvu kao i drugdje), na taj način rad obavljaju studenti, samostalni poduzetnici,

91 Uradni list RS, br. 19/2014 i 55/2017.

92 Uradni list RS, br. 43/2007-UPB1 i 40/2014.

93 Vidi Poročilo o delu Inšpektorata RS za delo za leto 2016 (dalje Poročilo o delu za 2016), str. 11.

94 Riječ je o redovitom godišnjem izvješću, objavljenom na web stranici Inšpektorata RS za delo: [http://www.id.gov.si/fileadmin/id.gov.si/pageuploads/Splosno/LETNA\\_POROCILA/LP\\_2016\\_konc\\_skupno.pdf](http://www.id.gov.si/fileadmin/id.gov.si/pageuploads/Splosno/LETNA_POROCILA/LP_2016_konc_skupno.pdf).

95 Poročilo o delu za 2016, str. 64.

96 Vidi Poročilo o delu za 2016, op. cit., str. 65. I za ranije godine broj utvrđenih prekršaja bitno se ne razlikuje – u 2014. godini bilo ih je 237, u 2013. godini 201, u 2012. godini 121, u 2011. godini 120. Vidi Poročilo o delu 2014., op. cit., str. 60.

97 To je dijelom posljedica činjenice da radnici ne prijavljuju takve prekršaje, već prekršaje utvrđuju inspektori prije svega u okviru ciljanih pooštrenih nadzora u pojedinim djelatnostima (npr., kod poslodavaca u medijskim kućama, ugostiteljstvu, pekarama, graditeljstvu itd.). Vidi Poročilo o delu za leto 2016, op. cit., str. 66.

nezaposleni, umirovljenici, pa čak i radnici koji već rade s punim radnim vremenom.<sup>98</sup> Na raširenost pojave u praksi ukazuju i oglasi u medijima u kojima poslodavci traže kandidate koji bi rad na slobodnim radnim mjestima (znači na poslovima gdje postoje elementi radnoga odnosa) obavljali na temelju ugovora građanskoga prava.<sup>99</sup>

Utvrđivanje postojanja radnoga odnosa u slučaju obavljanja rada na drugoj ugovornoj osnovi za inspektore predstavlja izazov, prije svega zato što se često susreću s poteškoćama prilikom utvrđivanja elemenata radnoga odnosa i pronalaženja dokaza o njihovu postojanju.<sup>100</sup> Da bi inspektor poduzeo mjere, mora u konkretnom slučaju utvrditi obavlja li osoba (koja ima sklopljen građanskopravni ugovor) rad osobno, trajno, po uputama i pod nadzorom poslodavca itd., dakle, utvrditi sve elemente radnoga odnosa koje određuje čl. 4. ZDR-a. Pritom se inspektori susreću sa sve inovativnijim praksama poslodavaca koji žele prikriti postojanje radnoga odnosa. Pri dokazivanju trajnosti, neprekidnosti rada kao problem se pojavljuju prilagođene (falsificirane), necjelovite ili nepostojeće evidencije o korištenju radnog vremena.<sup>101</sup> Pojavljuju se i zanimljiva određenja rada u ugovoru o djelu, na način koji upućuje na samostalno i povremeno obavljanje rada, a ustvari je riječ o radu koji spada u temeljnu djelatnost poslodavca (sistemizirano radno mjesto).<sup>102</sup>

Dodatni problem u vezi s prikrivenim radnim odnosima na kojega su godinama upozoravali inspektori bila je neprikladnost sankcija koje su im stajale na raspolaganju. Sve do novele ZID-1 2017. godine inspektori bi u slučaju kada bi utvrdili sklapanje građanskopravnog ugovora suprotno stavku 2. članka 13. ZDR-1, odlukom privremeno zabranili obavljanje rada radnika do otklanjanja nepravilnosti,<sup>103</sup> ali nisu mogli poslodavcu naložiti sklapanje ugovora o radu s tim radnikom.<sup>104</sup> Poslodavac je utvrđenu nepravilnost mogao otklanjati sklapanjem ugovora o radu s osobom koja je rad obavljala na temelju ugovora građanskoga prava ili, pak, na drugi način – tako da bi otkazao građanskopravni ugovor i osoba više nije radila kod poslodavca. U takvim slučajevima (koji su bili češći prije svega kod manjih poslodavaca) zbog odluke inspekcije osoba bi stvarno izgubila (u pravilu jedini) izvor prihoda.<sup>105</sup> Bio je

98 Ibid.

99 Na takve objave slobodnih radnih mjesta inspektore rada su 2016. godine upozoravali sindikati (Poročilo o delu za 2016, op. cit., str. 66), a na njih je prije toga upozoravano i u teoriji. Vidi Senčur Peček D., Neuporaba in spremenjena uporaba institutov delovnega prava, *Podjetje in delo*, br. 6-7/2015, str. 1193 i 1194.

100 Inspektorat navodi da su standardi dokazivanja vrlo visoki i približavaju se onima koje pri odlučivanju o postojanju radnoga odnosa koriste radni sudovi. Vidi Poročilo o delu za 2016, op. cit., str. 66.

101 U takvim primjerima inspektori najprije naređuju poslodavcu odgovarajuće vođenje evidencije.

102 Na primjer, rad kuhara bio je u ugovoru o djelu određen kao "poučavanje o pripremi autohtonih jela (žlikrofi, štrukli od oraha, ...) po prethodnom dogovoru ili pozivu". Vidi Poročilo o delu za 2016, op. cit., str. 66.

103 Vidi toč. 6. stavka 1. članka 19. ZID-1. O.K.

104 I dosad je inspektor mogao poslodavca kazniti novčanom kaznom zbog prekršaja odredbe stavka 2. članka 13. ZDR-1 (u skladu sa čl. 217. ZDR-1, koji takvo ponašanje određuje kao prekršaj). Inspektori rada su, naime, i prekršajno tijelo što znači da ne samo da otkrivaju prekršaje, već o njima i odlučuju i za njih izriču sankcije.

105 U tom je slučaju, naravno, radnik mogao dokazivati postojanje radnog odnosa tužbom pred radnim sudom i sudskim putem ostvarivati svoja prava.

to također razlog zbog čega prikriveni radnici nisu prijavljivali prekršaje.<sup>106</sup>

Novelirani ZID-1,<sup>107</sup> u kojem su prihvaćeni prijedlozi inspektorata za rad, sada u čl. 19. st. 2. određuje da inspektor rada koji odlukom utvrdi da osoba ima sklopljen građanskopravni ugovor suprotno čl. 13. st. 2. ZDR-1, istovremeno tom odlukom naređuje poslodavcu da istoj osobi dâde pisani ugovor o radu u roku od tri radna dana od dostave odluke.<sup>108</sup> Pisani ugovor mora odgovarati stvarnom stanju koje proizlazi iz odluke inspekcije (vezano uz vrstu i opseg rada koji je osoba obavljala), plaća za rad mora biti usporediva s plaćom koja je za isti rad propisana kolektivnim ugovorom i općim aktima koji obvezuju poslodavca (pri čemu se uzimaju u obzir i obveze plaćanja poreza i doprinosa).<sup>109</sup> Osoba koja je rad obavljala na temelju ugovora građanskog prava može ponuđeni ugovor o radu prihvatiti ili odbiti te prestati raditi kod poslodavca. Ako je osoba odbila potpisivanje ugovora koji joj ne odgovara, ima pravo tražiti sudsku zaštitu pred nadležnim radnim sudom u roku od 30 dana od dostave ugovora. Pravo na sudsku zaštitu u roku od 30 dana od proteka roka ima i osoba kojoj poslodavac, usprkos odluci inspektora, nije dao ugovor o radu.<sup>110</sup>

Poslodavac koji ne postupi u skladu s odredbom iz odluke inspekcije i osobi ne da odgovarajući ugovor o radu čini time prekršaj prema toč. 3., stavka 1., članka 24. ZID-1, za koji je predviđena novčana kazna.

U Hrvatskoj inspeksijske poslove u području rada i zaštite na radu obavlja Inspektorat rada kao posebna upravna organizacija u sastavu Ministarstva rada i mirovinskoga sustava, ako posebnim zakonom nije drukčije propisano.<sup>111</sup> Inspeksijski nadzori obavljaju se, s jedne strane, na temelju podnesaka radnika, radničkih vijeća, sindikata, poslodavaca, inspeksijskih službi i drugih tijela državne uprave i drugih pravnih i fizičkih osoba, kada su inspektori dužni obaviti nadzor.<sup>112</sup> S druge strane, inspeksijski nadzori obavljaju se u okviru organiziranih ciljanih akcija nadzora provedbe propisa kod poslodavaca u određenim djelatnostima ili na određene okolnosti. U 2016. godini obavljeno je 215 takvih ciljanih nadzora koji su se odnosili, između ostalog, prvenstveno na “zakonitost zapošljavanja i prijavljivanja radnika nadležnim tijelima mirovinskoga i zdravstvenoga osiguranja”, ponajprije u cilju suzbijanja nezakonitog rada (“rada na crno”) i drugih nezakonitosti.<sup>113</sup>

U Izvješću se prikriveni radni odnos definira kao “zapošljavanje radnika na

106 Vidi Poročilo o delu za 2016, op. cit., str. 66.

107 Vidi Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o inšpekciji dela (ZID-1A), Uradni list RS, br. 55/2017, koji je stupio na snagu 21.10.2017.

108 Riječ je o rješenju sličnom onome koje sadrži Zakon o sprječavanju rada i zapošljavanja na crno (Zakon o preprečavanju dela in zaposlovanja na crno, Uradni list RS, br. 32/2014; ZPDZC-1) za slučaj kada se utvrdi zapošljavanje na crno (primjerice, kada osoba obavlja rad kod poslodavca bez ikakvog pravnog temelja). Vidi stavak 5. članka 5. ZPDZC-1.

109 Vidi st. 3. članka 19. ZID-1.

110 Vidi st. 4. i 5. članka 19. ZID-1.

111 Ustrojen je početkom 2014. godine Zakonom o Inspektoratu rada (NN, br. 19/14, dalje: ZIR) te Uredbom o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva rada i mirovinskoga sustava (NN, br. 25/14 i 60/15).

112 Čl. 223. st. 3. ZR-a odnosno čl. 42. st. 2. ZUP-a. U 2016. bilo je 4.816 takvih nadzora u području radnih odnosa.

113 Izvješće 2016., op. cit., str. 26.

poslovima koji s obzirom na narav i vrstu rada te ovlasti poslodavca imaju obilježja posla za koji se zasniva radni odnos na temelju različitih prividnih (simuliranih) obvezno pravnih ugovora (najčešće ugovora o djelu) kojima se prikrija radni odnos, umjesto ugovora o radu”, te prikazuje kao jedan od oblika “nezakonitog rada radnika”.<sup>114</sup> Jedini egzaktni podatak o broju “prikriivenih radnih odnosa” utvrđenih inspeksijskim nadzorima u Izvješću za 2016. godinu odnosi se na 858 radnika koji su u 2016. godini radili kod poslodavaca (976 u 2015. godini, a 774 u 2014.) “na obavljanju posla koji s obzirom na narav i vrstu rada te ovlasti poslodavca ima obilježje posla za koji se zasniva radni odnos, a koje poslodavci nisu prijavili na obvezno mirovinsko osiguranje prije početka rada ili na odgovarajuće radno vrijeme”,<sup>115</sup> a predstavlja jedan od najčešćih oblika nezakonitog zapošljavanja.<sup>116</sup> Nema podataka o djelatnostima u kojima je najčešći, dok se za “nezakoniti rad radnika”, kojim je prikriiveni radni odnos obuhvaćen, navodi da je bio prisutan u gotovo svim djelatnostima, a osobito u ostalim uslužnim djelatnostima,<sup>117</sup> djelatnosti umjetnosti, zabave i rekreacije, građevinarstvu, trgovini, djelatnosti pružanja usluga i smještaja te pripreme i usluživanja hrane, prerađivačkoj industriji, djelatnosti zdravstvene zaštite i socijalne skrbi, poljoprivredi, šumarstvu i ribarstvu.<sup>118</sup>

Nadalje, prema Izvješću, u 2016. godini protiv poslodavaca i odgovornih osoba poslodavaca podnesene su 34 kaznene prijave zbog osnovane sumnje u počinjenje kaznenog djela iz članka 134. KZ-a, tj. zbog povrede prava iz socijalnog osiguranja,<sup>119</sup> bez detaljnijeg navođenja vrste povrede, što upućuje na zaključak da bi mogli biti obuhvaćeni i prikriiveni radni odnosi.

U obavljanju svojih poslova inspektori rada imaju ovlasti vezano uz utvrđivanje činjeničnog stanja u konkretnom slučaju te uz poduzimanje mjera za otklanjanje i suzbijanje nezakonitosti.<sup>120</sup> Prema hrvatskom pravu inspektor rada koji tijekom nadzora utvrdi da je kod poslodavca radio radnik na obavljanju posla koji s obzirom na narav i vrstu rada te ovlasti poslodavca ima obilježje posla za koji se zasniva radni odnos, a kojeg poslodavac nije prijavio na obvezno mirovinsko osiguranje prije početka rada

114 Izvješće 2016., op. cit., str. 26.

115 Izvješće 2016., op. cit., str. 16, 43 (u Tablici 2).

116 Izvješće, 2016., op. cit., str. 26.

117 Obuhvaćaju djelatnosti članskih organizacija, popravak računala i predmeta za osobnu uporabu i kućanstvo te različite osobne uslužne djelatnosti koje nisu drugdje razvrstane u klasifikaciji, kao što su pranje i kemijsko čišćenje tekstila i krznenih proizvoda; popravak računala i predmeta za osobnu uporabu i kućanstvo; djelatnosti frizerskih salona i salona za uljepšavanje; djelatnosti za njegu i održavanje tijela.

118 Izvješće 2006., op. cit., str. 26.

119 Kazneno djelo povrede prava iz socijalnog osiguranja čini onaj tko drugome uskrati ili ograniči pravo iz mirovinskog ili zdravstvenog osiguranja ili osiguranja od nezaposlenosti utvrđenog zakonom ili uskrati uplatu doprinosa za zapošljavanje osoba s invaliditetom, pod uvjetom da time nisu ispunjena obilježja nekog drugog kaznenog djela. Prema tome, riječ je o supsidijarnom kaznenom djelu, za koje će počinitelj odgovarati samo ako njegovo ponašanje nije već obuhvaćeno nekim drugim kaznenim djelom kojim se štite prava iz socijalnog osiguranja. Grozdanić, V., Škorić, M., Martinović, I., Kaznenopravna zaštita radnika prema odredbama novog Kaznenog zakona, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 19, broj 2/2012, str. 479.

120 Tadić, I., Nadzor primjene propisa o radnim odnosima, *Radno pravo*, br. 11/2014., str. 4.

ili na odgovarajuće radno vrijeme (u skladu s čl. 112. st. 1. toč. 2., čl. 171. Zakona o mirovinskom osiguranju (ZMO)<sup>121</sup> i čl. 36. ZIR-a), može poslodavcu izreći posebnu upravnu mjeru privremene zabrane obavljanja djelatnosti u nadziranom poslovnom objektu, odnosno prostoru. U skladu s čl. 171. ZMO-a inspektor rada usmenim rješenjem u zapisniku zabranjuje poslodavcu obavljanje djelatnosti u nadziranom poslovnom objektu, odnosno prostoru. Mjera se izriče na određeno vrijeme dok poslodavac ne otkloni nedostatke u poslovanju.<sup>122</sup> Iznimno, mjera se neće izvršiti, a usmeno izrečeno rješenje će se ukinuti ako poslodavac kome je mjera izrečena u roku od pet dana od dana izricanja mjere, nadležnom inspektoru rada dostavi dokaz da je otklonio nedostatke u poslovanju i izvršio uplatu iznosa od 30.000,00 kuna, za svakog radnika za kojeg poslodavac nije izvršio obveze, u korist državnog proračuna. Ovakva rješenja u usmenom obliku, u zapisniku o provedenom nadzoru, primjerena su kao hitna mjera radi “zaštite od različitih pojava oblika “sive ekonomije” i njenih posljedica”, a ako poslodavac postupi po nalogu inspektora rada u ostavljenom roku, protiv njega se u pravilu neće voditi prekršajni postupak jer takav propust više nije sankcioniran kao prekršaj.<sup>123</sup> No obilježje prekršajnog djela ostvarit će se u slučaju ako poslodavac ne postupi po nalogu inspektora rada, tj. ne izvrši rješenje (čl. 229. st. 1. toč. 3 ZR-a).<sup>124</sup> Tijekom inspekcijskih nadzora inspektori radnicima - podnositeljima predstavki daju savjete u pogledu ostvarivanja pojedinačnih prava iz radnog odnosa, a zanimljivo je da se u Izvješću navodi da je iz nekih podnesaka radnika vidljivo njihovo očekivanje da će inspektor rada u inspekcijskom postupku, osim poduzimanja odgovarajućih mjera, preuzeti i ulogu suda, dakle umjesto suda riješiti spor između radnika i poslodavca, što Inspektorat pripisuje činjenici dugotrajnosti sudskih postupaka u kojima radnici traže svoja prava.<sup>125</sup>

### 3.2. *Sudska zaštita*

Osoba koja obavlja rad na temelju ugovora građanskog ili trgovačkog prava, na način karakterističan za radni odnos (prikriveni radnik), može sudski utvrđivati postojanje radnoga odnosa te zahtijevati prava koja iz toga proizlaze.

Uzimajući u obzir čl. 5. slovenskog Zakona o radnim i socijalnim sudovima (ZDSS-1)<sup>126</sup> spor o sklapanju, postojanju, trajanju i prestanku radnoga odnosa

121 Zakon o mirovinskom osiguranju, NN, br. 157/2013, 151/2014, 33/2015, 93/2015, 120/2016, 18/2018.

122 Najkraće u trajanju od petnaest dana ako su nedostaci utvrđeni prvi put, odnosno u trajanju od trideset dana ako su istovjetni nedostaci utvrđeni drugi i svaki sljedeći put, računajući od dana donošenja prvog usmenog rješenja. Rješenje se izvršava pečaćenjem poslovnih prostorija, postrojenja, uređaja i druge opreme za rad ili na drugi pogodan način u roku od pet dana od dana donošenja usmenog rješenja u zapisniku (bez donošenja posebnog akta o dozvoli izvršenja rješenja).

123 Tadić, I., Nadzor op. cit., str. 8, 9.

124 Poslodavac je osim toga na temelju usmenog rješenja na zapisnik u ostavljenom roku dužan dostaviti podatke o radnicima u elektroničku bazu koju vodi nadležno tijelo mirovinskog osiguranja, u skladu sa čl. 226, st. 1. toč. 1 ZR-a.

125 Izvješće 2006., op. cit., str. 28.

126 Uradni list RS, br. 2/04 i d.

predstavlja pojedinačni radni spor o kojemu odlučuje mjesno nadležni radni sud.

Prikriveni radnik može tražiti priznavanje svojih prava već u trenutku postojanja ugovornog odnosa ili tek nakon što je taj odnos prestao (što je u praksi pravilo). U prvom slučaju mora najprije podnijeti zahtjev poslodavcu, a ukoliko ovaj ne ispuni svoje obveze u roku od osam dana, radnik može u roku od 30 dana podići tužbu.<sup>127</sup> U drugom slučaju kada prikriveni radnik tek po prestanku ugovornog odnosa odluči tražiti priznavanje svojih prava kao radnik, ima pravo na izravnu sudsku zaštitu što znači da prethodno utvrđivanje prava kod poslodavca nije potrebno. Iako ni ZDR-1 ni ZDSS-1 u vezi s utvrđivanjem postojanja radnoga odnosa ne određuju rok za podizanje tužbe, njega je utvrdila sudska praksa. Ako prikriveni radnik ne podigne tužbu u roku od 30 dana od prestanka ugovornog odnosa odnosno od tada kada je saznao za prestanak ugovornog odnosa, sud će tužbu odbaciti kao zakašnjelu. Sudska praksa pritom polazi od odredbe čl. 200. st. 3. ZDR-1, koji određuje 30-odnevni prekluzivni rok za podizanje tužbe radi utvrđivanja nezakonitog prestanka radnoga odnosa. S ovim se stajalištem moguće suglasiti vezano uz ocjenu pravodobnosti zahtjeva u vezi s nezakonitošću prestanka radnoga odnosa (čije se postojanje utvrđuje), ali ne i vezano uz pravodobnost samog utvrđivanja postojanja radnoga odnosa i mogućih drugih zahtjeva koji iz njega proizlaze. Opravdani su prijedlozi teorije<sup>128</sup> da bi to ograničavajuće stajalište sudske prakse bilo potrebno nadograditi i dopustiti prikrivenom radniku da i nakon proteka roka za utvrđivanje nezakonitosti prestanka odnosa tužbom zahtijeva samo utvrđivanje postojanja radnoga odnosa,<sup>129</sup> te u zastarnom roku od pet godina uz to traži i moguća novčana potraživanja (primjerice, plaću koja je bila utvrđena zakonom i kolektivnim ugovorima, regres za godišnji odmor, vraćanje troškova nastalih u vezi s radom itd.).<sup>130</sup>

Uzimajući u obzir čl. 18. ZDR-1, koji određuje pretpostavku postojanja radnoga odnosa, prikriveni radnik ne mora dokazivati postojanje radnoga odnosa, već mora dokazati elemente radnoga odnosa (koji proizlaze iz čl. 4. ZDR-1). Radnik te elemente (rad prema uputama, osobno obavljanje rada, trajnost odnosa itd.) dokazuje različitim dokaznim sredstvima (evidencijama, svjedocima itd.). Prema važećem ZDR-1 teret dokazivanja je na radniku<sup>131</sup> pa će zato u slučaju kada radnik ne uspije dokazati elemente radnoga odnosa, sud njegov zahtjev odbiti.

127 Vidi st. 1. i 2. članka 200. ZDR-1.

128 Kresal, B., u: Bečan et al., *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem*, IUS SOFTWARE, GV Založba, Ljubljana, 2016., str. 129; Kresal B., *Obstoj delovnega razmerja kot predhodno vprašanje v delovnih sporih, Delavci in delodajalci*, 2-3/2016, str. 228.

129 Čak i ako radnik pritom ne zahtijeva novčana potraživanja, ima pravni interes za utvrđivanje postojanja radnoga odnosa (primjerice, radi priznanja radnoga staža i radnog iskustva; radi uključivanja u socijalno osiguranje itd.).

130 Vidi st. 4. članka 200. i članak 202. ZDR-1.

131 Ministarstvo za rad, obitelj, socijalne poslove i jednake mogućnosti pripremlilo je 10.11.2016. godine prijedlog izmjena i dopuna ZDR-1, koji je, među ostalim, u vezi s utvrđivanjem postojanja radnoga odnosa uvodio obrnuti teret dokazivanja, a prijedlog novele nije bio prihvaćen. Bio je predložen novi st. 2. članka 18. ZDR-1 koji je trebao glasniti: "Ako radnik u slučaju spora navodi činjenice koje opravdavaju pretpostavku postojanja radnoga odnosa, poslodavac mora dokazati da u spornome slučaju ne postoji radni odnos".



Ako prikriveni radnik dokaže elemente radnoga odnosa, sud utvrđuje<sup>132</sup> da je odnos koji je formalno nastao sklapanjem građansko-pravnog ili trgovačko-pravnog ugovora,<sup>133</sup> radni odnos, te na toj osnovi radniku priznaje prava koja je zahtijevao tužbom (utvrđivanje nezakonitosti prestanka radnoga odnosa i vraćanje na rad, novčane tražbine itd.).

Sudski sporovi u vezi s utvrđivanjem postojanja radnoga odnosa u Republici Sloveniji dosta su česti. Podatke o broju podignutih tužbi u vezi s utvrđivanjem postojanja radnoga odnosa naravno nemamo, a određeni je pokazatelj broj takvih predmeta o kojima je raspravljao Viši radni i socijalni sud na temelju žalbi te Vrhovni sud RS u revizijskom postupku. U javno dostupnoj bazi sudskih odluka<sup>134</sup> pod odrednicom “postojanje radnoga odnosa” može se naći više od 200 odluka (od toga 35 odluka iz 2017. godine), pod odrednicom “elementi radnoga odnosa” 160 odluka (od toga gotovo 60 odluka iz 2016. i 2017. godine).

Na temelju analize te sudske prakse<sup>135</sup> moguće je utvrditi da su slovenski sudovi u prošlosti bili bitno više rezervirani kod odlučivanja o postojanju radnoga odnosa, nego što su to danas. Pritom vrijedi istaknuti nekoliko vremenom oblikovanih stajališta koja danas predstavljaju ustaljenu sudsku praksu. Jedno od njih je stajalište da status studenta, status samostalnog poduzetnika ili neki drugi status ne isključuje utvrđivanje postojanja radnoga odnosa te osobe (da se, dakle, status studenta / samostalnog poduzetnika i status radnika pojmovno ne isključuju).<sup>136</sup> Važno je također i stajalište da volja ugovornih stranaka za zasnivanje radnoga odnosa u pravilu nije bitna (ako postoje elementi radnoga odnosa, sud utvrđuje postojanje radnoga odnosa, bez obzira na volju ugovornih stranaka).<sup>137</sup> Među novijima je stajalište da je moguće

132 Pri utvrđivanju postojanja radnoga odnosa riječ je o zahtjevu za utvrđenje, a ne pravostvarajućem zahtjevu.

133 Iz sudske prakse slovenskih radnih sudova proizlazi da se prikriveni radni odnos očituje u formi ugovora o djelu, autorskog ugovora, povremenog i privremenog rada studenata (studentske uputnice), ugovora o poslovnoj suradnji sa samostalnim poduzetnikom, ugovora o suradnji sa samostalnim novinarom itd.

134 Obuhvaćene su odluke Vrhovnog suda RS i svih viših sudova u RS, kao i Višega radnoga i socijalnoga suda (dalje: VRSS). Vidi: <http://www.sodnapraksa.si/>.

135 Vidi i: Debelak M., *Sodna praksa v sporih o obstoju delovnega razmerja med delavci in delodajalci, Delavci in delodajalci*, 2-3/2008, str. 439-457; Robnik I., *Sodna praksa v zvezi z obstojem delovnega razmerja in fleksibilnimi oblikami zaposlitve, Delavci in delodajalci*, 2-3/2012, str. 405-419; Mlakar Sukič N., Franca V., *Sodna praksa na področju prikritih delovnih razmerij, Pravna praksa*, 15/2017, priloga, str. II-VIII.

136 Prva presuda u kojoj je Vrhovni sud RS donio takvu odluku (u vezi sa studenticama koje su obavljale posao stjuardesa) bila je presuda u predmetu VIII Ips 129/2006, od 18. 12. 2007., kasnije presude koje se odnose na studentski rad su, npr., VIII Ips 266/209, od 5.9.2011.; VIII Ips 82/2013, od 14.10.2013., VIII Ips 54/2014, od 13.5.2014.; VIII Ips 145/2014, od 17.2.2015.; VIII Ips 16/2015, od 8.6.2015. U vezi s utvrđivanjem postojanja radnoga odnosa osoba koje su imale status samostalnog novinara vidi, primjerice, presudu VS VIII Ips 321/2009, od 6.9.2011. (kao i VIII Ips 266/2009, od 5.9.2011.). U vezi sa statusom samostalnog poduzetnika i istodobnim statusom radnika odlučivao je VDSS u presudama Pdp 558/2013, od 22.8.2013., Pdp 356/2014, od 25.9.2014 i drugima.

137 Vidi, primjerice, presude VS RS VIII Ips 129/2006, od 18.12.2007.; VIII Ips 152/2012, od 7.1.2013.; VIII Ips 82/2013, od 14.10.2013.

priznati status radnika i osobi koja ne ispunjava uvjete za obavljanje poslova nekog radnog mjesta, predviđene u aktu poslodavca o sistematizaciji,<sup>138</sup> ili osobi koja kod poslodavca obavlja rad koji nije odgovarajuće sistematiziran,<sup>139</sup> naravno uz uvjet da postoje svi elementi radnoga odnosa.

U vezi s utvrđivanjem elemenata radnoga odnosa Vrhovni sud RS u više je slučajeva zauzeo stajalište "da je pored ostalih elementa koji proizlaze već iz same naravi radnoga odnosa, osobito važno istaknuti element neprekinutog obavljanja rada prema uputama i pod nadzorom poslodavca (tj. neposrednu ovlast poslodavca), te se radni odnos razlikuje od ostalih pravnih odnosa prije svega po stupnju osobne ovisnosti, u kojoj je osoba obvezna obavljati određeni rad. Pravo poslodavca da daje upute odnosi se na sadržaj, izvođenje, vrijeme, trajanje i kraj aktivnosti. Radnik ne može potpuno slobodno oblikovati svoj rad i radno vrijeme. Osim toga, na postojanje radnoga odnosa upućuju i drugi indiciji, npr. objavljivanje slobodnog radnog mjesta, alate i druga pomagala za rad osigurava druga ugovorna strana te činjenica da se rad obavlja u okviru određenog radnog vremena, u radnim prostorijama koje određuje druga ugovorna strana, itd. ..."<sup>140</sup> Naravno, ovi indiciji odnosno pokazatelji neprekinutog rada prema uputama i pod nadzorom poslodavca ovisni su i o vrsti i naravi rada.<sup>141</sup> Kao jasan pokazatelj radnoga odnosa (bez obzira na vrstu rada) javlja se činjenica da je riječ o radnom mjestu koje spada u temeljnu djelatnost poslodavca<sup>142</sup> te činjenica da osoba obavlja rad na isti način na koji ga obavljaju druge osobe kod poslodavca koje imaju status radnika.<sup>143</sup>

Prema hrvatskom pravu radnik koji radi u prikrivenom radnom odnosu može sudsku zaštitu tražiti u parničnom postupku pred općinskim sudovima koji su, u skladu s čl. 34. st. 1. toč. 10. Zakona o parničnom postupku (ZPP),<sup>144</sup> nadležni za rješavanje sporova iz radnih odnosa. Hrvatski ZR ne sadrži posebne odredbe koje bi uređivale postupak (pretpostavke) ostvarivanja prava radnika u slučaju prikrivenog radnog odnosa. Odredbe čl. 133. ZR-a uređuju ostvarivanje prava radnika, tj. pretpostavke za sudsku zaštitu prava iz radnog odnosa. Prema toj odredbi radnik koji smatra da mu je poslodavac povrijedio neko pravo iz radnog odnosa može u roku od 15 dana od dostave odluke kojom je povrijeđeno njegovo pravo, odnosno od saznanja za povredu

138 Vezano uz to da poslodavci sklapaju ugovore o radu čak i s kandidatima koji ne ispunjavaju uvjete za obavljanje poslova radnoga mjesta (što predstavlja prekršaj), nema razloga da se takvoj osobi koja rad stvarno obavlja u odnosu koji ima elemente radnoga odnosa, ne prizna status radnika. U vezi s time vidi, primjerice, presudu VDSS Pdp 860/2014, od 13.4.2015.; Pdp 66/2015, od 21.4.2016.; VDSS Pdp 963/2015, od 26.5.2016.; Pdp 410/2017, od 12.10.2017. i druge.

139 Vidi presudu i zaključak VDSS Pdp 464/2013, od 24.10.2013.

140 Riječ je o točki 11. obrazloženja presude VS RS VIII Ips 35/2008, od 10.2.2009., zaključka VIII Ips 337/2006, od 15.1.2008. i VIII Ips 129/2006, od 18.12.2007.

141 Upute poslodavca (u vezi sa sadržajem rada, kao i vremenom i mjestom obavljanja rada) u slučaju obavljanja posla novinara ili pomoćnika direktora drukčije su nego u slučaju obavljanja rada stjuarda, prodavača, masera, pomoćnika u kuhinji, čistača ili referenta. U slučaju svih ovih (kao i drugih) poslova slovenski sudovi donosili su odluke o postojanju radnoga odnosa.

142 Na primjer, rad prodavačice u trgovini. Vidi presudu VDSS Pdp 672/2013, od 12.12.2013.

143 Vidi, primjerice, presudu VDSS Pdp 16/2017, od 13.4.2017.

144 ZPP, SL SFRJ, br. 4/1977 ... NN, br. 89/2014.

prava zahtijevati od poslodavca ostvarenje toga prava, a ako poslodavac u roku od 15 dana od dostave zahtjeva radnika, ne udovolji tom zahtjevu, radnik može u daljnjem roku od 15 dana zahtijevati zaštitu povrijeđenog prava pred nadležnim sudom. Riječ je o prekluzivnim rokovima pa će radnik koji propusti prethodno zahtijevati zaštitu svojih prava kod poslodavca u navedenim rokovima izgubiti pravo obraćanja sudu radi zaštite, osim ako je riječ o novčanim potraživanjima radnika.

Vezano uz sporne pretpostavke sudske zaštite prikrivenog radnika u slovenskom pravu, valja reći da u praksi Vrhovnog suda RH nalazimo odluke u kojima je ovaj sud utvrdio da u slučaju tužbe na utvrđenje da je s tuženikom sklopljen ugovor o radu na neodređeno vrijeme te da radni odnos nije prestao i da se nalaže vraćanje na rad “pravo na podizanje takve tužbe treba ocijeniti prema čl. 187. st. 1. i 2. ZPP-a prema kojoj odredbi tužitelj može tužbom tražiti da se utvrdi postojanje odnosno nepostojanje kakva prava ili pravnog odnosa ili istinitost odnosno neistinitost takve isprave prije dospelosti zahtjeva za činidbu iz istog odnosa ili kada tužitelj ima kakav drugi pravni interes za podizanje takve tužbe ... U slučaju kada je tužitelj podnio tužbu na utvrđenje pogrešno je shvaćanje drugostupanjskog suda da je takva tužba vezana uz rok, odnosno da je vezana uz činjenicu je li tužitelj zatražio zaštitu povrijeđenog prava kod poslodavca ili nije. Tužba na utvrđenje nije vezana uz rok, odnosno uz činjenicu je li tužitelj tražio zaštitu kod poslodavca, već je pretpostavka za podnošenje takve tužbe, između ostalog, postojanje pravnog interesa, te ukoliko ne bi postojao pravni interes, tek tada bi takva tužba mogla biti odbačena.”<sup>145</sup>

Prikriveni radnik tužbom na utvrđenje zahtijeva da se utvrdi postojanje radnog odnosa u konkretnom slučaju, u njoj navodi činjenice na kojima zasniva svoju tvrdnju te dokaze kojima se one utvrđuju. U skladu s odredbom čl. 10. st. 2. ZR-a poslodavac u sporu mora dokazati da ne postoje elementi radnog odnosa, dakle da u konkretnom slučaju nije riječ o radu koji s obzirom na narav i vrstu rada te ovlasti poslodavca (obilježja) ima obilježja rada za koji se zasniva radni odnos. Na poslodavcu je, dakle, teret dokazivanja da radni odnos ne postoji. Poslodavac može dokazivati i da odnos ima elemente radnog odnosa, ali je konkretni ugovor dopušten ZR-om ili drugim posebnim propisom.<sup>146</sup>

O broju sudskih sporova koji su se u Hrvatskoj vodili vezano uz utvrđivanje postojanja radnoga odnosa teško je dati podatke, s obzirom da u dostupnoj javnoj bazi sudske prakse koja postoji pri Vrhovnom sudu RH nije moguće pretraživanje po spomenutim posebnim odrednicama, kao što je to slučaj sa slovenskom sudskom praksom. Iz postojeće sudske prakse izdvajamo najvažnija stajališta.

Kada je riječ o pokazateljima postojanja radnog odnosa, sveobuhvatnu analizu prakse svih sudova u Hrvatskoj provela je I. Grgurev.<sup>147</sup> Utvrdila je da se u ustaljenoj sudskoj praksi najčešće pojavljuju sljedeći indikatori: je li rad obavljen kao dio redovite aktivnosti poslodavca;<sup>148</sup> je li rad obavljen kao redoviti dopunski rad uz

145 VSRH, Revr 247/14-2, od 15.6.2016. Vidi Presudu Europskog suda za ljudska prava, Gregurić protiv Hrvatske, 15.3.2018., zahtjev br. 45611/13.

146 Rožman, K., Detaljni komentar, op. cit., str. 48.

147 Vrhovnog suda RH, upravnih i prekršajnih sudova. Grgurev, I., The Concept, op. cit., str. 76 i d.  
148 Npr. Visoki prekršajni sud RH (VPS), Gž-2412/09, 30.11.2009. U slučaju kada su stranke u razdoblju od 12. listopada 2007. do 30. siječnja 2009. godine svakog mjeseca sklapale ugovor

registriranu aktivnost poslodavca<sup>149</sup>; postojanje kontinuiranog rada<sup>150</sup>; je li rad obavljen u ime poslodavca i za njegov račun, a ne u ime ugovaratelja<sup>151</sup>; je li rad obavljen uz korištenje opreme poslodavca<sup>152</sup>; subordinacija ugovaratelja uputama i nadzoru od strane druge ugovorne strane<sup>153</sup>; određuje li radno vrijeme poslodavac (poslodavac stavlja svoj rad na raspolaganje poslodavcu u okviru određenog radnog vremena)<sup>154</sup>. U nastavku izdvajamo nekoliko odluka u kojima su korišteni navedeni indikatori, kao i one koje ukazuju na ustaljeno stajalište Vrhovnog suda o ovome pitanju.

Visoki upravni sud u odluci ističe da “prema ugovoru o radu radnik radi nesamostalno, radi uvijek i isključivo osobno, po uputama i pod nadzorom poslodavca, u njegovo ime i za njegov račun stavlajući mu na raspolaganje u određenom radnom vremenu svoju radnu snagu za što mu je poslodavac dužan isplaćivati plaću uz obračun iste.”<sup>155</sup> Subordinaciju, ali i niz drugih indikatora, koristi u odluci u kojoj je utvrdio da su radnici zatečeni pri inspekcijskom nadzoru obavljali poslove iz redovne djelatnosti tužitelja, s njegovim sredstvima rada i u njegovom poslovnom prostoru, u ime i za račun tužitelja, a tužitelj je organizirao obavljanje poslova u radnom vremenu koje je sam odredio, te je stoga ispravno zaključiti da “se u konkretnom slučaju radi o poslovima za koje je potrebno sklopiti ugovore o radu, te da se ne može smatrati kako se radi o ugovoru o djelu”.<sup>156</sup>

U svojoj odluci Visoki prekršajni sud zaključio je da je u slučaju radnice koja je obavljala određene knjigovodstvene poslove riječ o radnom odnosu jer je radnica kroz obuku i navedene poslove radila s drugim radnicama I-okrivljenika (poslodavca, op.a.) i to u njegovom radnom vremenu i prostoru, na njegovim sredstvima te da je “predmet ugovora o radu radna snaga koja se poslodavcu stavlja na raspolaganje - rad u službi kod drugoga ..., pri čemu je potpuno irelevantno kako su same ugovorne strane taj ugovorni odnos nazvale. Svrha Zakona o radu je zaštita prava radnika, u pravilu slabije strane, pa propis treba tumačiti imajući u vidu zaštitnu funkciju radnog zakonodavstva u korist radnika.”<sup>157</sup>

U nizu predmeta hrvatski su se sudovi, uključujući i Ustavni sud RH, bavili pitanjem jesu li novinari, scenografi, asistenti redatelja i drugi, koji su radili na temelju

---

o djelu (ukupno 16), na temelju kojih je “izvođač” obavljao za “naručitelja” poslove hranjenja, čišćenja, timarenja konja te utovara i istovara hrane, namijenjene opsluživanju i održavanju E. L. u prijelaznom razdoblju do otvaranja Državne ergele... Vrhovni sud je zaključio da “poslovi koji su bili predmet ugovora o djelu nisu imali obilježje ugovora o radu” te da je tuženik s tužiteljem mogao sklopiti više ugovora o djelu jer je riječ o poslovima “koji nisu izravno vezani za obavljanje trajne djelatnosti za koju je tuženik registriran” (VSRH Revr 980/10-2, 20.10.2010.). Za redovnu djelatnost obrta, vidi VPS RH Gž-5010-12, 26.3.2014.

149 Visoki upravni sud RH, Us-6270/11-4, 11.2.2015.

150 Visoki upravni sud RH, Us-6270/11-4, 11.2.2015.

151 Visoki upravni sud RH, Us-6270/11-4, 11.2.2015.

152 Prekršajni sud u Rijeci, G-1635/10-XI, 10.2.2011.

153 Visoki upravni sud RH, Us-12719/2011-8, 8.5.2014.

154 Visoki upravni sud RH, Us-12719/2011-8, 8.5.2014.; Prekršajni sud u Rijeci, G-1635/10-XI, 10.2.2011.

155 Us-12719/2011-8, 8.5.2014.

156 Visoki upravni sud RH, Us-7099/2011-5, 13.2.2014.

157 VPS, Gž 4208/2016-0, od 18.5.2017.

ugovora o djelu, obavljali rad u okviru radnoga odnosa<sup>158</sup>. Prema Zakonu o medijima,<sup>159</sup> novinar je fizička osoba koja se bavi prikupljanjem, obradom, oblikovanjem ili razvrstavanjem informacija za objavu putem medija te je zaposlena kod nakladnika na temelju ugovora o radu ili obavlja novinarsku djelatnost kao samostalno zanimanje, u skladu sa zakonom (čl. 2. st. 1.).<sup>160</sup> Ove su odluke značajne zbog stajališta Vrhovnog suda koji nije smatrao relevantnim pokazateljima radnog odnosa podređenost radnika poslodavcu (davanje uputa, radno vrijeme, mjesto rada...) <sup>161</sup> kao ni činjenicu da je osoba obavljala rad na isti način na koji ga obavljaju druge osobe kod poslodavca koje imaju status radnika. U predmetu<sup>162</sup> u kojem je tužitelj bio “scenski radnik” zaposlen na HRT-u temeljem ugovora o djelu, koje je sklapao svakoga mjeseca u razdoblju od 1.10.1995. do 19.11.2010., a svaki se ugovor odnosio na realizaciju određenog projekta (određeno naznačene emisije), Vrhovni je sud ocijenio da to što je tužitelj kod tuženika dolazio obavljati ugovoreni posao, i to osam sati dnevno, imao svoje mjesto rada, osobe tuženika koje su mu bile nadređene, koristio imovinu tuženika, pa i to da su na istim poslovima s istim obvezama kod tuženika kao poslodavca radili radnici na temelju ugovora o radu, koji su imali sva prava zajamčena ugovorom o radu, da “te okolnosti (glede ovlasti tužitelja i tuženika) isto tako mogu biti i obilježja rada po ugovorima o djelu u raznim modalitetima njihova ispunjenja i nisu vezane samo za ugovore o radu”. Zanimljivo je da je Sud ustvrdio da poslovi čije su obavljanje stranke ugovorima o djelu ugovarale “nisu bili izravno vezani za obavljanje trajne djelatnosti tuženika”, iako je ovaj na istim poslovima zapošljavao i osobe na temelju ugovora o radu, što bi ustvari upućivalo na to da je riječ o poslovima iz redovite djelatnosti poslodavca. Isto stajalište Vrhovni sud zauzeo je i u druga dva predmeta u kojima su tužitelji bili dugotrajno zaposleni na temelju ugovora o djelu: asistentice redateljica koja je kontinuirano radila u razdoblju od 2001. do 2010. godine,<sup>163</sup> te organizatora - producenta zaposlenog od 1.2.1998. do 19.11.2010. godine.<sup>164</sup>

158 Kao tuženik u većini predmeta koji su analizirani pojavljuje se Hrvatska radio televizija.

159 NN, br. 59/04, 84/11, 81/13.

160 Isto je propisano i člankom 21. slovenskog Zakona o medijih, Uradni list RS, br. 36/08, 47/12, 22/16 i 39/16.

161 Tako je u predmetu “poslovna tajnica protiv HRT” kao nesporno činjenično stanje utvrđeno da je tužiteljica, koja je od 13.11.1998. do 28.9.2010. radila na temelju (brojnih, svakomjesečnih) ugovora o djelu za obavljanje administrativnih poslova (poslovne tajnice, u realizaciji precizno određenih projekata za potrebe u svakom ugovoru određenih emisija), dolazila kod tuženika obavljati ugovoreni posao, imala svoje mjesto rada, nadređene osobe tuženika i za posao dobivala naknadu, koje okolnosti prema mišljenju Vrhovnog suda jesu “isto tako obilježja i rada po ugovorima o djelu i nisu vezane samo za ugovore o radu”. VSRH, Revr 409/13-2, 17.12.2013.

162 VSRH, Revr 657/14-2, od 2.12.2014.

163 Sud nije smatrao relevantnim činjenice da je tužiteljica “svakodnevno dolazila na posao, koristila sredstva tuženika za rad, imala svoje mjesto i predmete rada, dozvolu ulaska i izlaska iz prostora tuženika, da se njeni poslovi ni po sadržaju ni obimu nisu razlikovali od poslova radnika tuženika na istim poslovima koji su imali zaključene ugovore o radu na neodređeno vrijeme”. VSRH, Revr 648/13-3, 9.9.2014.

164 U postupku je utvrđeno da je tuženik radio po nalogu nadređenih, u radnom vremenu i ovisno o potrebama posla, osam sati dnevno, za ugovorenu naknadu, uz dozvolu ulaska te izlaska iz prostora tuženika, uz posebnu propusnicu, u prostorijama tuženika (imao svoje mjesto rada) te

Zanimljiv je predmet u kojem su sudovi koji su odlučivali o postojanju radnog odnosa novinarka – pomoćnice glavnog urednika<sup>165</sup> imali različita stajališta. Tužiteljica je radila kod tuženika (poduzeće S.D. iz S.) najprije na temelju ugovora o radu, koji je prestao sporazumom stranaka, a potom je sklopljen ugovor o autorskoj suradnji,<sup>166</sup> a zatim i novi ugovor o suradnji za obavljanje poslova pomoćnika glavnog urednika na neodređeno vrijeme, koji joj je zatim i otkazan. U postupku je utvrđeno da su ugovorom određene brojne obveze tužiteljice, među ostalim, da za svoj rad odgovara glavnom uredniku i upravi tuženika (“poslodavca”) te postupa po uputama glavnog urednika, kao i poslovi koje je tužiteljica bila dužna svakodnevno obavljati.<sup>167</sup> Ugovoreno je osobno obavljanje rada te tzv. klauzula ekskluziviteta (zabrana rada za konkurenciju), radno vrijeme koje “ne može biti kraće od radnog vremena osobe koja je u radnom odnosu sa tuženikom”, a kao mjesto rada vlastite prostorije (i sredstva rada), osim kada proces rada zahtijeva nazočnost u radnim prostorijama tuženika (tužiteljica je imala svoju radnu sobu kod tuženika). Nižestupanjski su sudovi zauzeli stajalište da “obveze i prava tužiteljice, kako su propisani spornim ugovorom, imaju sva bitna obilježja obveza i prava radnika iz radnog odnosa i da se u konkretnom slučaju radi o ugovoru o radu”. Suprotno tome, Vrhovni sud ocijenio je da sporni odnos “nema obilježja radnog odnosa”, pridajući ključnu važnost, među ostalim, činjenicama koje nemaju nikakve veze sa sadržajem ugovora o radu: da su ugovor o novinarskoj (autorskoj) suradnji stranke izrijeком tako nazvale; ugovorne odredbe bitno su drugačijeg sadržaja od onih koje mora sadržavati svaki ugovor o radu; tužiteljica je prijavljena kao novinar koji samostalno obavlja novinarsku djelatnost te je tuženiku izdavala račune za svoje usluge za koje joj je on isplaćivao honorare u bruto iznosu, zaključivši da je riječ o “varijanti (netipičnog) ugovora o djelu ili preciznije .... ugovora o autorskom pravu”.<sup>168</sup> Vrhovni je sud na kraju zaključio da okolnosti obima i vrste poslova koje je tužiteljica obavljala, odgovornost glavnom uredniku i postupanje po njegovim uputama, najkraće vrijeme u kojem je morala osobno obaviti posao, radna soba kod tuženika, “same za sebe nisu dovoljne za zaključak da se u ovom slučaju radi o ugovoru o radu...” Ovakvo je stajalište u teoriji

---

kroz terenski rad, koristio imovinu tuženika, tjedni i godišnji odmor koristio prema dogovoru s nadređenima, kao i da su kod tuženika kao poslodavca na istim poslovima s istim obvezama radili radnici na temelju ugovora o radu. VSRH, Revr 177/15-2, 15.9.2015.

165 VSRH, Revr 1536/13-3, od 9.6.2015.

166 Ugovor o novinarskoj suradnji je prema uputi Vrhovnog suda podvrsta ugovora o djelu. Iz odluke Općinskog suda, Posl. br. 16 Pr-4561/12-31, od 29.5.2013.

167 Bila je obvezna: “voditi i organizirati rad od novinara do deska, planirati i voditi brigu o izvršavanju dnevno postavljenih zadataka od novinara, kontrolirati i brinuti o kvaliteti i pravovremenosti izvještavanja, odobravati objavljivanje novinskih članaka, modelirati i pratiti poštivanje profesionalnih normi novinskog zanimanja i kodeksa novinara, nadzirati poštivanje standardnih novinarskih formi izražavanja, sudjelovati u kreiranju kadrovske politike, pisano voditi evidenciju o radu novinara i suradnika, te kontinuirano pratiti njihovu kvalitetu rada, kontinuirano pratiti rad konkurentnih medija”.

168 Činjenicu da je tužiteljica kao samozaposlena plaćala porez i doprinose Vrhovni sud vidi kao potvrdu da je riječ o ugovoru o djelu, dok je nižestupanjski sud ocijenio da to samo ukazuje na odnos između tužiteljice i države, a ne odnos između stranaka. Grgurev, I., *The Concept*, op. cit., str. 75.

ocijenjeno kao “iznenađujuće”,<sup>169</sup> sa čime se možemo složiti. Odlučujući u ovome predmetu prvostupanjski je sud ukazao na još jednu razliku između ugovora o radu i ugovora o djelu.<sup>170</sup> U ugovoru o djelu predmet obveze mora biti određen ili odrediti, dakle, konačni rezultat rada mora se konkretizirati, dok kod ugovora o radu to nije slučaj jer poslodavac daje radniku upute kako obavljati rad (konkretizacija rada se realizira tijekom procesa rada). Isti sud je naglasio i element uključenosti novinarke u radnu organizaciju poduzeća, u kojoj ima stalnu ulogu na što upućuju njezini jasno definirani zadaci.

Kod utvrđivanja postojanja radnog odnosa prednost se mora dati stvarnom sadržaju odnosa, njegovom ostvarivanju u praksi, a ne nazivu i pravnoj kvalifikaciji odnosa kako su je utvrdile stranke. U postupku sudovi utvrđuju i volju stranaka pa se mogu izdvojiti određeni elementi koje sudovi u Hrvatskoj smatraju relevantnim pokazateljima volje ugovornih strana.<sup>171</sup>

Prednost stvarnog sadržaja odnosa pred voljom stranaka jasno je izražena u navedenom stajalištu Visokog prekršajnog suda koji razlažući razlike ugovora o djelu i ugovora o radu ističe kako je “... potpuno irelevantno kako su same ugovorne strane taj ugovorni odnos nazvale. Svrha Zakona o radu je zaštita prava radnika, u pravilu slabije strane, pa propis treba tumačiti imajući u vidu zaštitnu funkciju radnog zakonodavstva u korist radnika.”<sup>172</sup>

Iz ranije analiziranih presuda Vrhovnog suda o postojanju radnog odnosa novinara i drugih zanimanja očito je da ovaj sud smatra važnom volju stranaka odnosno njihovu pravnu kvalifikaciju odnosa (ugovorne klauzule), dajući prednost volji stranaka.<sup>173</sup> No iz istih odluka vidi se da su u nekim slučajevima nižestupanjski sudovi dali prednost utvrđenom sadržaju odnosa pred voljom stranaka.

Analizu zaključujemo nedavnom odlukom Ustavnog suda RH,<sup>174</sup> povodom ustavne tužbe protiv presude i rješenja Vrhovnog suda RH koji je odlučivao o postojanju radnoga odnosa “asistentice režije” u HRT-u. Općinski sud utvrdio je

169 Grgurev, I., *The Concept*, op. cit., str. 75.

170 Grgurev, I., *The Concept*, op. cit., str. 74-75.

171 Primjerice, da su: ugovorne stranke sklopile svojom voljom ugovore o djelu kojima su uredile svoje odnose; u ugovorima izričito odredile da se na temelju tih ugovora ne stječu prava iz radnog odnosa i da se ugovor ne može smatrati ugovorom o radu, da osoba obavlja poslove u okviru samostalnog zanimanja (VSRH, Revr 648/13-3); “na sve što nije uređeno tim ugovorima imaju se primijeniti pravila ZOO-a” (VSRH, Revr 409/13-2; Revr 1549/14-2); da je tužitelj pristao na ugovore o djelu, koji su po sadržaju odgovarali i volji stranaka, znajući njihov smisao i njihove učinke te pravnu osnovu njihova sklapanja (VSRH, Revr 657/14-2); “zajednička namjera ugovornih stranaka kod sklapanja navedenih ugovora (čl. 99. Zakona o obveznim odnosima...) nije bila da se izvršenjem ugovora o djelu steknu prava iz radnog odnosa, već je riječ o ugovoru o djelu u smislu odredbi čl. 600.-629. ZOO-a...” (VSRH, Revr-314/13).

172 VPS, Gž 4208/2016-0, od 18.5.2017.

173 U predmetu Revr 1536/13-3, Vrhovni sud čak ističe da su nižestupanjski sudovi “neopravdano minimalizirali i zapravo pogrešno ocijenili da su značaj ugovornih odredbi spornog ugovora o novinarskoj suradnji iz kojih proizlazi da ...nema obilježja radnog odnosa.” I. Grgurev zaključuje da su slobodi volje stranaka dali prednost pred zaštitom slabije ugovorne strane. *The Concept*, op. cit., str. 79. Vidi i: Gotovac, op. cit., str. 19.

174 USRH, U-III-8088/2014, od 28.11.2017.

postojanje radnog odnosa.<sup>175</sup> Županijski sud preinačio je odluku Općinskog suda te odbio tužbeni zahtjev u cijelosti obrazlažući odluku, među ostalim, slobodom volje stranaka, koje su u ovom slučaju izričito (jasno i nedvosmisleno) ugovorile da na temelju ugovora o djelu “ne stječu prava iz radnog odnosa” (Gžr-1920/12-2, 10.10.2013.). Vrhovni sud je prihvatio takvo stajalište drugostupanjskog suda, ističući i da činjenice da je tužiteljica dolazila na posao kod tuženika, imala svoje mjesto rada, osobe zaposlene kod tuženika bile su joj nadređene, za obavljene posao dobivala je naknadu, ne dokazuju da je bio sklopljen ugovor o radu jer i “kod ugovora o djelu izvršitelj mora obaviti točno određeni posao, ako je ugovoreno na točno određenom mjestu i u točno određeno vrijeme i za to primiti naknadu.” Podnositeljica ustavne tužbe smatra pogrešnim stajalište sudova da u konkretnom slučaju treba ocijeniti sadržaj sklopljenih ugovora, a ne konkretan faktični odnos između stranaka “... jer da su stranke ovlaštene slobodnom voljom odrediti pravni karakter ugovora i ovlaštenja koja iz njega proizlaze, potpuno zanemarujući i postupajući protivno načelu o ograničenoj slobodi ugovaranja zbog neravnopravne pozicije stranaka u radnom odnosu.” Prigovorila je i da su sudovi propustili uočiti da tuženik nije osporio postojanje niti jednog elementa radnog odnosa kako ga definira čl. 8. st. 2 ZR-a.<sup>176</sup>

Ustavni sud je u konkretnom slučaju zaključio da je Vrhovni sud iznio dostatne i relevantne razloge za ocjenu zbog čega dati prednost primjeni ZOO-a u rješavanju konkretnog spora. Odluka je zanimljiva i zbog dva izdvojena mišljenja sudaca Ustavnog suda.<sup>177</sup> Jedan od sudaca<sup>178</sup> ističe da su žalbeni i revizijski sud zanemarili sadržaj i *ratio legis* odredbe iz čl. 8. st. 2 ZR-a<sup>179</sup>, koji je “prisilni propis koji ograničava stranačku autonomiju”, te ga tumačili na pravno neprihvatljiv način (da je temelj razlikovanja ugovora o radu i ugovora o djelu autonomija stranaka koje su ugovor sklopile) te time povrijedili ustavom zajamčeno pravo na pravičan postupak. Ističe nadalje neke pokazatelje radnog odnosa u ovom slučaju, posebno “rad u subordiniranom odnosu spram poslodavca”, ali i “obavljanje poslova i radnih zadataka - pravilnikom poslodavca sistematiziranog - radnog mjesta asistenta režije, a za sistematizirana radna mjesta, radne uloge, ne može se sklopiti građanskopravni odnos; poslovi režije rezultat su potrebe poslodavca za trajnim i kontinuiranim radom u okviru sistematiziranog radnog mjesta”.<sup>180</sup>

175 Zanimljivo, čak i za kraće razdoblje u kojem je tužiteljica bila u radnom odnosu kod drugog poslodavca, što prema mišljenju tog suda “ne može isključiti primjenu zakonske presumpcije iz čl. 8 st. 2 ZR-a u predmetnoj stvari niti tužiteljica može snositi štetne posljedice što je zbog postupanja tuženika bila prisiljena regulirati svoj radnopravni status na opisani način”. Pr-7138/10, od 28.6.2012.

176 To jest, da nije dokazao da poslovi nemaju obilježje posla za koji se sklapa radni odnos, te da nisu uobičajeni i potrebni, pa čak i neophodno potrebni za obavljanje djelatnosti tuženika. Podnositeljica se poziva na povredu prava na pravično i nepristrano suđenje, povredu prava na rad i slobodu rada, prava na slobodan izbor zaposlenja i dostupnost radnog mjesta pod jednakim uvjetima s drugim radnicima istog poslodavca.

177 Sudac J. Leko smatra da je riječ o zaključenom faktičnom ugovoru o radu na neodređeno vrijeme.

178 Riječ je o sucu M. Šumanoviću.

179 U to vrijeme važeći Zakon o radu, NN, br. 149/06, 61/11.

180 Ističe i da nije održiva argumentacija sudova koja zaključak o postojanju ugovora o djelu



#### **4. PRUŽANJE ODREĐENOG OPSEGA RADNOPRAVNE ZAŠTITE OSOBAMA KOJE NISU U RADNOME ODNOSU**

Suvremeno radno pravo suočava se, s jedne strane, s pitanjem odgovarajućeg određenja radnoga odnosa koje će biti prilagođeno novim oblicima obavljanja rada te, s druge, pitanjem potrebe osiguranja određene radnopravne zaštite skupini osoba koje rad obavljaju na način koji ih svrstava među radnike i samostalne ugovaratelje, pa čak i s pitanjem mogućnosti razvoja općeg radnog prava koje bi jamčilo minimalnu zaštitu za sve vrste obavljanja rada za naknadu, te pritom vodilo brigu o različitim oblicima ugovora na temelju kojih se obavlja rad.<sup>181</sup>

##### **4.1. Ograničena radnopravna zaštita za ekonomski ovisne osobe**

Pored prihvaćene temeljne podjele na radnike koji uživaju radnopravnu zaštitu i samozaposlenih<sup>182</sup> koji ostaju izvan dosega takve zaštite, počela se pojavljivati skupina osoba, tzv. ekonomski ovisne osobe<sup>183</sup> koje spadaju u tzv. sivu zonu između samozaposlenih i radnika.<sup>184</sup> Te osobe nisu radnici jer ne ispunjavaju kriterij osobne ovisnosti, ali im je zbog ekonomske ovisnosti potrebna određena zaštita.

Veći broj pravnih sustava (primjerice, u Njemačkoj, Italiji, Austriji, Francuskoj, Velikoj Britaniji, Nizozemskoj, Portugalu, Španjolskoj)<sup>185</sup> ekonomski ovisnim osobama priznaje određenu radnopravnu zaštitu pa se u pravilu određene norme radnoga prava primjenjuju i na te osobe ako ispunjavaju propisane kriterije. Pored

---

temelji isključivo na nazivu ugovora i formulacijama pojedinih ugovornih klauzula u pravcu izričitog naglašavanja da nije riječ o radnom odnosu te da pravnim oznakama i kvalifikacijama korištenim u nazivu i tekstu ugovora nije mogla biti promijenjena bit pravnog odnosa u kontekstu prisilnog karaktera čl. 8/2 ZR-a čiji je isključivi legitimni cilj zaštita radnog odnosa, odnosno slabije strane, radnika.

181 Vidi također: Supiot A., op. cit., 1999., str. 151.; Boundaries and Frontiers of Labour Law, op. cit.; Servais, J.-M., International Labour Law, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2014., str. 217.

182 U EU se potiče samozapošljavanje kao generator poduzetništva i stvaranja radnih mjesta. U stalnom je porastu, s udjelom od oko 15% (32 milijuna) od ukupnog broja radnika. Pada broj samozaposlenih koje zapošljavaju radnike, a raste broj onih koji ih nemaju. Čak 20% osoba nije dobrovoljno izabralo samozaposlenost, prinuđeno nemogućnošću pronalaska drugog posla, a upravo za njih veća je vjerojatnost da će završiti u nekom prekarom obliku rada. Poseban rizik kojim su izloženi jest nepostojanje socijalne zaštite. Prema Eurofoundovoj klasifikaciji samozaposlene osobe možemo svrstati u više skupina: “poslodavce” i “stabilne radnike za vlastiti račun” (tzv. “poduzetnički neovisne samozaposlene”, s udjelom od oko 50%), zatim “ranjive” (17%) i “skrivenne” (8%), koji su slični radnicima; te “male trgovce i poljoprivrednike” (25%, čiji uvjeti rada mogu biti slični ovim prethodnima, usprkos neovisnosti). Eurofound, Exploring self-employment in the European Union, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017.

183 Iako su pojmovna određenja ove kategorije različita u pojedinim državama (njem. *arbeitnehmerähnliche Personen*, tal. *parasubordinati*), u Europi se ovaj izraz često koristi. O problemu razgraničenja vidi: Davidov, G., Freelancers, op. cit.

184 Vidi: Perulli, Economically dependent, op. cit., str. 15.

185 Vidi: Thematic Report 2009, Characteristics of the Employment Relationship, European Network of Legal Experts in the field of Labour Law, 2009 (dalje: Thematic Report 2009), str. 34-37.

razlika koje postoje, u svim se pravnim sustavima u okviru te tzv. treće skupine osoba štite kao kvazi-zaposlene one osobe koje ne ispunjavaju uvjete da bi se mogle svrstati u pojam radnika, a u isto vrijeme nisu u neovisnom odnosu, već u odnosu ekonomske ovisnosti te im je zbog toga potrebna određena zakonska zaštita.<sup>186</sup> Kao negativni kriterij većina zakonodavstava navodi nepostojanje osobne podređenosti,<sup>187</sup> a kao pozitivni postojanje ekonomske ovisnosti. Njezini pokazatelji su u pravilu osobno obavljanje rada, činjenica da osoba ne nastupa na tržištu, suradnja s jednim ugovornim partnerom te prihod iz toga odnosa kao jedini ili glavni izvor prihoda.<sup>188</sup>

Stupanjem na snagu ZDR-1 pojam ekonomski ovisne osobe uveden je i u slovensko radno pravo.<sup>189</sup> Iz čl. 213. ZDR-1 proizlazi da je ekonomski ovisna osoba ona samozaposlena osoba koja ispunjava sljedeće zakonske uvjete: da je s naručiteljem dulje vrijeme u trajnom odnosu, osobno obavlja naplatni rad za naručitelja (ne zapošljava druge radnike), u uvjetima ekonomske ovisnosti (što znači da najmanje 80% svojih godišnjih prihoda ostvaruje od istog naručitelja).

Ekonomski ovisne osobe nisu radnici pa se na njih ne primjenjuje radnopravna zaštita u cjelini. No budući da im je zbog ekonomske ovisnosti slično kao radnicima potrebna zaštita, zakon im priznaje određeni opseg zaštite.<sup>190</sup> Naručitelj je obavezan ekonomski ovisnoj osobi tu zaštitu osigurati ako ga ona na kraju kalendarske ili poslovne godine obavijesti o uvjetima u kojima radi (o postojanju ekonomske ovisnosti) i podnese mu sve informacije i dokaze na temelju kojih može sam ocijeniti postojanje ekonomske ovisnosti.

Nedvojbeno je da će se pri primjeni tih odredbi ZDR-1 pojaviti brojna pitanja, koje će se morati urediti posebnim zakonom o radu i zaštiti ekonomski ovisnih osoba.<sup>191</sup> Već sada se u stručnoj javnosti otvara pitanje odnosa između radnopravne zaštite i zaštite koja se jamči ekonomski ovisnim osobama.<sup>192</sup> Pritom moramo naglasiti da je kod ekonomski ovisnih osoba riječ o osobama koje ne ispunjavaju uvjete za radnika (u smislu čl. 4. ZDR-1) pa samostalno (i ne u odnosu osobne ovisnosti) obavljaju rad

186 Ekonomski ovisne osobe, prikriveni radnici i dr. su često prekarni radnici koje treba više zaštititi. Servais, op. cit., str. 76. O prekarosti vidi: Bodirola-Vukobrat, N., Pošćić, A., Martinović, A., *Precarious Times, Precarious Work: Lessons from Flexicurity*, u: *Contemporary Developments in International Law, Essays in Honour of Budislav Vukas* (ur. R. Wolfrum et al.), Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2016., str. 406-430. Vidi i: Bjelinski Radić, I., *Novi oblici rada kao suvremeni izazov za radno pravo - slučaj Uber*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 38 br. 2, 2017., str. 881-905.

187 U tom slučaju osoba se smatra radnikom i mora joj se priznati cjelovita radnopravna zaštita.

188 Rebhahn R., *Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsvergleich und Regelungsperspektive*, *Recht der Arbeit*, 4/2009, str. 239, Perulli, *Economically dependent*, op. cit., str. 98-100.

189 Više: Tičar L., *Delovnopravno varstvo ekonomsko ovisnih oseb – novost ZDR-1*, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2013, str. 151-165.

190 Ina ekonomski ovisne osobe primjenjuju se odredbe ZDR-1 koje uređuju zabranu diskriminacije, minimalne otkazne rokove, zabranu otkaza ugovora zbog neutemeljenih razloga, isplatu plaće za usporediv rad i odgovornost za štetu.

191 Vidi čl. 223. ZDR-1, koji predviđa donošenje takvog zakona.

192 Vidi: Pirnat-Pustovrh T., *Položaj ekonomsko ovisnih oseb*, *Pravna praksa*, 19/2013, str. 16, 17; i Weber N., *Tudi ekonomsko ovisne osebe do delovnega razmerja*, *Pravna praksa*, 26/2013, str. 16,17.

na temelju ugovora građanskog prava.<sup>193</sup> Osobe koje rad obavljaju u okviru odnosa u kojem je moguće naći elemente radnoga odnosa ne spadaju u tu kategoriju, već su radnici i moraju uživati cjelovitu radnopravnu zaštitu. Posebice se upozorava na opasnost svrstavanja tzv. prividno samozaposlenih osoba ili prikrivenih radnika u kategoriju ekonomski ovisnih osoba. Čak i ako je naručitelj spreman prividno samozaposlenoj osobi priznati zaštitu s osnove ekonomske ovisnosti, osoba koja rad formalno obavlja u odnosu jednakosti, a stvarno u odnosu podređenosti, pred sudom može dokazivati postojanje radnoga odnosa.

Pojam ekonomski ovisnih osoba koristi se u hrvatskoj literaturi,<sup>194</sup> no u pravu i sudskoj praksi zasad se ne govori o ovoj skupini radnika koja je sigurno prisutna među samozaposlenima. Prema statističkim podacima u Hrvatskoj udio samozaposlenih osoba iznosi oko 7% od ukupnog broja od 1,468 milijuna zaposlenih,<sup>195</sup> s trendom pada u razdoblju od 2008. do 2015. godine.<sup>196</sup> Samozaposlene osobe obavljaju rad kao obrtnici (3,89%), poljoprivrednici (1,32%) te samostalne profesionalne djelatnosti (1,35%). Kao razloge za izbor ovakvog oblika rada navode samostalan izbor odnosno nepostojanje alternative (31%, odnosno 38%), a najmanje ih pripada skupini tzv. "stabilnih samozaposlenih" (prema klasifikaciji Eurofounda). U domaćoj literaturi se "samozaposlenima bez registriranog poduzeća i obrta", označavaju oni koji rade na temelju ugovora o djelu ili u neformalnoj ekonomiji, koji su najbrojniji, često iz ranjivih skupina, a obilježava ih podzaposlenost, slaba primanja, nestabilnost posla i nezadovoljstvo istim. Druga skupina su "samozaposleni s registriranim poduzećem i obrtom" koji su najbliže pojmu obrtnika – hranitelja obitelji.<sup>197</sup>

Iako se u okviru kategorije ovisnih ugovaratelja u određenoj mjeri mogu skriti i oni odnosi koji su po svojoj naravi radni odnosi (prikriveni radni odnosi),<sup>198</sup> suština te kategorije je drukčija – riječ je o osobama koje ne ispunjavaju uvjete da bi ih se svrstalo u pojam radnika, istovremeno nisu u neovisnom odnosu, već u odnosu ekonomske ovisnosti, zbog čega im je potrebna određena zakonska zaštita.

Zakonodavstvo i praksa mnogih europskih država koje su ekonomski ovisne osobe izričito definirale i osigurale im određeni opseg radnopravne zaštite potvrđuje da je ta kategorija priznata. Istovremeno je očito da te države nisu bile spremne pojam radnika proširiti na ekonomski ovisne osobe, već su one i dalje formalno samostalni

193 Dok su radnici osobno (formalno) i ekonomski ovisni o poslodavcu, a samozaposleni osobno i ekonomski neovisni, ekonomski ovisne osobe su osobno neovisne, ali ekonomski ovisne o svojem naručitelju.

194 Grgurev, I., Vukorepa, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, u: *Transnational, European, and National Labour Relations - Flexicurity and New Economy* (ur. G. Sander et al.), Springer Verlag, 2018. (u tisku).

195 Podaci Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje, za siječanj 2018. (Statističke informacije)

196 To je značajno smanjenje u odnosu na razdoblje od 1996. do 2006. godine kada je iznosio 18,5 i 22,5%. Matković, T., *Razmjeri, oblici i kvaliteta samozaposlenosti u Hrvatskoj*, u: *Rad u Hrvatskoj*, op. cit., str. 151.

197 Riječ je o podacima iz 2009. godine, Državni zavod za statistiku. Pripadaju skupini mladih ili starih osoba, niskoobrazovanih, s malo radnog iskustva, često prethodno nezaposlenih ili izvan tržišta rada, angažiranih u jednostavnim zanimanjima ili pojedinačnoj proizvodnji u ekstraktivnom sektoru, građevinarstvu ili osobnim uslugama. Matković, op. cit., str. 156-159.

198 Na to se upozorava i u *Meeting of Experts*, 2000., str. 33.

ugovaratelji (samozaposleni), a zakonodavstva izričito određuju koje se radnopravne norme primjenjuju i na njih. Čini se da ekonomska ovisnost (koja je ključno obilježje ekonomski ovisnih osoba) još jednom nije uspjela istisnuti podređenost (osobnu ovisnost) kao temeljni kriterij pojmovnog određenja radnika.<sup>199</sup> Ipak, danas već možemo govoriti o četiri različita pristupa ovom problemu u pravnim sustavima država članica EU: stvaranju hibridnog statusa samozaposlenih radnika koji imaju posebna prava, posebice vezano uz socijalnu zaštitu; stvaranju statusa ekonomski ovisnog radnika; korištenju kriterija ekonomske ovisnosti u cilju otkrivanja i uklanjanja lažne samozaposlenosti; te utvrđivanju kriterija za jasno razlikovanje radnog odnosa od samozaposlenosti.<sup>200</sup>

#### **4.2. Minimalna radnopravna zaštita za sve osobe koje obavljaju rad?**

Tijekom rasprave koja se u okviru MOR-a vodila prilikom usvajanja Preporuke br. 198 i uvođenjem kategorije kvazi-zaposlenih (ekonomsko ovisnih ugovaratelja) u različitim pravnim sustavima postavilo se pitanje je li potrebno osigurati određenu razinu zaštite svim osobama koje obavljaju rad za drugoga, bez obzira na oblik u kojem to čine. Temeljna dvojba vezana uz razvoj suvremenog radnog prava jest treba li zadržati razlikovanje između podređenih radnika na jednoj strani i samostalnih ugovaratelja na drugoj ili pak radnim pravom treba urediti sve odnose u okviru kojih se obavlja neki rad.<sup>201</sup>

Mislimo da se treba složiti sa stajalištem<sup>202</sup> prema kojem u bližoj budućnosti ne treba očekivati da bi se cjelovitim radnim pravom pored radnika obuhvatilo i ovisne ugovaratelje (ekonomsko ovisne osobe) ili čak samostalne ugovaratelje (samozaposlene).<sup>203</sup> Vjerojatnije je da će se nastaviti trend koji je uočljiv u nekim novijim međunarodnim dokumentima i praksi nekih država da se radnopravna zaštita u određenim područjima, kao što je primjerice zabrana diskriminacije<sup>204</sup> i zaštita

199 Vidi: *Labour Law in Motion*, 2005., str. ix.

200 Eurofound, *Exploring self-employment in the European Union*, op. cit., str. 38 i d.

201 Supiot A., *Transformation of labour law*, op. cit., str.161, Davies, op. cit., str. 189.

202 Davies, op. cit., str. 188-190.

203 Riječ je o stajalištu da je razlikovanje između radnika i samozaposlenih (kao i između radnika, kvazi-zaposlenih i samozaposlenih) zastarjelo te ga treba odbaciti (vidi: Engels, op. cit., str. 383-384). I u slučaju kada bi do toga došlo i kada bi radno pravo osiguravalo zaštitu svim oblicima obavljanja rada, u teoriji se tvrdi da to ne bi smjelo značiti uključivanje svih odnosa zaposlenja u jedinstveni sustav radnoga odnosa, već bi opće radno pravo (koje bi osiguravalo temeljna radna prava svim oblicima obavljanja rada) moralo biti dopunjeno s pojedinim odredbama koje bi vodile brigu o raznovrsnosti zanimanja i oblika obavljanja rada. Supiot A., *Transformation of labour law*, op. cit., str. 162-164.

204 Vidi primjerice Konvenciju MOR-a, br. 111 o diskriminaciji pri zapošljavanju i profesijama, iz 1958. godine (koja se među ostalim odnosi na mogućnost uključivanja u određene profesije), Direktivu 2002/73/EV, kojom je dopunjena Direktiva 76/207/EEZ, Direktivu 2000/43/EV i Direktivu 2000/78/EV (koje se, među ostalim, odnose na uvjete samozaposlenosti – vidi čl. 3, točka 1a) navedenih direktiva).

I u nekim nacionalnim zakonodavstvima se pravila u vezi s diskriminacijom primjenjuju na samostalne ugovaratelje, kao što je, primjerice Velika Britanija. Vidi i slovenski Zakon o varstvu pred diskriminacijom (Uradni list RS, št. 33/16; ZvarD), koji u čl. 2. određuje da se

zdravlja i sigurnosti na radu<sup>205</sup> proširuje i na samostalne ugovaratelje (samozaposlene). Temeljna zaštita u vezi s radom se tako jamči svim osobama koje obavljaju rad za drugoga, bez obzira na vrstu pravnog odnosa u kojem ga obavljaju.

## 5. ZAKLJUČAK

S obzirom na to da se većina nacionalnih radnih zakonodavstava i međunarodnih radnopravnih dokumenata odnosi na radnike, dakle osobe koje rad obavljaju u okviru radnog odnosa, određenje pojma radnog odnosa uvijek je od ključne važnosti. To je razlog zbog kojega je u okviru MOR-a donesena Preporuka br. 198 koja daje smjernice državama članicama za zakonsko određenje radnoga odnosa i ostvarivanje zakonske regulative u praksi.

Ako obavljanje određenog zanimanja odnosno djelatnosti nije zakonom izričito određeno kao radni odnos niti je postojanje radnoga odnosa u tom slučaju isključeno, da bi se utvrdilo postoji li radni odnos, potrebno je ocijeniti stvarne okolnosti konkretnoga odnosa. Ugovorni odnos između naručitelja rada i izvođača rada jest radni odnos ako postoje određujući elementi radnoga odnosa, prije svega ako je radnik podređen poslodavcu. Pri utvrđivanju postojanja elemenata radnoga odnosa potrebno je uzeti u obzir ugovorne odredbe i stvarni odnos među ugovornim stranama, a ne (možda drugačije) označavanje ugovornog odnosa od strane stranaka. Pritom je moguće koristiti pokazatelje postojanja radnoga odnosa koji su relevantni u slučaju određenog zanimanja odnosno vrste rada.

Rješenja u vezi s određenjem radnoga odnosa, koja su predložena Preporukom u slovenskom ZDR-1 su u velikoj mjeri već prihvaćena, ali su potrebne daljnje aktivnosti na otkrivanju i sankcioniranju prikrivenih radnih odnosa i pravilnom definiranju nejasnih radnih odnosa. Jedan korak u tom pravcu predstavlja i promjena Zakona o inspekciji rada. Bila bi potrebna i promjena ZDR-1 u vezi s dokazivanjem elemenata radnoga odnosa (u smislu prebacivanja tereta dokazivanja na poslodavca). Sudska praksa je u vezi s utvrđivanjem postojanja radnoga odnosa prihvatila niz odgovarajućih stajališta, a ostaje otvoreno pitanje roka za podnošenje tužbe pri čemu bi trebalo slijediti stajališta teorije.

Hrvatski ZR sadrži zakonsku presumpciju o postojanju radnoga odnosa, kao jedan od instrumenata za sprječavanje prikrivenih radnih odnosa. U sudskoj praksi, kao i praksi inspekcije rada uglavnom je prihvaćeno korištenje pokazatelja postojanja radnoga odnosa kako ih određuje Preporuka. Dvojbe vezane uz kvalifikaciju rada

---

zabrana diskriminacije među ostalim odnosi i na “dostupnost zaposlenja, samozaposlenja i zanimanja”.

205 Kao primjer moguće je navesti englesko, švedsko pa i slovensko zakonodavstvo. Vidi toč. 1. čl. 3. Zakona o sigurnosti i zdravlju na radu (Zakon o varnosti in zdravju pri delu, Uradni list RS, br. 43/2011; ZVZD-1), koji određuje da se radnikom u smislu toga zakona smatra osoba koja kod poslodavca obavlja rad na temelju ugovora o radu, ali i osoba koja na bilo kojem drugom pravnom temelju obavlja rad za poslodavca te osoba koja kod poslodavca obavlja rad u svrhu osposobljavanja. Slično je i Zakonom o zaštiti na radu (NN, br. 71/14, 118/14, 154/14) zajamčena zaštita “osobi na radu”, koju Zakon definira kao fizičku osobu “koja nije u radnom odnosu kod tog poslodavca, ali za njega obavlja određene aktivnosti, odnosno poslove” (čl. 3).

novinara i osoba drugih zanimanja u medijima valjalo bi ukloniti, moguće i jasnim zakonskim definiranjem njihova statusa kao radnika. Također, praksa Vrhovnog suda trebala bi na odgovarajući način odražavati primjenu načela prvenstva činjenica pred slobodom volje stranaka, u skladu s Preporukom br. 198. Zaštiti prikrivenih radnika svakako bi pridonijelo i jasnije definiranje pretpostavki sudske zaštite, tj. otklanjanje dvojbi vezano uz primjenu općih pravila o ostvarivanju prava u sudskom postupku kako ih uređuje ZR (postupak kod poslodavca kao pretpostavka za pokretanje spora pred sudom), s jedne, te stajališta sudske prakse o primjeni procesnih pravila o tužbi na utvrđenje, s druge strane. Učinkovito rješenje za problem prikrivenog rada u Hrvatskoj bilo bi jačanje uloge inspekcije rada, moguće po uzoru na slovensko pravo, kroz *de lege ferenda* uvođenje ovlasti inspektora da poslodavcu naloži sklapanje ugovora o radu s prikrivenim radnikom u određenom kratkom roku.

LITERATURA

1. Bečan I. et al., *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem*, IUS SOFTWARE GV Založba, Ljubljana, 2016.
2. Belopavlovič N. et al., *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana, 2003.
3. Bjelinski Radić, I., *Novi oblici rada kao suvremeni izazov za radno pravo - slučaj Uber*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 38, br. 2, 2017., str. 881-905.
4. Blanpain, Roger, *The European Union and Employment Law*, u: *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies (XIth ed.)* (ur. R. Blanpain), The Netherlands, Wolters Kluwer, 2014., str. 191-211.
5. Bodiroga-Vukobrat, N., Pošćić, A., Martinović, A., *Precarious Times, Precarious Work: Lessons from Flexicurity*, u: *Contemporary Developments in International Law, Essays in Honour of Budislav Vukas* (ur. R. Wolfrum, M. Seršić, T. M. Šošić), Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2016., str. 406-430.
6. Bosse, C., *ILO Recommendation 198, the Employment Relationship Recommendation*, u: *The Protection of Working Relationships, A comparative study* (ur. F. Pennings, C. Bosse), Kluwer Law International, The Netherlands, 2011., str. 15-28.
7. *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (ur. Davidov G., Langille B.), Oxford, Hart Publishing, 2006.
8. Casale, *The Employment Relationship: A General Introduction*, u: *The Employment Relationship (A Comparative Overview)* (ur. G. Casale), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, International Labour Office, Geneva, 2011., str. 1-33.
9. Cataudella, M. C., *Types of Workers and Employment Contract*, u: *Labour Law and Industrial Relations in Italy (Update to the Jobs Act)*, (ur. F. Carinci, E. Menegatti), Wolters Kluwer Italia, 2015., str. 1-40.
10. Countouris, N., *The Employment Relationship: a Comparative Analysis of National Judicial Approaches*, u: *The Employment Relationship (A Comparative Overview)* (ur. G. Casale), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, International Labour Office, Geneva, 2011., str. 35-68.
11. Däubler, W., *Protection of Working Relations in Germany*, u: *The Protection of Working Relationships, A comparative study* (ur. F. Pennings, C. Bosse), Kluwer Law International, The Netherlands, 2011., str. 127-142.
12. Daugareilh, I., *Protection of Working Relationships in France*, u: *The Protection of Working Relationships, A comparative study* (ur. F. Pennings, C. Bosse), Kluwer Law International, The Netherlands, 2011., str. 61-82.
13. Davidov, G., *Freelancers: An Intermediate Group in Labour Law?*, u: *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation* (ur. J. Fudge et al.), Hart Publishing, London, 2012., str. 171-185.
14. Davidov, G., *The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: 'Employee' as a Viable (Though Over-used) Legal Concept*, u: *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (ur. Davidov G., Langille B.), Oxford, Hart Publishing, 2006., str. 133-152.
15. Davies P. L., *Wage employment and self-employment – a common law view*, in *Reports to the 6th European Congress for Labour Law&Social Security, Warsaw, Poland, 13-17 September 1999*, Scholar, Warszawa, 1999., str. 165-190.
16. Debelak M., *Sodna praksa v sporih o obstoju delovnega razmerja med delavci in delodajalci*, *Delavci in delodajalci*, 2-3/2008, str. 439-457.
17. *Employed or Self-Employed* (ur. R. Blanpain R. et al.), *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Vol. 24, Kluwer Law and Taxation, 1992.
18. Engels, C., *Subordinate Employees or Self-Employed Workers?*, u: *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies* (ur. R. Blanpain), XI<sup>th</sup> ed., Kluwer Law International, The Netherlands, 2014., str. 371-373.

19. Eurofound, Exploring self-employment in the European Union, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017.
20. Fudge, J., Blurring Legal Boundaries: Regulating for Decent Work, u: Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation (ur. J. Fudge et al.), Hart Publishing, London, 2012., str. 1-26.
21. Gotovac, V., Razlikovanje ugovora o radu i ugovora o djelu te autonomija ugovornih strana pravnog odnosa u izboru između njih, Radno pravo, br. 11/2011., str. 11-20.
22. Grgurev, I., Pravna priroda i sadržaj menadžerskih ugovora, Radno pravo, Zagreb, 2011.
23. Grgurev, I., The Concept of 'Employee': The Position in Croatia, u: Restatement of Labour Law in Europe, Vol I: The Concept of Employee (ur. B. Waas, G. H. van Voss), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017., str. 59-83.
24. Grgurev, I., Ugovor o radu, u: Radni odnosi u Republici Hrvatskoj, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007., str. 1-46.
25. Grgurev, I., Vukorepa, I., Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects, u: Transnational, European, and National Labour Relations - Flexicurity and New Economy (ur. G. Sander et al.), Springer Verlag, 2018. (u tisku).
26. Grozdanić, V., Škorić, M., Martinović, I., Kaznenopravna zaštita radnika prema odredbama novog Kaznenog zakona, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 19, broj 2/2012, str. 473-499.
27. Kresal B. et al., Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem in stvarnim kazalom, Primath, Ljubljana, 2002.
28. Kresal B., Obstoj delovnega razmerja kot predhodno vprašanje v delovnih sporih, Delavci in delodajalci, 2-3/2016, str. 217-240.
29. Kresal B., Prikrita delovna razmerja – nevarno izigravanje zakonodaje, Delavci in delodajalci, 2-3/2014, str. 177-199.
30. Kresal Šoltes K., Podjemna pogodba (pogodba o delu) in presoja elementov delovnega razmerja, Gospodarski subjekti na trgu na pragu Evropske unije, (XI. Posvetovanje o aktualni problematiki s področja gospodarskega prava, 15. do 17. maj 2003, Portorož), Inštitut za gospodarsko pravo, Maribor, 2003., str. 399 – 413.
31. Kresal, B., u: Bečan et al., Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem, IUS SOFTWARE, GV Založba, Ljubljana, 2016.
32. Labour Law in Motion, Diversification of the Labour Force & Terms and Conditions of Employment (ur. R. Blanpain R. et al.), Kluwer Law International, 2005.
33. Laleta, S., Prestanak ugovora o radu, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2011., dostupno na: [https://bib.irb.hr/datoteka/550064.Prestanak\\_ugovora\\_o\\_radu\\_SVIBANJ\\_2011.pdf](https://bib.irb.hr/datoteka/550064.Prestanak_ugovora_o_radu_SVIBANJ_2011.pdf)
34. Matković, T., Razmjeri, oblici i kvaliteta samozaposlenosti u Hrvatskoj, u: Rad u Hrvatskoj: Pred izazovima budućnosti (ur. V. Franičević, V. Puljiz), Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2009.
35. Meeting of Experts on Workers in Situation Needing Protection (The Employment Relationship: Scope), Basic technical document, Geneva, 15-19 May 2000 (Meeting of Experts, 2000), <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb279/pdf/mewnp-r.pdf> (18.1.2018.).
36. Milković, Darko, Ugovor o radu i Zakon o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 37, br. 1, 2016., str. 685-713.
37. Mišljenje Europskog gospodarskog i socijalnog odbora o novim trendovima na području samozapošljavanja: Poseban položaj ekonomski ovisnih samozaposlenih (mišljenje na vlastitu inicijativu), OJC 18, 19.1.2011., str. 44-52.
38. Mišljenje Europskog gospodarskog i socijalnog odbora o zlorabi statusa samozaposlene osobe (mišljenje na vlastitu inicijativu), OJC 161, 6.6.2013., str. 14-19.
39. Mlakar Sukić N., Franca V., Sodna praksa na području prikritih delovnih razmerij, Pravna praksa, 15/2017, priloga, str. II-VIII.



40. Pennings, F., Bosse, C., Conclusions and Recommendations, u: *The Protection of Working Relationships, A comparative study* (ur. F. Pennings, C. Bosse), Kluwer Law International, The Netherlands, 2011., str. 173-196.
41. Pennings, F., *The Protection of Working Relationships in the Netherlands*, u: *The Protection of Working Relationships, A comparative study* (ur. F. Pennings, C. Bosse), Kluwer Law International, The Netherlands, 2011., str. 83-107.
42. Peročević, Katarina, *Pojam "radnika" u pravu Europske unije*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 67., br. 2, 2017., str. 319-343.
43. Perulli A., *Economically dependent/quasi subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, 2003.
44. Perulli, A., *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*, u: *The Employment Relationship (A Comparative Overview)* (ur. G. Casale), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, International Labour Office, Geneva, 2011., str. 137-187.
45. Pirnat-Pustovrh T., *Položaj ekonomsko odvisnih oseb*, *Pravna praksa*, 19/2013.
46. *Poročilo o delu Inšpektorata RS za delo za leto 2016*.
47. Potočnjak, Ž., Gotovac, V., *Rad i pravni oblici rada u Republici Hrvatskoj*, u: *Rad u Hrvatskoj: Pred izazovima budućnosti* (ur. V. Franičević, V. Puljiz), Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2009., str. 277-301.
48. Potočnjak, Ž., *Radni odnos državnih službenika*, Zagreb, Pravni fakultet, 2013.
49. Potočnjak, Željko, *Kolektivno otkazivanje radnih odnosa u praksi Suda Europske unije*, *Zbornik Susreta pravnika Opatija '16*, 2016., str. 229-274.
50. Ravnić, A., *Osnove radnog prava – domaćeg, usporednog i međunarodnog*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2004.
51. Rebhahn R., *Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsvergleich und Regelungsperspektive*, *Recht der Arbeit*, 4/2009, str. 236-253.
52. Rebhahn R., *Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive*, *Recht der Arbeit*, 3/2009.
53. *Regulating the employment relationship in Europe: A guide to Recommendation No. 198, Governance and Tripartism Department, International Labour Office Geneva, European Labour Law Network, 2013. (ILO guide 2013)*.
54. *Report V (1), International Labour Conference, 95<sup>th</sup> Session, 2006.*, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf> (12.1.2018.).
55. *Restatement of Labour Law in Europe, Vol I: The Concept of Employee* (ur. B. Waas, G. H. van Voss), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017.
56. Robnik I., *Sodna praksa v zvezi z obstojem delovnega razmerja in fleksibilnimi oblikami zaposlitve, Delavci in delodajalci*, 2-3/2012, str. 405-419.
57. Rožman, K., *Članak 10.*, u: *Detaljni komentar novoga Zakona o radu* (ur. K. Rožman), *Radno Pravo*, 2. izd., Zagreb, 2017.
58. Ruždjak, M., *Obveznopravni elementi ugovora o radu*, u: *Fleksibilnost i fleksigurnost, Postojeća rješenja i promišljanja*, Rosip d.o.o., 2012.
59. Senčur Peček D., *Koga naj varuje delovna zakonodaja, Podjetje in delo*, 6-7/2011, str. 1162-1173.
60. Senčur Peček D., *Komu zagotavlja delovnopravno varstvo, Podjetje in delo*, 6-7/2007, str. 1223-1237.
61. Senčur Peček D., *Neuporaba in spremenjena uporaba institutov delovnega prava, Podjetje in delo*, br. 6-7/2015, str. 1191-1207.
62. Senčur Peček D., *Pojem delavca s primerjalnega in EU vidika, Delavci in delodajalci*, 2-3/2016., str. 189-216.
63. Senčur Peček D., *Prepoved diskriminacije z vidika vprašanja opredelitve delovnega*

- razmerja, Delavci in delodajalci, letnik VII/2007, posebna izdaja, str. 153-183.
64. Senčur Peček D., Samozaposleni, ekonomsko odvisne osebe in obstoj delovnega razmerja, Delavci in delodajalci, 2-3/2014, str. 201-220.
  65. Supiot A., Transformation of labour law and future of labour law in Europe, Europska komisija, 1999.
  66. Supiot, A., Beyond Employment (Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe), Oxford University Press, Oxford, 2005.
  67. Tadić, I., Nadzor primjene propisa o radnim odnosima, Radno pravo, br. 11/2014., str. 3-14.
  68. Tadić, I., Razlike između ugovora o radu i ugovora o djelu, Radno pravo, 1/2013, str. 3-15.
  69. Tadić, Ilija, Rad kod poslodavca bez sklapanja ugovora o radu, Radno pravo, br. 1, 2004., str. 3-12.
  70. The Employment Relationship, A Comparative Overview (ur. G. Casale), Hart Publishing, Oxford, International Labour Office, Geneva, 2011.
  71. The Protection of Working Relationships, A comparative study (ur. F. Pennings, C. Bosse), Kluwer Law International, The Netherlands, 2011.
  72. Thematic Report 2009, Characteristics of the Employment Relationship, European Network of Legal Experts in the Field of Labour Law, 2009. [www.labourlawnetwork.eu/frontend/file.php?id=969&dl=1](http://www.labourlawnetwork.eu/frontend/file.php?id=969&dl=1) (17.1.2018.).
  73. Tičar L., Delovnopravno varstvo ekonomsko odvisnih oseb – novost ZDR-1, Delavci in delodajalci, 2-3/2013, str. 151-165.
  74. Tintić, N., Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi (I.), Zagreb, Narodne novine, 1969.
  75. Waas B., The legal definition of the employment relationship, European Labour Law, 1/2010, str. 45-57.
  76. Wank R., Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Perspektive, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2/2016, str. 143-170.
  77. Weber N., Tudi ekonomsko odvisne osebe do delovnega razmerja, Pravna praksa, 26/2013.
  78. Zelena knjiga – Modernizacija radnoga prava za suočavanje s izazovima 21. stoljeća, COM (2006) 708 final.

#### Najvažniji pravni izvori

1. Council Directive 91/533/EEC on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract of employment relationship, OJ L 288, 18.10.1991, p. 32-35.
2. Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198) - Recommendation concerning the employment relationship, Geneva, 95th ILC session (15 Jun 2006).
3. RH, Zakon o radu, NN br. 193/14, 127/17.
4. RH, Zakon o medijima, NN br. 59/04, 84/11, 81/13.
5. RH, Zakon o mirovinskom osiguranju, NN, br. 157/13, 151/14, 33/15, 93/15, 120/16, 18/18.
6. RH, Zakon o parničnom postupku, SL SFRJ, br. 4/1977, 36/1977, 36/1980, 6/1980, 69/1982, 43/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991, NN, br. 53/1991, 91/1992, 112/1999, 129/2000, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 25/2013, 89/2014.
7. RS, Zakon o delovnih in socialnih sodiščih, Uradni list RS, br. 2/04, 10/04 (ZDSS-1).
8. RS, Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS, br. 21/13, 78/13 – ispr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16 i 15/17 – odluka Ustavnog suda RS.

9. RS, Zakon o inspekciji rada (ZID-1), Uradni list RS, br. 19/14 i 55/17.
10. RS, Zakon o inspeksijskom nadzoru (ZIN), Uradni list RS, br. 43/07-UPB1 i 40/14.
11. RS, Zakon o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja, Ur. l. RS, št. 16/07 - ZOFVI-UPB5.
12. RS, Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o inšpekciji dela (ZID-1A), Uradni list RS, br. 55/17.
13. RS, Zakon o varnosti in zdravju pri delu, Uradni list RS, br. 56/99, 64/01.

**Darja Senčur Peček\***

**Sandra Laleta\*\***

Summary

## **CONTRACT OF EMPLOYMENT AND CONTRACT FOR SERVICES: THE SCOPE OF APPLICATION OF EMPLOYMENT LEGISLATION**

There are different legal grounds on which the work for another person can be performed, whereas the legal status of persons performing work depends on the type of contract involved, namely civil law contract (e.g. contract of service) or contract of employment (when persons are in employment relationships). Labour law guarantees the protection of workers who are, due to their subordination to and economic dependence on the employer, the weaker contracting party in employment relationships. Because of this, identifying the notions of worker and employment relationship is particularly important. The authors analyse the provisions of the ILO Recommendation No. 198; the statutory regulation of the employment relationship in Slovenia and Croatia; indicators of the existence of employment relationship, determination of the existence of an employment relationship in practice by the labour inspection as well as in case-law, and the legal status of economically dependent persons.

***Keywords:** employment contract, contract of services, notion of the employment relationship, worker, independent contractor, economically dependent person.*

Zusammenfassung

## **ARBEITS - UND WERKVERTRAG: ANWENDUNGSBEREICH DER ARBEITSGESETZGEBUNG**

Leistung einer Arbeit kann auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen beruhen. Demzufolge hängt die rechtliche Stellung arbeitsleistender Person davon ab, ob die Person aufgrund eines Werk- oder Arbeitsvertrags eine Arbeit leistet. Das Arbeitsrecht schützt die dem Arbeitnehmer untergeordnete und wegen wirtschaftlicher

---

\* Darja Senčur Peček, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, University of Maribor; darja.sencur-pecek@um.si.

\*\* Sandra Laleta, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; sandra@pravri.hr.

Abhängigkeit schwächere Partei. Deshalb ist es wichtig, die Begriffe “Arbeiter” und “Arbeitsverhältnis” zu bestimmen. In der Arbeit werden Empfehlungen der ILO Nr. 198, die Gesetzesregelung des Arbeitsverhältnisses in Slowenien und Kroatien, Anzeichen für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, Feststellung des Arbeitsverhältnisses in der Praxis der Arbeitsaufsichtsbehörde und der Rechtsprechung, sowie auch die Stellung wirtschaftlich abhängiger Personen analysiert.

**Schlüsselwörter:** *Arbeitsvertrag, Werkvertrag, der Begriff “Arbeitsverhältnis”, Arbeiter, selbstständiger Auftragnehmer, wirtschaftlich abhängiger Person.*

Riassunto

## **IL CONTRATTO DI LAVORO ED IL CONTRATTO D'OPERA: L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA LEGISLAZIONE GIUSLAVORISTICA**

La prestazione di un attività per terzi si può fondare su diversi basi giuridiche; così anche la posizione giuridica delle persone che prestano l'attività è differente a seconda che prestino tale attività sulla base di un contratto di diritto privato (ad es. contratto d'opera) oppure di un contratto di diritto del lavoro (quando la persona è in un rapporto di lavoro subordinato). Il diritto del lavoro garantisce tutela ai lavoratori, i quali in ragione della subordinazione e della dipendenza economica dal datore di lavoro costituiscono la parte contraente debole nel rapporto di lavoro. Per questo motivo è importante determinare la nozione di lavoratore e di rapporto di lavoro. Nel lavoro si analizzano le soluzioni della Raccomandazione dell'ILO n. 198, la disciplina giuridica del rapporto di lavoro in Slovenia ed in Croazia, gli elementi del rapporto di lavoro, l'accertamento del rapporto di lavoro nella prassi dell'ispettorato del lavoro e nella giurisprudenza, come anche la posizione economica delle persone dipendenti.

**Parole chiave:** *contratto di lavoro, contratto d'opera, nozione di rapporto di lavoro, lavoratore, contraente indipendente, persona economicamente dipendente.*



## PRETHODNI SPORAZUM O TRANSFERNIM CIJENAMA: STARI IZAZOVI ILI NOVA ERA U POREZNOJ PRAKSI

Prof. dr. sc. Nataša Žunić Kovačević\*

UDK 336.227

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.15>

Ur.: 15. veljače 2018.

Pr.: 19. ožujka 2018.

Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U radu se daje analiza najvažnijih pravnih aspekata zaključenja sporazuma o transfernim cijenama. Kratko se prikazuje poreznopravni okvir u kojem nastaje predmetni institut, a to su ponajprije, obvezujuća mišljenja, kao viši pojam odnosno institut poreznog prava. Tome prethodi analiza pojma i značaja transfernih cijena, s posebnim osvrtom na važnost koju imaju transferne cijene za porezne obveznike, ali i na učinke u odnosu na porezne vlasti. Prethodni sporazumi o transfernim cijenama kroz svoju kratku povijest mijenjaju svrhu, pa se u radu prikazuje taj trend kretanja od instrumenta zaštite prava poreznih obveznika do pretvaranja u instrument borbe poreznih vlasti i jurisdikcija protiv globalno neželjene pojave, utaje poreza. Najveći dio rada prikaz je nacionalnoga zakonodavnog i provedbenoga normativnog okvira postupka zaključenja sporazuma o transfernim cijenama. Prikazani postupak pokazuje se složenim, skupim i relativno dugotrajnim. Poredbena iskustva primjene obvezujućih mišljenja i sporazuma o transfernim cijenama potvrđuju potrebu promjene pristupa ovom institutu.*

**Ključne riječi:** *transferne cijene, sporazum o transfernim cijenama, obvezujuća mišljenja, OECD Smjernice o transfernim cijenama.*

\* Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, redovita profesorica Pravnog fakulteta u Rijeci; [zunic@pravri.hr](mailto:zunic@pravri.hr).

Ovaj su rad sufinancirali Hrvatska zaklada za znanost projektom br. 9366 pod nazivom "Pravni aspekti korporativnih akvizicija i restrukturiranje društava utemeljenih na znanju" te Sveučilište u Rijeci, projektom br. 13.08.1.2.01, pod nazivom "Zaštita korisnika na hrvatskom i europskom tržištu finansijskih usluga".

## **1. UVODNO O POJMU TRANSFERNIH CIJENA I INSTITUTU SPORAZUMA O TRANSFERNIM CIJENAMA**

Pojam transfernih cijena u poslovnoj je praksi, ali i stručnoj poreznoj i pravnoj literaturi prisutan već duže vrijeme. Sveprisutna povezana multinacionalna trgovačka društva intenzivirala su interes za transfernim cijenama u zadnjem desetljeću, na razini nositelja vlasti, napose zakonodavaca zbog poreznih posljedica i konačnih učinaka na učinkovitost prikupljanja poreznih prihoda. Transferne cijene dobivaju sve više na važnosti razvojem gospodarstva, jačanjem međunarodnih i mobilnih poslovnih kombinacija. Brojnim složenim transakcijama restrukturiranja trgovačkih društava, posebno rastom broja povezanih društava i nastajanjem velikih poslovnih i pravnih subjekata, holdinga i velikih grupa trgovačkih društava na međunarodnoj razini sve su izražajnije porezne implikacije najrazličitijih vrsta poreznih planiranja i transfernih cijena. Transferne cijene u pravilu se definiraju neutralno, kao cijene po kojima jedna organizacijska jedinica tereti drugu za obavljene transakcije, poput isporuke proizvode ili usluge, u praksi često poznate i kao interne cijene. Transferne cijene na razini multinacionalne grupe trgovačkih društava imaju različite i višestruke učinke. Njima se izravno utječe na poslovni rezultat članica grupe što ima za posljedicu i različitu razinu oporezivanja dobiti i raspoređene dobiti članica grupe u različitim državama. Transfernim cijenama premješta se dobit iz država s visokim poreznim opterećenjem u države s nižim poreznim opterećenje, uslijed čega se izravno utječe na povećanje dobiti u zemljama s nižim poreznim opterećenjem pa posljedično druge države ostaju bez dijela očekivanoga poreznog prihoda. Zlouporaba politike transfernih cijena, odnosno manipuliranje transfernim cijenama poput prakse, npr. “parkiranja dobiti”<sup>1</sup> pridonose shvaćanju transfernih cijena izvan neutralnog konteksta, odnosno kao pokazatelja neželjenog ponašanja poreznih obveznika. Porezne implikacije transfernih cijena povod su intenzivnog praćenja i kontrole odnosno nadzora nad povezanim trgovačkim društvima poreznih vlasti, a takvi nadzori zahtjevni su i opterećujući i za porezne obveznike koji su nadzirani i za porezne administracije. Rukovodno načelo poreznog tretmana i priznavanja transfernih cijena načelo je nepristrane transakcije (engl. *arm's length principle*) kao međunarodni standard čiju su primjenu dogovorile države članice OECD-a, a radi određivanja transfernih cijena pri oporezivanju.<sup>2</sup> Međutim, zbog razlika u primjeni navedenoga načela, kao posebno neželjene posljedice neujednačenog tumačenja načela neovisnosti dolazi do neželjenih pojava,

- 1 Vidi, Mitchell, A. K., *Milking versus Parking: Transfer Pricing and CFC Rules under the Internal Revenue Code*, dostupno na: [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_073859.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_073859.pdf) (9.1.2018.).
- 2 Suština formiranja transfernih cijena je u određivanju njihove visine koja bi trebala biti u skladu s uobičajenim tržišnim cijenama. Metode određivanja transfernih cijena određene su Smjernicama OECD o određivanju transfernih cijena za multinacionalna trgovačka društva i porezne uprave. Smjernicama su postavljena osnovna načela i pravila u postupanju poreznih administracija s obzirom na transferne cijene. Neka od temeljnih pravila Smjernica sadrže odredbe o primjeni načela neovisnosti te o pristupu u oporezivanju povezanih društava na način da se radi o samostalnim, pojedinačnim društvima. Smjernicama se utvrđuje i razrađuje metodologija određivanja transfernih cijena te se detaljno uređuje pitanje strukture dokumentacije o transfernim cijenama. Vidi, f.n. br. 4, definiranje načela nepristrane transakcije.



bilo dvostrukog oporezivanja ili, pak, dvostrukog neoporezivanja.<sup>3</sup>

Tako je ovo globalno prihvaćeno načelo, utjelovljeno u članku 9. OECD-ovog model ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja.<sup>4</sup> Dodatno, Smjernice OECD-a o transfernim cijenama<sup>5</sup> međunarodni su općeprihvaćeni standard za određivanje i kontrolu transfernih cijena, i jednako stavljaju fokus na primjenu načela nepristrane transakcije ili načela neovisnosti, gdje se polazi od pristupa oporezivanja pojedinačnih društava te se pojašnjava metodologija određivanja transfernih cijena i sama struktura dokumentacije o transfernim cijenama. Smjernice OECD-a o transfernim cijenama, pravno su neobvezujući akt, no riječ je o dokumentu koji predstavlja najbolje prakse u primjeni pravila o transfernim cijenama. Kao takve, ipak posredno jesu važan izvor jer, recentna događanja pokazuju da odstupanje od njih može upućivati na zaključak o zabranjenoj državnoj potpori.<sup>6</sup> Konačno, ipak treba primijetiti da Smjernice OECD-a nisu pravno obvezujući izvor poreznog prava, pa tako treba dopustiti i moguća odstupanja od preporuka koje su sadržane u njima.<sup>7</sup> Snagu i važnost načela neovisnosti potvrdila je Europska komisija, posebno u kontekstu prava državnih potpora. Također, isti, drugim riječima veliki značaj i snaga ovog načela prepoznati su i u praksi Suda EU-a, gdje se inzistira na važnosti načela neovisnosti u postupku zaključivanja sporazuma o transfernim cijenama, a čega se trebaju držati porezna tijela država članica. Dakle, porezna tijela ne smiju odstupati od tog načela jer se, u protivnom, smatra da odstupajući od načela nepristranosti, dodjeljuju poreznom obvezniku selektivnu prednost.<sup>8</sup> Slično, polazeći od preporuka sadržanih u Smjernicama

- 3 Dio navedenih i neželjenih posljedica pokušava se otkloniti Konvencijom 90/436/EEC o ukidanju dvostrukog oporezivanja u vezi s usklađivanjem dobiti povezanih poduzeća – Arbitražna konvencija (Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with adjustment of profits of associated enterprises) te Kodeksom ponašanja za učinkovitu provedbu Konvencije o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja u vezi s usklađivanjem dobiti između povezanih društava (Revised Code of Conduct for the effective implementation of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, 2009/C 322/01) i Kodeksom ponašanja u vezi s dokumentacijom o transfernim cijenama za povezana poduzeća (Code of conduct on transfer pricing documentation for associated enterprises in the EU).
- 4 Riječ je o dijelu koji sadrže svi MU koje je RH zaključila, temeljem Model ugovora, pa su navedene odredbe obvezujuće, pri čemu članak 9. propisuje sljedeće: “Ako su u poslovnima ili financijskim odnosima dvaju društava stvoreni ili nametnuti uvjeti kakvi se razlikuju od onih što bi postojali u odnosu neovisnih društava, svaku dobit koju bi jedno od tih društava ostvarilo, kada tih uvjeta ne bi bilo, a nije je steklo radi postojanja tih uvjeta, može se uračunati u dobit toga društva i na nju odrediti pripadajući porez”. Vidi, Kapetanović, Sanda, Arbitražna konvencija za sporove o transfernim cijenama u Europskoj uniji, Porezni vjesnik, br. 6, 2015., str. 58.
- 5 OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017->, dostupno na: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm> (3.12.2017.).
- 6 Vidi, Odluka Komisije (EU) 2017/1283 od 30. kolovoza 2016. o državnoj potpori SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) koju je provela Irska za društvo Apple, Službeni list EU L 187/1.
- 7 Vidi, više, Wittendorf, J., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010., str. 247.-248., i dr.
- 8 Vidi, Presuda Suda EU od 22. lipnja 2006., Kingdom of Belgium (C-182/03) and Forum 187

OECD-a o transfernim cijenama, Europska komisija se bavila i konkretnim pitanjima metodologije transfernih cijena, koje se primjenjuju u sporazumima o transfernim cijenama. Ipak, čini se da se može primijetiti kako je dvadeseto stoljeće bilo obilježeno i izazovima u međunarodnom poreznom pravu, između ostalog, pitanjem i problemom kako podijeliti kod međunarodnog dohotka poreznu osnovicu, a upravo s obzirom na nepostojanje jedne više ili globalne vlasti.<sup>9</sup> Taj se dio problema rješava konsenzusom postignutim u okrilju OECD-a, ali i sve većom prisutnošću europskoga zakonodavca i judikature. Hrvatski zakonodavac implementirao je Smjernice OECD-a o transfernim cijenama pa odredbe Zakona o porezu na dobit<sup>10</sup> i provedbeni Pravilnik o porezu na dobit<sup>11</sup> također normiraju primjenu načela neovisnosti i prateći Smjernice OECD-a definiraju metode određivanja transfernih cijena.<sup>12</sup>

## 2. RAZVOJ I VAŽNOST SPORAZUMA O TRANSFERNIM CIJENAMA

Institut sporazuma o transfernim cijenama ima svoje mjesto unutar instituta poreznog procesnog prava, odnosno poreznog postupka, u kojem se ostvaruju prava i obveze poreznih obveznika i poreznog tijela u povodu nastanka porezno pravnog odnosa, dakle od utvrđenja činjenica bitnih za oporezivanje pa do postupka naplate poreza. Sporazumi o transfernim cijenama mogu se smatrati jednim tipom ili vrstom unutar šireg pojma obvezujućih mišljenja u poreznom pravu odnosno pravu javnih davanja. Povijesni prikazi razvoja obvezujućih mišljenja pronalaze ishodište obvezujućih mišljenja u rimskom pravu.<sup>13</sup> Ipak, u zadnjim se desetljećima posebno primjećuje sve veća prisutnost ovog instituta u poreznim sustavima zemalja svih kontinenata, posebno država članica Europske unije te država članica OECD-a. No, obvezujuća mišljenja svoju pojavnost, praksu primjene i razvoja bilježe najprije u području carina i carinskog prava, pa je stoga preciznije reći da se sporazumi o

---

ASBL (C-217/03) v Commission of the European Communities, ECR 2006 I-05479, para. 95. i dr.

- 9 Hyde, C., Choe, C., *Keeping Two Sets of Book: The Relationship between Tax & Incentive Transfer Prices*, 2004., [www. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=522623](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=522623)(18.09.2010), Prema, Žunić Kovačević, N., *Transferne cijene i izbjegavanje plaćanja poreza*, u: *Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije*, Rijeka, 2011., str. 205-224.
- 10 Zakon o porezu na dobit, Narodne novine, br. 177/2004, 90/2005, 57/2006, 80/2010, 22/2012, 146/2008, 148/2013, 143/2014, 50/2016, 115/2016 (dalje tekstu: ZPDob), vidi članak 13. st. 1. ZPDob.
- 11 Pravilnik o porezu na dobit, Narodne novine, br. 95/2005, 133/2007, 156/2008, 146/2009, 123/2010, 137/2011, 61/2012, 146/2012, 160/2013, 12/2014, 157/2014, 137/2015, 115/2016, 1/2017, 2/2018, posebno članak 40.
- 12 Vidi, članak 13. stavak 3. a-e, ZPDob: *Metoda usporedivih nekontroliranih cijena, Metoda trgovačkih cijena, Metoda dodavanja bruto dobiti na troškove, Metoda podjele dobiti, Metoda neto dobitka.*
- 13 Tako navode Alarie, B., Datt, K., Sawyer, A. i Weeks, G., *Advance Tax Rulings in Perspective: A Theoretical and Comparative Analysis*, *New Zealand Journal Of Taxation Law and Policy*, vol. 20, prosinac, 2014., str. 3366., upućujući na Romano, Carlo.

transfernim cijenama razvijaju unutar poreznih (prethodnih) obvezujućih mišljenja<sup>14</sup> (engl. *advance tax rulings*). Poredbeni pravni i porezni sustavi uređuju različite tipove obvezujućih mišljenja, pa iako ne postoji jedinstvena definicija ovog instituta, moguće je ipak temeljem zajedničkih i jednakih elemenata tog instituta zaključiti da je riječ o posebnom upravnom aktu, poreznom aktu koji donosi porezno tijelo i koje je za porezno tijelo obvezujuće u primjeni poreznih propisa na transakcije, poslove i druge porezno relevantne činjenice poreznog obveznika. Dakle, porezno tijelo, temeljem prethodnog i formalnog zahtjeva poreznog obveznika, u obvezujućem mišljenju utvrđuje kakav će biti porezni tretman budućih i namjeravanih poslova poreznog obveznika.<sup>15</sup> Iako su pretpostavke za donošenje obvezujućih mišljenja različite od države do države, ipak se na općoj razini zaključuje da je riječ o institutu koji ima za cilj ostvarivanje odnosno povećanje poreznopravne sigurnosti. Unutar te kategorije instituta poreznog procesnog prava nastali su prethodni sporazumi o transfernim cijenama.

Prethodni sporazum o transfernim cijenama (engl. *Advance Pricing Agreement* (dalje u tekstu: APA) moguće je definirati kao sporazum između grupe trgovačkih društava ili povezanih društava kao poreznog obveznika i poreznog tijela, o kriterijima kojima će se primjenjivati pravila o transfernim cijenama, posebno na transakcije unutar grupe trgovačkih društava kao poreznog obveznika. Kao što je to riječ i kod obvezujućih mišljenja, i ovdje poredbenopravno nailazi se na različito normiranje, i jedan bitan skup podudarnih ili istih elemenata. Ipak, APA predstavlja poseban izazov za sve sudionike oporezivanja, budući da često podrazumijeva uključenost više poreznih jurisdikcija. Problemi utaje poreza i sve šira prisutnosti agresivnih oblika poreznog planiranja potaknuli se europskog zakonodavca na jače praćenje i kontrolu transfernih cijena, obvezujućih mišljenja odnosno APA-e. Upravo je složenost samog pojma i instituta prethodnih sporazuma o transfernim cijenama te kompleksnost njihove primjene, postala razvidna zbog povezivanja općeg instituta obvezujućih mišljenja s propisima o državnim potporama. Naime, Europska je komisija već koncem devedesetih godina 20. stoljeća ukazivala na to da slične administrativne mjere i instituti, kao što su obvezujuća mišljenja, mogu biti selektivni, i stoga, nedopušteni.<sup>16</sup> Ipak, obvezujuća mišljenja posebnu pozornost privlače nakon 2013. godine, kada je Europska komisija započela posebnu istragu, zbog čega su države članice bile obvezne do kraja 2014. godine dostaviti Komisiji podatke o svim mišljenjima koja su donijele njihove porezne vlasti, i to za razdoblje od 2010. do 2013. godine.<sup>17</sup>

Slično, kao što su obvezujuća mišljenja, pored ostalih uloga, i instrument ostvarenja načela postupanja u dobroj vjeri,<sup>18</sup> to jednako vrijedi i za APA-e jer se

14 Vidi više, Žunić Kovačević, N., *Prethodna obvezujuća porezna mišljenja – novi institut hrvatskog poreznog postupka*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci, vol. 37, br. 1, 2016., str. 268-273.

15 O pojmu ovog instituta poreznog prava v. detaljnije u: Žunić Kovačević, loc. cit.

16 V. Europska komisija, str. 163.

17 Luja, R.H.C., *Will the EU's State Aid Regime Survive BEPS?*, *British Tax Review*, br. 3, 2015., str. 383.-384.

18 Vidi, Žunić Kovačević, N., *Primjena načela dobre vjere u poreznom postupku – neuspjeli pokušaj uvođenja instituta obvezujuće informacije u hrvatsko porezno pravo*, Zbornik Pravnog

temelje na suradnji<sup>19</sup> i sporazumijevanju poreznih tijela i poreznih obveznika.<sup>20</sup> Posebna važnost APA uočava se i u doprinosu smanjivanja administrativnog i financijskog opterećenja svih sudionika oporezivanja kao i smanjivanja broja sporova koji imaju za predmet spora pitanje transfernih cijena i njihov porezni tretman.<sup>21</sup> Iako komparativna iskustva primjene obvezujućih mišljenja i APA-e pokazuju da je riječ o neizostavnim instrumentima izgradnje suvremenoga poreznog sustava, gdje se pozornost stavlja na poreznopravnu sigurnosti i zaštitu prava poreznih obveznika, ipak se mora primijetiti da je inicijativa za normativno uređenje ovog instituta u državama članicama Europske unije bila u rukama Europske komisije, zbog odlučnosti u globalnoj borbi protiv utaje poreza. Ta je inicijativa potvrđena i uređenjem obvezatne automatske razmjene informacija o obvezujućim mišljenjima.<sup>22</sup>

Naime, APA je važan instrument pojednostavnjenja postupka određivanja i kontrole transfernih cijena, i to jednako, za porezne vlasti, i za porezne obveznike. Dok APA poreznim vlastima pojednostavnjuje postupak utvrđivanja i nadzora transfernih cijena, istodobno poreznim obveznicima daje sigurnost da će ugovorene transferne cijene biti prihvaćene u poreznom postupku, odnosno oporezivanju pa tako uklanjaju rizik ispravka transfernih cijena i posljedičnu mogućnost dvostrukog oporezivanja. Države članice EU-a<sup>23</sup> u svojim poreznim sustavima uređuju i primjenjuju APA-u. Pritom je evidentan visoki stupanj usklađenosti normativnog okvira i transfernih cijena i APA-e.<sup>24</sup> Ipak, primjena APA-e i broj zaključenih APA razlikuje se od države

---

fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 31, br. 1, 2010., str. 133-150., i dr.

- 19 Vidi opširnije o novom konceptu odnosa poreznih vlasti i poreznih obveznika, OECD. (2013), "The current state of play", u: OECD, *Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing, Paris; De Simone, Lisa, Sansing, Richard, Seidman, Jeri K., *When are Enhanced Relationship Tax Compliance Programs Mutually Beneficial?*, Tuck School of Business Working Paper No. 2012-102, December 2011, dostupno na: <file:///E:/Users/Natasa/Downloads/SSRN-id1954823.pdf> (posjećeno: 15.12.2017.); Žunić Kovačević, N., "Europeizacija" hrvatskog poreznog postupovnog prava - o dosadašnjim ne/uspjesima kroz prizmu zadanih i imperativnih promjena, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. 5, br. 1, 2014., str. 78-91.
- 20 Vidi, Rogić Lugarić, T., *Porezna tijela i porezni obveznici: od policajca i lopova do suradnika*, u: Koprić, I., Musa, A., Giljević, T. (ur.), *Građani, javna uprava i lokalna samouprava: povjerenje, suradnja, potpora*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2017., str. 341-362., vidi i, Žunić Kovačević, N., "Europeizacija" hrvatskog poreznog postupovnog prava - o dosadašnjim ne/uspjesima kroz prizmu zadanih i imperativnih promjena, str. 82-86.
- 21 V. Kerschner, I., Stiașny, M., *The Experience with Advance Pricing Agreements*, *Intertax*, vol. 41, br. 11, 2013., str. 588-593.
- 22 Izmjena Direktive 2011/16/EU: Direktiva Vijeća 2011/16/EU od 15. veljače 2011. o administrativnoj suradnji u području oporezivanja i stavljanju izvan snage Direktive 77/799/EEZ, Direktiva Vijeća (EU) 2016/881 od 25. svibnja 2016. o izmjeni Direktive 2011/16/EU u pogledu obvezne automatske razmjene informacija u području oporezivanja, SL L 146, od 3. 6. 2016.
- 23 Utvrđeno je da je 2015. godine 75 %, odnosno 21 članica, u svojim zakonskim okvirima uređuje i tako omogućuje primjenu APA-e. Prema, Perčević, Hrvoje, *Usklađenost regulatornog okvira transfernih cijena u zemljama Europske unije*, *Ekonomski misao i praksa*, god. 24., br. 2, 2015., str. 644.
- 24 Loc. cit.

do države i uvelike varira.<sup>25</sup>

Ideja koja je u osnovi normiranja postupka zaključenja APA-e je osigurati poreznim obveznicima, povezanim društvima stabilno porezno okruženje odnosno pravnu sigurnost, a podjednako poreznim tijelima učinkovitost u oporezivanju. Takav postupak pruža preventivna rješenja u slučaju različitih spornih situacija, s kojima se multinacionalna povezana društva neizbježno susreću u ispunjavanju svojih poreznih obaveza i u njihovu nastojanju da svoje postupanje usklade s poreznim zakonodavstvom.

Normiranje APA-e u hrvatskom je poreznom pravu relativno novijeg datuma. Naime, normiranje obvezujućih mišljenja izmjenama Općeg poreznog zakona tijekom 2015. godine prethodilo je kao širi pravni okvir<sup>26</sup> a koji nastaje manje kao evolucijska faza razvoja hrvatskoga procesnog prava, već više zbog razvoja europskog prava i uvođenja obvezne automatske razmjene informacija o obvezujućim mišljenjima, a potom i drugih događanja u europskoj legislativi.<sup>27</sup>

### **3. HRVATSKI NORMATIVNI OKVIR ZAKLJUČENJA APA-E**

Transferne cijene uređuju se isključivo na razini povezanih osoba kako su definirane odredbama Zakona o porezu na dobit te provedbeno uređene podzakonskim odredbama pravilnika. Kod zaključenja sporazuma o transfernim cijenama radi se o povezanim osobama kako su definirane predmetnim zakonskim odredbama. Tako se člankom 13. stavkom 2. ZPDob-a propisuje da se povezanim osobama u kontekstu transfernih cijena smatraju osobe kod kojih jedna osoba sudjeluje izravno ili neizravno u upravi, nadzoru ili kapitalu druge osobe ili iste osobe sudjeluju izravno ili neizravno u upravi, nadzoru ili kapitalu društva. Ipak, Opći porezni zakon<sup>28</sup> sveobuhvatnije definira povezane osobe, pa tako člankom 46. uređuje pojam povezanih društava,<sup>29</sup>

25 Vidi, npr. Francuska, na <https://www.impots.gouv.fr/portail/international-professionnel/advance-pricing-arrangement> (10.12.2017.); Italija, dostupno na: [http://kdocs.kpmg.it/marketing/KSA/Tax\\_Alert\\_3003\\_Tax\\_Ruling.pdf](http://kdocs.kpmg.it/marketing/KSA/Tax_Alert_3003_Tax_Ruling.pdf). (15.12.2017.).

26 OPZ, u članku 10. uređuje obvezujuća mišljenja, dok Pravilnik o provedbi Općeg poreznog zakona, Narodne novine, br. 30/2017, u svojem drugom dijelu provedbeno uređuje obvezujuća mišljenja.

27 Uz izmjenu Direktive 2011/16/EU, u prosincu 2015., dolazi do izmjena Općeg poreznog zakona, normiranja obvezujućih mišljenja i naknadnog uređenja razmjene informacija o istima, što je obuhvaćeno Zakonom o administrativnoj suradnji u području poreza, Narodne novine, br. 115/2016. Vidi više i u: Žunić Kovačević, N., *Coordinating taxation between the European Union and other countries through advance tax rulings systems*, u: *Financial Integration, A Focus on the Mediterranean Region, Series: Financial and Monetary Policy Studies*, ur. Peeters, M.; Sabri, N.; Shahin, W., Springer Verlag Berlin, vol. 36, 2013., str. 87-94.; Žunić Kovačević, N., *Prethodna obvezujuća porezna mišljenja - novi institut hrvatskog poreznog postupka*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 37, br. 1, 2016., str. 268.-273.

28 Opći porezni zakon, Narodne novine, br. 115/2016. (dalje u tekstu: OPZ).

29 OPZ, članak 46.: "Povezanim društvima u smislu ovoga Zakona smatraju se društva koja u međusobnom odnosu mogu stajati kao: 1. društvo koje u drugom društvu ima većinski udio ili većinsko pravo odlučivanja 2. ovisno i vladajuće društvo, 3. društva koncerna 4. društva s uzajamnim udjelima koja su povezana tako da svako društvo ima više od četvrtine udjela u drugom društvu 5. društva povezana poduzetničkim ugovorima, i to: ugovorima o vođenju

preciznije definirajući i pojam ovisnog i vladajućeg društva u članku 47. te posebno pojam povezanih osoba, u članku 49.<sup>30</sup>

Zakon o porezu na dobit u svojem članku 14. a predviđa mogućnost zaključenja sporazuma o transfernim cijenama, kojega definira kao sporazum o transfernim cijenama i ugovornim odnosima iz članka 13. Zakona o porezu na dobit, koji uređuje pitanja porezne osnovice u poslovanju između povezanih osoba rezidenta i nerezidenta te članka 14. Zakona o porezu na dobit, koji uređuje pitanje poreznog tretmana kamata između povezanih osoba.

Zakon definira APA-i kao sporazum između poreznog obveznika i Porezne uprave, Ministarstva financija te poreznih tijela drugih država u kojima su povezane osobe rezidenti ili posluju putem poslovne jedinice, kojim se za transakcije između povezanih osoba, prije nego što su započele, utvrđuje odgovarajući skup kriterija kao što su metode, usporednice, odgovarajuća usklađivanja ili ključne pretpostavke u vezi s budućim događajima, da bi se odredile transferne cijene za te transakcije tijekom određenoga razdoblja. Prethodni sporazum o transfernim cijenama definiran je kao obvezujući za poreznog obveznika i za poreznu upravu za vrijeme za koje je sklopljen. Zakon predviđa da troškove sklapanja prethodnog sporazuma o transfernim cijenama u cijelosti snosi porezni obveznik, dok provedbena pravila ostavlja za podzakonsku normu. Tako Pravilnik o postupku sklapanja prethodnog sporazuma o transfernim cijenama<sup>31</sup> detaljno propisuje postupak sa svim fazama koje vode k zaključenju sporazuma, sadržaj sporazuma, rokove važenja te pitanje visine troškova zaključenja prethodnih sporazuma o transfernim cijenama.

Pravilnik o postupku sklapanja prethodnog sporazuma o transfernim cijenama uređuje, razrađujući zakonsku odredbu, pitanja prethodnog sporazuma o transfernim cijenama o postupku, načinu, sadržaju, rokovima, troškovima sklapanja te nastalim ugovornim odnosima. Predviđa se mogućnost zaključenja tri tipa sporazuma. Tako

---

poslova društva, ugovorima o prijenosu dobiti te ostalim poduzetničkim ugovorima koji se upisuju u sudski registar.”

30 OPZ, članak 49.: “Povezane osobe, u smislu ovoga Zakona, su osobe kod kojih je ispunjen najmanje jedan od sljedećih uvjeta: 1. dvije ili više fizičkih ili pravnih osoba koje za izvršavanje obveza iz porezno-dužničkog odnosa predstavljaju jedan rizik jer jedna od njih ima, izravno ili neizravno, kontrolu nad drugom ili drugima 2. dvije ili više fizičkih ili pravnih osoba koje za izvršavanje obveza iz porezno-dužničkog odnosa predstavljaju jedan rizik jer jedna od njih ima, izravno ili neizravno, značajan utjecaj na drugu ili druge 3. dvije ili više fizičkih ili pravnih osoba između kojih ne postoji odnos kontrole iz točke 1. ovoga stavka ili značajan utjecaj iz točke 2. ovoga stavka, ali koje predstavljaju jedan rizik za izvršavanje obveza iz porezno-dužničkog odnosa jer su međusobno povezane tako da postoji velika vjerojatnost da zbog pogoršanja ili poboljšanja gospodarskog i financijskog stanja jedne osobe može doći do pogoršanja ili poboljšanja gospodarskog i financijskog stanja jedne ili više drugih osoba, jer se između njih provodi ili postoji mogućnost prijenosa gubitaka, dobiti ili sposobnosti za plaćanje. (2) Smatra se da postoji odnos povezanih osoba iz ovoga članka i između poreznog dužnika i: njegovog bračnog druga, njegovog krvnog srodnika u ravnoj liniji, u pobočnoj liniji do četvrtog stupnja, po tazbini do istog stupnja bez obzira je li brak prestao ili nije, posvojitelja, posvojenika, skrbnika, osobe pod skrbništvom, staratelja, osobe pod starateljstvom te osobe koja s njime živi u zajedničkom kućanstvu”.

31 Pravilnik o postupku sklapanja prethodnog sporazuma o transfernim cijenama, Narodne novine, br. 47/2017. (dalje u tekstu: Pravilnik o APA).

se sporazum može zaključiti kao jednostrani sporazum između poreznog obveznika i porezne uprave ili dvostrani ili mnogostrani sporazum između poreznog obveznika i porezne uprave te povezanih osoba poreznog obveznika i poreznih tijela drugih država u kojima su povezane osobe rezidenti, a s kojima se takav sporazum može sklopiti temeljem ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja ili drugoga međunarodnog sporazuma.

### **3.1. Prikaz podzakonskoga normativnog okvira postupka zaključenja APA-e**

Temeljna načela sporazuma o transfernim cijenama i postupka zaključenja koja uređuje Pravilnik o APA-i<sup>32</sup> načelo su postupanja u dobroj vjeri poreznog obveznika i porezne uprave, načelo transparentnosti i spremnosti poreznog obveznika za pružanjem svih relevantnih informacija, načelo međusobnog razumijevanja poreznog obveznika i porezne uprave u poreznim pitanjima te načelo uzajamnog povjerenja između poreznog obveznika i porezne uprave u smislu međusobnih očekivanja i preuzimanja odgovornosti za rizike.

Cilj je zaključenja sporazuma rješavanje pitanja transfernih cijena na partnerskoj osnovi i gore navedenim načelima te racionalnijim korištenjem resursa poreznih obveznika i porezne uprave postići predvidljiv rezultat i neutralizirati porezne rizike. Dodatno, cilj je i osiguranje pravne sigurnosti za poreznog obveznika u konkretnom poslovnom događaju odnosno kontroliranoj transakciji za koju se sklapa sporazum.

Kod provedbenog uređenja APA-e propisano je područje primjene<sup>33</sup> pa se slično, temeljnom institutu nastalom u okviru načela postupanja u dobroj vjeri, obvezujućim mišljenjima,<sup>34</sup> uređuje da se sporazum zaključuje radi utvrđivanja poreznog tretmana jedne ili više transakcija između povezanih osoba prije nego što su transakcije započele, dakle da se može odnositi jedino na buduće i planirane transakcije. Pritom se utvrđuje odgovarajući skup kriterija kao što su metode, usporednice, odgovarajuća usklađivanja ili ključne i kritične pretpostavke u vezi s budućim događajima tih transakcija tijekom određenog vremenskog razdoblja.<sup>35</sup> Dakle, prethodni se sporazumi o transfernim cijenama zaključuju uvijek na određeno vrijeme.

Predmet sporazuma mogu biti samo buduće transakcije između povezanih osoba, i to u onim slučajevima gdje se kod odabira metodologije primjene temeljnog načela prihvatljivosti transfernih cijena, dakle načela nepristrane transakcije, pojavljuju pitanja pouzdanosti i točnosti ili kada su specifične okolnosti transfernih cijena iznimno složene.<sup>36</sup>

Kada porezni obveznik iskaže inicijativu za sklapanje jednostranog sporazuma,

32 Pravilnik o APA, čl. 2.

33 Pravilnik o APA, čl. 3.

34 Vidi, Pravilnik o provedbi Općeg poreznog zakona, Narodne novine, br. 30/2017. (dalje u tekstu: Pravilnik o provedbi OPZ) gdje se obvezujuća mišljenja definiraju pa tako odredba članka 10. predviđa da se donose "(...) obvezujuće mišljenje o poreznom tretmanu budućih i namjeravanih transakcija, (...)."

35 Tako, čl. 3. Pravilnik o APA.

36 Pravilnik o APA, čl. 3. st. 2.

a u analizi te inicijative porezna uprava utvrdi da bi transakcije s povezanim osobama imale prekogranični učinak u drugoj državi članici Europske unije ili državi s kojom Republika Hrvatska ima sklopljen ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja ili drugi međunarodni sporazum, porezna uprava je dužna o namjeri sklapanja sporazuma obavijestiti tu drugu državu.<sup>37</sup> Pritom će, hrvatsko porezno tijelo u suradnji s poreznim tijelima druge države, predložiti poreznom obvezniku sklapanje dvostranog ili mnogostranog sporazuma. Ako porezni obveznik ne pristane na sklapanje dvostranog ili mnogostranog sporazuma, Porezna uprava će pri sklapanju jednostranog sporazuma uzeti u obzir informacije koje je dobila od drugih poreznih tijela, a koje su vezane za transakcije koje su predmet sporazuma.

Budući da prethodni sporazumi, pa tako i sporazumi o transfernim cijenama, ne smiju biti protivni zakonskim odredbama, a niti normama jače pravne snage jasno se propisuje nadređenost zakonskih normi i normi međunarodnih ugovora ako se nije proveo postupak dogovaranja s inozemnim poreznim tijelima. Naime, u svakom slučaju sklapanja jednostranog sporazuma bez dogovaranja s nadležnim tijelom države rezidentnosti povezane osobe poreznog obveznika, s kojom Republika Hrvatska ima sklopljen ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja ili drugi međunarodni sporazum, a koji proizvodi učinak koji nije sukladan njima, umjesto sporazuma primijenit će se odredbe ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja ili drugoga međunarodnog sporazuma.

Slično, Pravilnik o APA-i propisuje, kada hrvatska porezna tijela prime od poreznog tijela druge države, temeljem ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja ili drugoga međunarodnog sporazuma, prijedlog za sklapanje dvostranog ili mnogostranog sporazuma, koji bi uključio povezane osobe koje su rezidenti Republike Hrvatske, (temeljem primljene obavijesti), pozvat će porezne obveznike da se izjasne o sudjelovanju. Porezni obveznik mora pristati na sklapanje takva sporazuma, u protivnom moguće je zaključenje jednostrana sporazuma, ali s istim, nadređujućim učinkom zakonskih normi i normi međunarodnih ugovora nad odredbama tako zaključenog sporazuma.

Pravilnik predviđa i uređuje pet etapa postupka zaključenja sporazuma: podnošenje inicijative za sklapanje sporazuma, prethodni razgovor, podnošenje izjave o namjeri sklapanja sporazuma, sklapanje sporazuma te praćenje provedbe sporazuma.

Propisana je nadležnost posebnog tijela za postupak sklapanja sporazuma, i to Savjetodavnog tijela za sklapanje sporazuma, a koje se sastoji od djelatnika porezne uprave, koje je imenovao ravnatelj porezne uprave.<sup>38</sup>

Prva etapa postupka zaključenja sporazuma faza je podnošenja inicijative za sklapanje sporazuma, uređena člankom 5. Pravilnika o APA-i. Dakle, inicijativa za pokretanje postupka u rukama je poreznih obveznika, a postupak se pokreće slanjem elektroničke pošte. Naime, postupak sklapanja sporazuma započinje porezni obveznik i to upućivanjem pisane izjave o namjeri sklapanja sporazuma, nadležnom tijelu

37 Pravilnik o APA, čl. 3. st. 3.

38 Vidi, Pravilnik o APA, čl. 4. Vidi i, Zakon o poreznoj upravi, Narodne novine, br. 115/2016., čl. 8.



putem adrese e-pošte posebno određene u te svrhe.<sup>39</sup> Takvu izjavu može podnijeti isključivo obveznik poreza na dobit - rezident, odnosno njegov opunomoćenik ili porezni savjetnik te fizička ili pravna osoba (rezident ili nerezident) koja još nije stekla status obveznika poreza na dobit ili nije još izvršila registraciju obavljanja djelatnosti prema posebnim propisima, odnosno njezin opunomoćenik ili porezni savjetnik, pod pretpostavkom da će postati obveznik poreza na dobit do dana potpisivanja sporazuma. Izjava, čiji je sadržaj detaljno propisan pravilnikom,<sup>40</sup> mora se uputiti najkasnije šest mjeseci prije početka transakcije koja je predmet sporazuma.<sup>41</sup> Ako se sporazum ne sklopi do početka transakcije, sve pretpostavke i činjenice vezane uz predmetnu transakciju, koje su se u međuvremenu promijenile, ipak se mogu obuhvatiti odredbama sporazuma i primjenjivati na razdoblje od početka transakcije do zaključenja sporazuma.

Druga etapa postupka zaključenja sporazuma, prethodni razgovor, uređen člankom 6. Pravilnika, nastupit će samo ako porezno tijelo utvrdi mogućnost i svrsishodnost sklapanja sporazuma. Pritom se ne daju kriteriji ili pretpostavke koje bi upućivale na obvezatnost poreznog tijela nastaviti postupak i započeti s navedenom fazom postupka. U ovoj etapi porezno tijelo poziva, u pisanom obliku, poreznog obveznika ili njegovog opunomoćenika i/ili poreznog savjetnika, na prethodni razgovor. Ako porezno tijelo ne utvrdi svrsishodnost i mogućnost sklapanja sporazuma dostavlja obavijest o odbijanju inicijative, uz obrazloženje. Svrha je provedbe prethodnog razgovora razmjena mišljenja i dobivanje dodatnih informacija i pojašnjenja o pitanjima. Pitanja, ali i pretpostavke na temelju kojih se zaključuje o svrhovitosti i mogućnosti zaključenja sporazuma obuhvaćaju sljedeće teme: svrha i cilj sklapanja sporazuma, izbor odgovarajuće metodologije za utvrđivanje transfernih cijena, prijedlog metodologije za određivanje transfernih cijena za transakcije koje će biti predmet sporazuma te slijedi li metodologija i drugi uvjeti iz prijedloga ciljeve sklapanja sporazuma, postoji li vjerojatnost da će teškoće ili sumnje u vezi s tumačenjem ili primjenom sporazuma znatno povećati rizik dvostrukog oporezivanja ili neoporezivanja, opseg dokumentacije i prethodne analize potrebne za sklapanje sporazuma, može li sklapanje sporazuma utjecati na porezni tretman transakcija

39 Pravilnik o APA, čl. 5. st. 1., gdje se navodi da se adresa e-pošte objavljuje na mrežnim stranicama Porezne uprave. U vrijeme pisanja rada, autoru nije bila dostupna navedena adresa e-pošte na mrežnim stranicama PU., dok je dostupna adresa za pokretanje postupka izdavanja obvezujućih mišljenja, vidi: <https://www.porezna-uprava.hr/bi/Stranice/Obvezuju%C4%87ami%C5%A1ljenja.aspx> (9.1.2018.).

40 Pisana izjava osobito sadrži sljedeće podatke: OIB i naziv/ime i prezime poreznog obveznika podnositelja izjave te kontakt osobu za komunikaciju s Poreznom upravom (adresa e-pošte), podatak o opunomoćeniku ili poreznom savjetniku, koji je od strane poreznog obveznika uključen u postupak sklapanja sporazuma, popis povezanih osoba uključenih u transakcije koje će biti predmet sporazuma te napomenu o zemljama u kojima imaju sjedište, odnosno čiji su rezidenti, vrsta sporazuma (jednostrani, dvostrani ili mnogostrani), kratak prikaz organizacijske strukture i poslovanja poreznog obveznika te povezanih osoba, odnosno grupe povezanih osoba u koju je porezni obveznik uključen, kratak opis transakcija s povezanim osobama koje će biti predmet sporazuma i vrijednost transakcija, predviđeni početak transakcija, prijedlog metodologije za određivanje transfernih cijena za transakcije koje će biti predmet sporazuma.

41 Tako, Pravilnik o APA, čl. 5. st. 3.

iz prethodnih razdoblja ako su činjenice i transakcije koje su predmet sporazuma jednake onima iz prethodnih poreznih razdoblja, je li već u tijeku nadzor transfernih cijena za prethodne godine kod poreznog obveznika ili povezane osobe za ista ili slična pitanja, druge pojedinosti o transakcijama u vezi s transfernim cijenama, poslovnim događajima, prognozama i poslovnim planovima, koje su ključne kritične pretpostavke, rok za podnošenje izjave, vrijeme potrebno za sklapanje sporazuma te rok valjanosti sporazuma. Sve navedene komponente prethodnog razgovora moraju se sagledati u odnosu na predmet<sup>42</sup> sporazuma, gospodarsko okruženje, vrstu transakcije i metodologiju za utvrđivanje transfernih cijena. Dodatno se upućuje i na vođenje računa o poreznim propisima te međunarodnim ugovorima, temeljem kojih se sklapa sporazum, propisima koji se odnose na predmet i sadržaj sporazuma, tarifama i uvoznim ograničenjima, gospodarskim uvjetima, tržišnim udjelima, tržišnim uvjetima, tržišnim cijenama i opsegu prodaje, funkcijom i rizicima koje snose porezni obveznik i povezane osobe koje sudjeluju u transakciji, tečaju, kamatnim stopama, bonitetu i strukturi kapitala, organizacijskoj strukturi poreznog obveznika i povezanih osoba koje sudjeluju u transakciji, njihovoj djelatnosti, načinu poslovanja i drugim pretpostavkama. Navedeni popis pretpostavki koje se imaju uzeti u obzir kod prethodnog razgovora i procjene hoće li se postupak nastaviti, upućuje na iznimnu složenost i zahtjevnost poslova poreznog tijela u navedenom postupanju. Razina znanja, stručnosti i kontinuirane osposobljenosti iznimno su visoko postavljene i traže od poreznog tijela raspolaganje posebno obučanim ljudskim resursima. Stoga se čini i neodgovarajućom savjetodavna narav tijela koje postupa, a na koju upućuje naziv tijela koje je propisano kao nadležno u ovom postupku. Jednako, predviđeni opseg "kritičnih pretpostavki" koje se imaju uzeti u obzir daje osnova za zaključak o opravdanosti duljine trajanja cijelog postupka zaključenja sporazuma.<sup>43</sup>

Nakon održanog prethodnog razgovora, za donošenje odluke o prikladnosti sklapanja sporazuma ključni je čimbenik prednost koja će se postići utvrđivanjem odgovarajućeg skupa kriterija kao što su metode, usporednice, odgovarajuća usklađivanja ili ključne pretpostavke u vezi s budućim transakcijama tijekom određenoga razdoblja, u odnosu na postupak utvrđivanja transfernih cijena, samo prema članku 13. Zakona o porezu na dobit.<sup>44</sup>

42 Riječ je, o tzv. "kritičnim pretpostavkama" preciznije elementima kojima porezno tijelo donosi odluku o nastavku postupka i zaključenju sporazuma, no ispunjenje niti jedne od navedenih dvije pretpostavke nema za posljedicu obvezno zaključenje sporazuma ili obvezatni nastavak postupka zaključenja sporazuma. Drugim riječima, radi se o egzemplifikativnom popisu odrednica ili primjeru popisa elemenata prethodnog razgovora.

43 Vidi, čl. 6. Pravilnik o APA.

44 Propisuje sljedeće metode pri utvrđivanju i procjeni jesu li poslovni odnosi između povezanih osoba ugovoreni po tržišnim cijenama: (a) Metoda usporedivih nekontroliranih cijena po kojoj se cijene za prodane proizvode, robu ili usluge u kontroliranim poslovima uspoređuju s onima u nekontroliranim poslovima i usporedivim okolnostima. (b) Metoda trgovačkih cijena po kojoj se utvrđuje cijena po kojoj se roba nabavljena od povezanih osoba prodaje nepovezanim osobama. Tako utvrđena cijena umanjuje se za odgovarajuću bruto trgovačku maržu koja se može postići u postojećim tržišnim uvjetima. Dobiveni ostatak je cijena po kojoj je roba mogla biti nabavljena od nepovezanih osoba. (c) Metoda dodavanja bruto dobiti na troškove po kojoj se prvo utvrđuju troškovi proizvoda, poluproizvoda ili usluga koje je imala osoba koja je

Porezna uprava će nakon održanoga prethodnog razgovora i provjere pretpostavki i činjenica vezanih uz predmetne transakcije, utvrditi je li prijedlog poreznog obveznika prikladan za pokretanje postupka sklapanja Sporazuma te će o njemu obavijestiti podnositelja izjave o namjeri sklapanja sporazuma, čime je pokrenuo predmetni postupak. Rok u kojem će se dostaviti ta obavijest dogovara se tijekom etape prethodnog razgovora.

U konačnici, ako porezno tijelo pozitivno ocijeni navedenu inicijativu, po primitku takve obavijesti porezni obveznik može podnijeti pisanu izjavu o namjeri sklapanja ili obavještava porezno tijelo o odustajanju od namjere sklapanja sporazuma, u roku utvrđenom tijekom prethodnoga razgovora.

Članak 8. Pravilnika o APA-i propisuje sadržaj izjave o namjeri sklapanja sporazuma, čije podnošenje predstavlja posebnu etapu ovog postupka. Izjava o namjeri sklapanja sporazuma sastoji se od općih i specifičnih podataka o predmetnim transakcijama i uključenom poreznom obvezniku i njegovim povezanim osobama, pri čemu Pravilnik primjerično navodi sadržaj izjave.<sup>45</sup>

Kada porezni obveznik podnese izjavu o namjeri sklapanja dvostranog ili mnogostranog Sporazuma, propisuju se i dodatni, posebni elementi koje izjava mora sadržati.<sup>46</sup> Također propisani su i obvezni prilozi uz izjavu o namjeri sklapanja

---

proizvode, poluproizvode ili usluge prodala drugoj povezanoj osobi. Na tako utvrđene troškove dodaje se odgovarajuća bruto dobit koja se može postići u postojećim tržišnim uvjetima. Tako dobiveni iznos je cijena po kojoj su proizvodi, poluproizvodi ili usluge mogli biti nabavljeni od nepovezanih osoba. (d) Metoda podjele dobiti po kojoj se eliminira učinak posebnih uvjeta na dobit u poslovima između povezanih osoba. Ova eliminacija provodi se utvrđivanjem podjele dobiti koju bi nepovezane osobe očekivale sudjelovanjem u jednom ili više poslova. Po metodi podjele dobiti, najprije se utvrđuje podjela dobiti između povezanih osoba u jednom ili više poslova u kojima te osobe sudjeluju. Nakon toga procjenjuje se podjela dobiti do koje bi došlo da su u poslu u postojećim tržišnim uvjetima sudjelovale nepovezane osobe te se tako utvrđeni udjeli u dobiti raspoređuju na povezane osobe. (e) Metoda neto dobitka po kojoj se ispituje ostvarena neto dobit u odnosu na neku osnovu kao što su ukupni troškovi, prihodi od prodaje, imovina ili vlastiti kapital koju jedna osoba ostvaruje u poslovima s jednom ili više povezanih osoba. Tako ostvarena neto dobit uspoređuje se s neto dobitkom sličnih osoba u sličnim okolnostima.

Poslovni odnosi između povezanih osoba priznat će se samo ako porezni obveznik posjeduje i na zahtjev porezne uprave pruži podatke i informacije o povezanim osobama i poslovnim odnosima s tim osobama, metodama kojima se koristi za utvrđivanje usporedivih tržišnih cijena i razlozima za odabiranje konkretnih metoda. V. ZPDob, čl. 13.

45 To su "(...) osobito: ime i prezime/naziv poreznog obveznika podnositelja izjave, OIB ili porezni broj ako podnositelju sukladno posebnom zakonu nije dodijeljen OIB te PDV ID broj ako mu je dodijeljen, podatke o opunomoćeniku ili poreznom savjetniku, koji je od strane poreznog obveznika uključen u postupak sklapanja sporazuma, podatke o vrsti sporazuma (jednostrani, dvostrani ili mnogostrani), opće informacije o transakcijama s povezanim osobama (opis, vrsta, količina, vrijednosti, uvjeti i sl.), podatke o poduzetnicima i stalnim poslovnim jedinicama koje sudjeluju u sporazumu (naziv/ime i prezime, sjedište/adresa, porezni broj i povezane osobe), opis transakcija koje će biti predmet sporazuma te opis proizvoda, poslova ili ugovora koji su temelj za provođenje transakcija koje će biti predmet sporazuma, rok važenja sporazuma." V. čl. 8. Pravilnika o APA.

46 Tako "(...) treba sadržavati i: podatak o odgovarajućoj pravnoj osnovi za sklapanje sporazuma (članak ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja ili podatak o drugom međunarodnom

sporazuma.<sup>47</sup>

Nakon primitka izjave porezno tijelo utvrđuje činjenice, ispituje, analizira i ocjenjuje podatke iz izjave, a o istome raspravlja i s drugim nadležnim tijelima i nadležnim tijelima drugih država u kojima su povezane osobe rezidenti ili posluju preko stalne poslovne jedinice, a za koje se osnovano pretpostavlja da će biti uključeni u sporazum. Porezno tijelo, nakon primitka izjave o namjeri sklapanja sporazuma, o istome odlučuje prihvaćanjem ili odbijanjem izjave, o čemu poreznog obveznika obavještava pisanim putem, u roku utvrđenom tijekom prethodnog razgovora. Ako izjava poreznog obveznika bude prihvaćena, u obavijesti o prihvaćanju izjave navodi se rok za sklapanje sporazuma. Prije sklapanja sporazuma, porezno tijelo i porezni obveznik sporazumjet će se odnosno dogovoriti konačni sadržaj i datum potpisivanja sporazuma.<sup>48</sup>

U etapi sklapanja sporazuma fokus je na samom sadržaju, koji mora biti u skladu sa zadanim ciljem i svrhom zaključenja sporazuma.<sup>49</sup> Sporazumom se posebno

ugovoru), naznaku je li pokrenut, u tijeku ili je zatvoren porezni nadzor kod poreznog obveznika ili povezanih osoba u svezi transakcija koje će biti predmet sporazuma ili koje su jako slične tim transakcijama, naznaku o tome može li sporazum utjecati na povezane osobe iz zemalja koje ne sudjeluju u transakcijama, naznaku je li porezni obveznik ili povezana osoba poreznog obveznika iz druge zemlje koja će biti uključena u sporazum, informirala nadležno porezno tijelo druge zemlje o namjeri sklapanja sporazuma, naznaku je li porezni obveznik ili povezana osoba, u svezi s transakcijom koja će biti predmet sporazuma, već sklopila sporazum u nekoj drugoj zemlji, prijevod izjave i dokumentacije na engleskom jeziku, ako je predmet sklapanja dvostrani ili mnogostrani sporazum.”, V. čl. 8. st. 2., Pravilnika o APA.

- 47 Porezni obveznik obvezno prilaže:“(....) grafički prikaz pravne i vlasničke strukture grupe povezanih osoba u koju je porezni obveznik uključen, opis poslovanja i poslovne strategije grupe povezanih osoba u koju je porezni obveznik uključen, uz općeniti opis kapitala, imovine, važnih ugovora i financijskih aktivnosti unutar grupe te opis politike transfernih cijena grupe, konsolidirane godišnje financijske izvještaje grupe povezanih osoba za tri prethodna porezna razdoblja, godišnja financijska izvješća povezanih osoba koje sudjeluju u transakcijama koje će biti predmet sporazuma, uključujući i porezne prijave, za prethodna tri porezna razdoblja, prijedlog i obrazloženje metodologije određivanja transfernih cijena, koju smatra najprikladnijom s obzirom na postojeće činjenice i okolnosti te dokumentaciju koja potkrepljuje opravdanost prijedloga, uz popratne detaljne informacije i analize uz tu metodologiju, informacije o usporedivim cijenama i sl., financijske i ekonomske analize kojima se dokazuje prikladnost predloženih metodologija za utvrđivanje transfernih cijena, uključujući i razvoj planirane transakcije koje su predmet sporazuma, pretpostavke na kojima se temelji izjava i kritične pretpostavke o učinku promjena u tim pretpostavkama, prijedlog kako provesti eventualne prilagodbe zbog promjena kritičnih pretpostavki na kojima se temelji sporazum, kada je stvarni rezultat različit od onog predviđenog u sporazumu, sve druge informacije koje mogu imati utjecaj na predloženu metodologiju određivanja transfernih cijena za transakcije koje će biti predmet sporazuma.”, V. čl. 8. st.3. Pravilnika o APA.

- 48 Vidi, članak 9. Pravilnika o APA.

- 49 Vidi, članak 10. Pravilnika o APA, koji uređuje što sporazum osobiti mora sadržati: “(....) a) naziv/ime i prezime poreznih obveznika obuhvaćenih sporazumom te podatak o ostalim strankama sporazuma, b) opis transakcija koje su predmet sporazuma, c) opis dogovorene metodologije i drugih sličnih pitanja, kao što su dogovorene usporednice i raspon očekivanih rezultata, d) definiciju relevantnih uvjeta koji tvore bazu primjene i izračunavanja metodologije (npr. prihod od prodaje, troškovi prodaje, bruto dobit itd.), e) kritične pretpostavke na kojima se temelji metodologija te parametre za prihvatljiva odstupanja od pojedinih kritičnih pretpostavki

treba predvidjeti obveza poštovanja prava i obveza ugovornih strana nakon sklapanja sporazuma. Sporazum potpisuju sve ugovorne stranke - porezni obveznik i ovlaštena osoba porezne uprave, a u slučaju dvostranih i mnogostranih sporazuma i povezane osobe te ovlaštene osobe nadležnih poreznih ili drugih tijela vlasti zemlje ugovornice.

Etapa praćenja provedbe sporazuma uređena je člankom 11. Pravilnika o APA-i. Tako se porezno tijelo obvezuje da nakon potpisivanja sporazuma, odnosno tijekom trajanja Sporazuma, neće zahtijevati usklađivanje transfernih cijena tako dugo dok porezni obveznik poštuje uvjete iz sporazuma, odnosno dok ne dođe do promjene uvjeta iz sporazuma. Navedena se obveza poreznog tijela odnosi samo na stranke navedene u sporazumu i na određene transakcije koje su predmet sporazuma. Porezni je obveznik nakon zaključenog sporazuma obavezan nadležnom, poreznom tijelu podnositi godišnja izvješća o provedbi sporazuma u roku u kojemu podnosi godišnju prijavu poreza na dobit. Navedena izvješća trebaju sadržati podatke kojima se može utvrditi: a) ispunjava li i poštuje uvjete sporazuma, b) vrijede li i dalje podatci navedeni u izjavi, godišnjim izvješćima i eventualnoj popratnoj dokumentaciji, c) je li došlo do bitnih promjena činjenica ili okolnosti koje utječu na predviđeni rezultat sporazuma, d) primjenjuje li se metodologija točno i dosljedno u skladu s uvjetima sporazuma i e) vrijede li i dalje kritične pretpostavke koje su bile temelj za metodologiju određivanja transfernih cijena.

Kada je riječ o kritičnim pretpostavkama koje su bile temelj za metodologiju određivanja transfernih cijena utvrđuje se vrijede li i dalje te iste kritične pretpostavke, odnosno utvrđuje se odstupaju li uvjeti koji postoje u vrijeme obavljanja transakcije u tolikoj mjeri od onih koji su bili pretpostavljeni u vrijeme sklapanja sporazuma, tako da se dovodi u pitanje primjenjivost metodologije za pouzdano odražavanje cijene u skladu s načelom nepristrane transakcije.

Porezno tijelo može na temelju dostavljenog izvješća utvrđivati pouzdanost i točnost podataka iskazanih u godišnjem izvješću te točnost i dosljednost primjene određene metodologije na način utvrđen sporazumom. Ako su odstupanja od utvrđenih kritičnih pretpostavki u skladu s parametrima utvrđenim sporazumom, porezni obveznik je obavezan izvršiti prilagodbe sukladno sporazumu i o tomu obavijestiti porezno tijelo, najkasnije do roka podnošenja godišnje porezne prijave. U protivnom, ako odstupanja nisu u skladu s utvrđenim parametrima, porezni obveznik je dužan o tomu obavijestiti porezno tijelo u roku od 30 dana od nastanka odstupanja. Porezna uprava će razmotriti dostavljenu dokumentaciju, izvršiti ponovno vrednovanje i poduzeti odgovarajuće postupke sukladno utvrđenom.

Pravilnik jasno propisuje rok primjene i razloge prestanka sporazuma. Tako u članku 12. uređuje da se sporazum sklapa na rok do pet godina, ovisno o obilježjima i vrsti transakcija koje su predmet sporazuma.

---

i metode provedbe mogućih prilagodbi zbog promjena u kritičnim pretpostavkama, f) sve dogovorene procedure u slučaju promjena činjeničnih okolnosti koje ne zahtijevaju ponovno pregovaranje o dogovoru, g) po potrebi, dogovor o poreznom tretiranju sporednih pitanja, h) uvjete koje treba ispuniti porezni obveznik da bi dogovor ostao valjan te postupke koji će osigurati ispunjavanje tih uvjeta, i) podatke o obvezama poreznog obveznika koje proizlaze iz primjene sporazuma, j) obveze i rokove koje moraju ispunjavati stranke sporazuma i posljedice neispunjavanja, k) početak primjene sporazuma i rok na koji se sklapa”.

Kada je riječ o prestanku primjene sporazuma, propisano je da do toga dolazi istekom roka na koji je sporazum sklopljen, raskidom ili opozivom. U slučaju kada sporazum prestaje istekom roka na koji je sklopljen tijekom poreznog razdoblja, može se produžiti primjena do kraja tog poreznog razdoblja, pod uvjetom da ne nastupe okolnosti za raskid ili opoziv sporazuma. Porezni obveznik može šest mjeseci prije isteka roka na koji je sporazum sklopljen, podnijeti izjavu odnosno prijedlog za produženje sporazuma te se smatra da je time podnesena izjava o namjeri sklapanja sporazuma, iz članka 8. Pravilnika o APA-i. U tom slučaju na odgovarajući i prilagođen način primjenjuje se postupak za sklapanje sporazuma. Raskid i opoziv sporazuma posebno su uređeni, na način da porezna uprava može raskinuti sporazum, jednostrano ili u međusobnom dogovoru, ako utvrdi da je nastupila jedna od sljedećih situacija: “(...) a) postoji netočni prikaz činjenica, greška ili propust u podnesenoj izjavi o namjeri sklapanja Sporazuma i dostavljenim godišnjim izvješćima te drugoj popratnoj dokumentaciji ili dostavljenim bilo kakvim informacijama s tim u vezi, koji se ne može pripisati nemaru ili namjernom neispunjavanju obveza od strane poreznog obveznika, ili b) porezni obveznik ne poštuje bilo koji od uvjeta Sporazuma, ili c) došlo je do značajnog odstupanja od jedne ili više kritičnih pretpostavki, ili d) došlo je do promjene poreznih propisa, uključujući i neku odredbu međunarodnog ugovora, bitnih za Sporazum, a nije bilo moguće izmijeniti Sporazum kako bi se uzele u obzir promijenjene okolnosti.”<sup>50</sup>

Porezna uprava može odustati od raskida sporazuma ako porezni obveznik navede razuman uzrok prihvatljiv za poreznu upravu i ako pristane da će izvršiti usklađenje koje ona predloži kako bi ispravio krivo prikazane činjenice, pogrešku, propust ili kršenje uvjeta, ili kako bi uzeo u obzir promjene kritičnih pretpostavki, poreznih propisa ili odredbe ugovora, koji su mjerodavni za sporazum.

U slučaju raskida sporazuma zbog gore navedenih okolnosti, raskid vrijedi od prvog dana poreznog razdoblja u kojem su utvrđeni razlozi raskida i nadalje. U slučaju raskida sporazuma zbog okolnosti promjene relevantnih propisa, sporazum prestaje važiti istekom poreznog razdoblja u kojem je došlo do stupanja na snagu izmjena relevantnog poreznog propisa, odnosno relevantnih odredbi međunarodnog ugovora ako je stupanje na snagu uslijedilo tijekom poreznog razdoblja, odnosno sporazum prestaje važiti istekom poreznog razdoblja u kojem se primjenjivao relevantni propis ili odredba međunarodnog ugovora ako se novi propis ili odredba primjenjuje s prvim danom novoga poreznog razdoblja.

Porezno tijelo može opozvati sporazum, jednostrano ili u međusobnom dogovoru, ako utvrdi da: “(...) a) postoji netočni prikaz činjenica, greška ili propust u podnesenoj izjavi o namjeri sklapanja Sporazuma i dostavljenim godišnjim izvješćima te drugoj popratnoj dokumentaciji ili dostavljenim bilo kakvim informacijama s tim u vezi, koji se može pripisati nemaru ili namjernom neispunjavanju obveza od strane poreznog obveznika, ili b) porezni obveznik u značajnoj mjeri nije poštivao pojedini temeljni uvjet Sporazuma.”<sup>51</sup> U tom slučaju porezno tijelo treba pravodobno obavijestiti i konzultirati se s poreznim obveznikom i drugim poreznim tijelima koja su uključena

50 Članak 13. Pravilnik o APA.

51 Vidi, članak 14. Pravilnika o APA.

u sporazum. Pravilnik propisuje da opoziv sporazuma vrijedi retroaktivno, od prvog dana njegove primjene, odnosno smatra se da nije nikad ni sklopljen te nema više nikakve snage ni učinka na poreznog obveznika i druge ugovorne stranke. Dodatno, porezno tijelo može opozvati sporazum, jednostrano ili u međusobnom dogovoru, ako utvrdi da je predmet sporazuma neautentični aranžman u smislu članka 5.a Zakona o porezu na dobit.<sup>52</sup> Drugim riječima, razlog ništetnosti sporazuma bit će ostvaren kada je predmet sporazuma transakcija ili koji drugi porezno relevantni događaj koji se poduzima u cilju izbjegavanja plaćanja poreza.

Troškove postupka sklapanja sporazuma u cijelosti snosi podnositelj izjave o namjeri sklapanja sporazuma, tijekom postupka odnosno pri podnošenju izjave o namjeri zaključenja sporazuma. Troškovi postupka sklapanja sporazuma različiti su s obzirom na to je li riječ o jednostranom, dvostranom ili mnogostranom sporazumu i kreću se od petnaest tisuća kuna do sto tisuća kuna. Tako uplaćeni troškovi prihod su poreznog tijela. U slučajevima produženja nakon isteka roka sporazuma, porezni obveznik plaća polovinu od predviđenog iznosa za sklapanje sporazuma čije se važenje produžuje. U slučaju odustajanja poreznog obveznika od sklapanja sporazuma nakon podnesene izjave, poreznom obvezniku se vraća polovina uplaćenog iznosa.<sup>53</sup>

Iskustva primjene predmetnog instituta u hrvatskoj su poreznoj praksi skromna, odnosno zaključuje se da ih niti nema. Naime, kao institut koji je dobio pravnu osnovu i uveden 2015. godine, u praksi do danas, nije zaživio. Prema podacima hrvatskih poreznih tijela do veljače 2018. godine nije zaključen niti jedan sporazum o transfernim cijenama. Za očekivati je da će hrvatska praksa slijediti razvoj koji se može primijetiti u poredbenim poreznim sustavima. Naime, prepoznavanje važnosti APA-e i atraktivnost donekle umanjuju složeni i dugotrajni postupci samog zaključenja sporazuma. Dodatno, prethodno navedena europska praksa mogućeg povezivanja APA-e s pitanjima prava državnih potpora te pravni učinci potvrđenih nesukladnosti sporazuma s pravom državnih potpora, upućuju na potrebu mijenjanja *soft law* pristupa transfernim cijenama i APA-i. U situacijama gdje izostaje obvezatna narav primjene instituta, porezni obveznici često procjenjuju prihvatljivim snositi rizik vezan za slobodno porezno planiranje.

52 Članak 5a ZPDob : “(1) Prava propisana odredbama ovoga Zakona, koja se osobito odnose na umanjene porezne osnovice, izuzeća, oslobođenja od plaćanja poreza i poreza po odbitku ili umanjene porezne obveze, porezni obveznik neće moći koristiti za aranžmane ili niz aranžmana ako se utvrdi da ih je porezni obveznik osnovao radi ostvarivanja, kao glavne svrhe ili jedne od glavnih svrha, navedenih pogodnosti, te kao takvi, s obzirom na sve relevantne činjenice i okolnosti, nisu autentični. (2) U smislu stavka 1. ovoga članka, aranžman predstavlja bilo koju poslovnu transakciju, aktivnost, shemu, sporazum, obvezu ili događaj, a može se sastojati od više mjera ili dijelova. (3) Aranžman ili niz aranžmana smatraju se neautentičnima u mjeri u kojoj nisu osnovani radi valjanih komercijalnih razloga koji odražavaju gospodarsku stvarnost, odnosno ako su osnovani radi utaje ili izbjegavanja poreza.”

53 Vidi, članak 15. Pravilnika o APA.

#### **4. ZAKLJUČNE NAPOMENE**

Prethodni sporazumi o transfernim cijenama nastaju u okviru šireg instituta obvezujućih, prethodnih poreznih mišljenja pa im se može pripisati ista svrha, u smislu instrumentarija ostvarivanja porezne i pravne sigurnosti koji pridonosi dosljednoj primjeni poreznih propisa i smanjenju poreznih sporova, dok istodobno osnažuju odnose suradnje između poreznih vlasti i posebne skupine poreznih obveznika, povezanih osoba odnosno grupe trgovačkih društava koja posluje u međunarodnom okruženju. U povijesnoj perspektivi vidljiva je tendencija pretvaranja predmetnog instituta u sredstvo globalne borbe protiv porezne utaje. Takav globalan pristup otvara put k primjeni općeprihvaćenih, međunarodnopravnih standarda koji vrijede za transferne cijene i njihovo porezno priznavanje. Složenost utvrđivanja porezno prihvatljivih transfernih cijena te mogućnost neujednačenog pristupa poreznih vlasti različitih poreznih jurisdikcija pretvara pitanje transfernih cijena i sporazuma o istima u područje od posebnog interesa za ostvarivanje jedinstvenog tržišta u europskom kontekstu. Recentna definiranja sporazuma o transfernim cijenama kroz prizmu prava državnih potpora potvrdila su složenu narav transfernih cijena i sporazuma o transfernim cijenama. Praksa primjene sporazuma o transfernim cijenama mogla bi slijediti praksu primjene višeg instituta - obvezujućih mišljenja. Prikazane odredbe nacionalnoga normativnog okvira samog postupka zaključenja sporazuma o transfernim cijenama ukazuje na to da je postupak složen, skup i relativno dugotrajan, dok je s druge strane očekivana porezna i pravna sigurnost neizvjesna, zbog brojnih čimbenika, poput prikazane primjene pravila o državnim potporama na predmetni institut. Rješenje se može potražiti u intenzivnoj i sveobuhvatnoj harmonizaciji transfernih cijena i sporazuma o transfernim cijenama gdje pravni učinci sporazuma o transfernim cijenama neće biti toliko neizvjesni.



LITERATURA

1. Alarie, B., Datt, K., Sawyer, A. i Weeks, G., *Advance Tax Rulings in Perspective: A Theoretical and Comparative Analysis*, *New Zealand Journal Of Taxation Law and Policy*, vol. 20, prosinac, 2014.
2. *Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with adjustment of profits of associated enterprises*, Revised Code of Conduct for the effective implementation of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, 2009/C 322/01.
3. Hyde, C., Choe, C., *Keeping Two Sets of Book: The Relationship between Tax & Incentive Transfer Prices*, 2004., [www. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=522623](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=522623) (18.09.2017).
4. Izmjena Direktive 2011/16/EU: Direktiva Vijeća 2011/16/EU od 15. veljače 2011. o administrativnoj suradnji u području oporezivanja i stavljanju izvan snage Direktive 77/799/EEZ, Direktiva Vijeća (EU) 2016/881 od 25. svibnja 2016. o izmjeni Direktive 2011/16/EU u pogledu obvezne automatske razmjene informacija u području oporezivanja, SL L 146, od 3. 6. 2016.
5. Kapetanović, S., *Arbitražna konvencija za sporove o transfernim cijenama u Europskoj uniji*, *Porezni vjesnik*, br. 6, 2015.
6. Kerschner, I., Stiasny, M., *The Experience with Advance Pricing Agreements*, *Intertax*, vol. 41., br. 11, 2013, str. 588–593.
7. Luja, R. H. C., *Will the EU's State Aid Regime Survive BEPS?*, *British Tax Review*, br. 3, 2015.
8. Mitchell A. K., *Milking versus Parking: Transfer Pricing and CFC Rules under the Internal Revenue Code*, dostupno na: [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_073859.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_073859.pdf) (9.1.2018.)
9. Odluka Komisije (EU) 2017/1283 od 30. kolovoza 2016. o državnoj potpori SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) koju je provela Irska za društvo Apple, *Službeni list EU L 187/1*.
10. OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris., <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017>, dostupno na <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm> (3.12.2017.).
11. OECD (2013), "The current state of play", u OECD, *Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing, Paris; De Simone, Lisa, Sansing, Richard, Seidman, Jeri K., *When are Enhanced Relationship Tax Compliance Programs Mutually Beneficial?*, Tuck School of Business Working Paper No. 2012-102, December 2011, dostupno na: <file:///E:/Users/Natasa/Downloads/SSRN-id1954823.pdf> (15.12.2017.).
12. Opći porezni zakon, *Narodne novine*, br. 115/2016.
13. Perčević, H., *Usklađenost regulatornog okvira transfernih cijena u zemljama Europske unije*, *Ekonomski misao i praksa*, god. 24, br. 2, 2015.
14. *Pravilnik o porezu na dobit*, *Narodne novine*, br. 95/2005, 133/2007, 156/2008, 146/2009,
15. *Pravilnik o postupku sklapanja prethodnog sporazuma o transfernim cijenama*, *Narodne novine*, br. 47/2017.
16. *Presuda Suda EU od 22. lipnja 2006.*, Kingdom of Belgium (C-182/03) and Forum 187 ASBL (C-217/03) v Commission of the European Communities, ECR 2006 I-05479.
17. Rogić Lugarić, T., *Porezna tijela i porezni obveznici: od policajca i lopova do suradnika*, u: Koprić, I., Musa, A., Giljević, T. (ur.), *Građani, javna uprava i lokalna samouprava: povjerenje, suradnja, potpora*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2017.
18. Wittendorf, J., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax*

- Law, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010.
19. Zakon o porezu na dobit, Narodne novine, br. 177/2004, 90/2005, 57/2006, 80/2010, 22/2012, 146/2008, 148/2013, 143/2014, 50/2016, 115/2016, 123/2010, 37/2011, 61/2012, 146/2012, 160/2013, 12/2014, 157/2014, 137/2015, 115/2016, 1/2017, 2/2018.
  20. Žunić Kovačević, N., "Europeizacija" hrvatskog poreznog postupovnog prava - o dosadašnjim ne/uspjesima kroz prizmu zadanih i imperativnih promjena, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. 5, br. 1, 2014.
  21. Žunić Kovačević, N., Coordinating taxation between the European Union and other countries through advance tax rulings systems, u: *Financial Integration, A Focus on the Mediterranean Region, Series: Financial and Monetary Policy Studies*, ur. Peeters, M., Sabri, N., Shahin, W., Springer Verlag Berlin, vol. 36, 2013.
  22. Žunić Kovačević, N., Prethodna obvezujuća porezna mišljenja – novi institut hrvatskog poreznog postupka, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 37, br. 1, 2016.
  23. Žunić Kovačević, N., Primjena načela dobre vjere u poreznom postupku – neuspjeli pokušaj uvođenja instituta obvezujuće informacije u hrvatsko porezno pravo, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 31, br. 1, 2010.
  24. Žunić Kovačević, N., Transferne cijene i izbjegavanje plaćanja poreza, u: *Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije* (ur. Čulinović-Herc, Jurić, Žunić Kovačević), Rijeka, 2011.

Nataša Žunić Kovačević\*

Summary

## **ADVANCE PRICING AGREEMENTS: OLD CHALLENGES OR A NEW ERA IN THE TAX PRACTICES**

This paper gives an analysis of the most important legal aspects of the advance pricing agreements (APA). The tax law framework as procedural one is briefly presented, with emphasis on review of advance rulings above all, as this binding opinions, present a superior and higher term of APA. It is preceded by an analysis of the concept and importance of transfer pricing, with particular reference to the importance of transfer pricing for taxpayers but also to the effects on tax authorities and their efficiency. APA are analysed through short history change of the purpose they have and thus shows the trend of movement from the instrument of protection of taxpayers' rights to conversion into a tax-fighting instrument of tax jurisdictions against a globally undesirable phenomenon, a tax avoidance and aggressive tax planning. A huge part of the paper however, represents an overview of the national normative framework of APA concluding procedure. The analysed procedural framework seems like complex, expensive and relatively long-lasting. The comparative experience of applying advance rulings and APA's confirms the prerequisite of APA procedure legal framework adjustment.

**Keywords:** *transfer pricing, advance pricing agreement (APA), advance rulings, OECD Transfer Pricing Guidelines.*

Zusammenfassung

## **VERRECHNUNGSPREISZUSAGEN: ALTE HERAUSFORDERUNGEN ODER NEUE ÄRA IM BEREICH DES STEUERRECHTS?**

In der Arbeit werden die wichtigsten rechtlichen Aspekte der Verrechnungspreiszusagen analysiert. Kurz wird der steuerrechtliche Rahmen des genannten Rechtsinstituts dargestellt, vor allem die verbindlichen Stellungnahmen. Ebenfalls werden der Begriff und die Bedeutung von Verrechnungspreisen analysiert, unter besonderer Berücksichtigung der Steuerzahler aber auch der Auswirkungen von Verrechnungspreiszusagen auf die Steuerbehörden. Da die Verrechnungspreiszusagen

\* Nataša Žunić Kovačević, Ph. D., Full Professor, Faculty of Law, University of Rijeka; zunic@pravri.hr.

in ihrer kurzen Geschichte ihren Zweck geändert haben, wird in der Arbeit die Tendenz derer Entwicklung vom Schutz der Rechte der Steuerzahler bis zum Kampfmittel der Steuerbehörden und der rechtsprechenden Gewalt gegen Steuerhinterziehung dargestellt. Der größte Teil der Arbeit wird der Darstellung des nationalen gesetzlichen und normativen Rahmens für das Schließen von Verrechnungspreiszusagen gewidmet. Das dargestellte Verfahren stellt sich als komplex, teuer und langsam heraus. Die rechtsvergleichende Analyse der Anwendung verbindlicher Stellungnahmen und der Verrechnungspreiszusagen weist darauf hin, dass man dieses Rechtsinstitut ändern sollte.

**Schlüsselwörter:** *Verrechnungspreise, Verrechnungspreiszusagen, verbindliche Stellungnahmen, OECD-Verrechnungspreisrichtlinien.*

Riassunto

## **ACCORDO PREVENTIVO DI TRANSFER PRICING: VECCHIE SFIDE O UNA NUOVA ERA NELLA PRASSI TRIBUTARIA?**

Nel lavoro si offre un'analisi dei più rilevanti aspetti giuridici della conclusione di un accordo di transfer pricing. Brevemente si illustra il quadro normativo tributario nel quale sorge tale istituto, in particolare i pareri vincolanti, come pure il concetto di diritto tributario. Precede un'analisi del concetto e del significato del transfer pricing, con particolare accento sul significato che il transfer pricing ha per i contribuenti, ma anche sugli effetti nei confronti delle autorità tributarie. Gli accordi previ sul transfer pricing mediante la breve storia della loro esistenza cambiano il proprio scopo; sicché nel lavoro si illustra tale trend di spostamento da uno strumento di tutela dei diritti dei contribuenti ad uno strumento di lotta delle autorità tributarie e della giurisdizione contro il deplorable fenomeno dell'evasione fiscale. La maggiore parte del lavoro è dedicata alla rassegna del quadro normativo e giurisprudenziale del procedimento di conclusione dell'accordo di transfer pricing. Tale procedimento si mostra complesso, costoso e duraturo. Le esperienze comparate di applicazione dei pareri vincolanti e degli accordi di transfer pricing confermano la necessità di cambiare approccio nei confronti di tale istituto.

**Parole chiave:** *prezzi di trasferimento, accordo di transfer pricing, pareri vincolanti, linee guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento.*

## NEKA PITANJA PROBLEMATIKE RAZUMNOG ROKA U STEČAJNOM POSTUPKU

Doc. dr. sc. Sanja Grbić\*

Doc. dr. sc. Dejan Bodul\*\*

Dr. sc. Jelena Čuveljak\*\*\*

UDK 347.951.01:347.736

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.16>

Ur.: 18. ožujka 2018.

Pr.: 2. veljače 2018.

Pregledni znanstveni rad

### Sažetak

*Aldo Radović još je 2008. u radu "Zaštita prava na suđenje u razumnom roku - Realna mogućnost, (pre)skupa avantura ili utopija?" naznačio u prvoj rečenici kako se radi o jednoj "od najvažnijih i najzanimljivijih pravnih tema". Deset godina poslije, problematika razumnog roka još se uvijek nalazi na samom vrhu liste pravno-političkih prioriteta reforme pravosuđa. U radu se analiziraju dvije teme koje su argumentacijom povezane u jedinstvenu cjelinu. Naime, ako predmet nije riješen u roku koji je odredio predsjednik suda na temelju osnovanosti zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, neposredno višem sudu može se podnijeti zahtjev za isplatu primjerene naknade zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. S druge strane, Europski sud za ljudska prava naznačio je kako je primjenjivost članka 6., stavka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, dakle i standarda razumnog roka, na stečajni postupak neupitna. U navedenom kontekstu autori preispituju hoće li višegodišnje trajanje stečajnog postupka za radnika rezultirati povredom prava na suđenje u razumnom roku odnosno pravom na isplatu primjerene naknade zbog povrede trajanja razumnog roka stečajnog postupka. Iako su na raspolaganju različiti metodološki pristupi za izučavanje ovoga složenog pitanja, autori su analizirali praksu Europskog suda za ljudska prava u postupcima uz članak 6. (Pravo na pošteno suđenje) jer polaze od pretpostavke da saznanja o ovome mogu biti ključna za razumijevanje problematike rada.*

**Ključne riječi:** *stečajni postupak, radnik kao vjerovnik, razumni rok, pravo na primjerenu novčanu naknadu.*

\* Dr. sc. Sanja Grbić, docentica Pravnog fakulteta u Rijeci; [sgrbic@pravri.hr](mailto:sgrbic@pravri.hr).

\*\* Dr. sc. Dejan Bodul, docent Pravnog fakulteta u Rijeci; [dbodul@pravri.hr](mailto:dbodul@pravri.hr).

\*\*\* Dr. sc. Jelena Čuveljak, Sutkinja Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske; [jelena.cuveljak@gmail.com](mailto:jelena.cuveljak@gmail.com).

Ovaj je rad nastao uz potporu Hrvatske zaklade za znanost u okviru projekta 6558 Business and Personal Insolvency – the Ways to Overcome Excessive Indebtednes.

## 1. OKVIR ZA RASPRAVU

Imajući u vidu kompleksnost i aktualnost problema koji se u ovom radu obrađuje, a radi preciznosti i jasnoće, bitno je *ab initio* objasniti pojmove, “pravo na pravičnu naknadu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku”, “stečajni postupak” i “položaj radnika u stečajnim postupcima”.

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija)<sup>1</sup> u članku 6. navodi da radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud u razumnom roku ispita njegov slučaj. Pravo na suđenje u razumnom roku zajamčeno je i Ustavom Republike Hrvatske<sup>2</sup> (čl. 29., st. 1.) te Zakonom o sudovima<sup>3</sup> (dalje: ZS) (čl. 4., st. 1.) prema kojima svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama. Stranka u sudskom postupku koja smatra da nadležni sud nije odlučio u razumnom roku o njezinom pravu ili obvezi ima pravo na sudsku zaštitu sukladno relevantnim odredbama ZS-a (čl. 63.-70. ZS). Pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku su: zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku te zahtjev za isplatu primjerene naknade zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku (čl. 64., st. 1. ZS).

Stečajni je postupak pravni mehanizam kolektivnog namirenja vjerovnika poslovnog subjekta koji nije sposoban izvršiti plaćanje svojih dospjelih obveza. Tradicionalni model stečajnog postupka je prodaja sve imovine stečajnog subjekta (tzv. likvidacijski stečaj) (čl. 1., st. 1., t. 2. SZ).<sup>4</sup> Pored tradicionalnog modela stečaja s prodajom pojedine imovine ili stečajnog subjekta u cjelini, razvijen je model reorganizacije stečajnog dužnika kroz predstečajni postupak (čl. 1., st. 1., t. 2. SZ) ili stečajni plan (čl. 1., st. 1., t. 3. SZ). Stoga je nužno razmotriti koja su tijela postupka jer se pojavljuju kao nositelji zakonom propisanih aktivnosti od početka do okončanja stečajnog postupka. To su: stečajni sudac, stečajni upravitelj, skupština vjerovnika i odbor vjerovnika (čl. 75. SZ), odnosno za predstečajni postupak: povjerenik i sud (čl. 21. SZ). Za svako od tih tijela, SZ određuje način njihova imenovanja, sastav kao i opseg rada.

Stečaj se provodi radi zaštite prava vjerovnika.<sup>5</sup> Sukladno odredbama SZ-a, vjerovnici su zastupljeni u dva tijela. To su skupština vjerovnika (čl. 103.-108. SZ) i odbor vjerovnika (čl. 96.-102. SZ). Promjenama stečajnog zakonodavstva u zadnjih dvadesetak godina, zakonodavac je pokušao dati posebnu zaštitu radniku kao vjerovniku. Radnici su zbog toga mijenjali i status i naslov i ispladni red, a tražbina im se dijelila na tražbinu vjerovnika stečajne mase te tražbinu stečajnih vjerovnika prvog višeg ili drugoga višeg isplatnog reda. Trenutačno se još uvijek primjenjuju odredbe

1 NN-MU, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06 i 2/10.

2 NN, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

3 NN, br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16. dalje: ZS.

4 Stečajni zakona, NN, 71/15. i 104/17. dalje: SZ.

5 Bodul, D., Pluralitet ciljeva stečajnog postupka, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 54, 2017., br. 3, str. 587.- 613.

implementirane starim SZ-a,<sup>6</sup> koji definira da u tražbine prvoga višeg isplalnog reda ulaze tražbine radnika i prijašnjih dužnikovih radnika nastale do dana otvaranja stečajnoga postupka iz radnoga odnosa (čl. 138., st. 1. SZ). Nadalje, radnik se može naći i u statusu izlučnog vjerovnika ako se neka njegova osobna stvar zatekne kod dužnika (primjerice, kad je radnikovo motorno vozilo kod poslodavca) u trenutku otvaranja stečajnog postupka (čl. 147. *et seq.* SZ). Radnici koji su stekli status razlučnog vjerovnika imaju se pravo namiriti iz svoga razlučnog prava, dužni su obavijestiti stečajnog upravitelja o svom razlučnom pravu, pravnoj osnovi razlučnog prava i dijelu imovine stečajnog dužnika na koji se odnosi njihovo razlučno pravo. Ako radnici kao razlučni vjerovnici prijavljuju tražbinu kao stečajni vjerovnici, u prijavi tražbine dužni su naznačiti dio imovine stečajnog dužnika na koju se odnosi njihovo razlučno pravo kao i iznos do kojeg njihova tražbina, predvidivo, neće biti pokrivena tim razlučnim pravom (čl. 149. *et seq.* SZ). Prema spomenutim izmjenama Stečajnog zakona iz 2006., koje su i danas na snazi, radnik može biti vjerovnik stečajne mase s osnove radnog odnosa (čl. 191. SZ), izlučnog prava ako mu je privremeni ili stečajni upravitelj otuđio predmet koji je njegovo vlasništvo (čl. 148. SZ), s osnove naknade troškova nastalih nakon prekida parnice (čl. 165. SZ) i s osnove naknade parničnih troškova u parnicama pokrenutim radi osporene tražbine kao stečajnog vjerovnika. Novina implementirana izmjenom SZ 2006., odnosi se na postupanje prema vjerovnicima stečajne mase koja se više ne temelji na načelu prioriteta i razmjernog namirenja i ne razlikuje troškove stečajnog postupka i ostale obveze stečajne mase, već određuje, da se vjerovnici stečajne mase namiruju redom kako dospijevaju s cjelokupnom tražbinom, što je povoljnije za radnika od ranijih uređenja (čl. 154. SZ). Svakako je bitno navesti kako su prava radnika u slučaju poslodavca zaštićena i odredbama Zakona o osiguranju radničkih potraživanja.<sup>7</sup> Navedenim Zakonom utvrđuju se vrste i opseg prava radnika u slučaju stečaja poslodavca i u slučaju blokade računa poslodavaca (čl. 1.).

## **2. PREGLED DOSADAŠNJE LITERATURE I DOPRINOS OVOG RADA**

U Republici Hrvatskoj postoji stotinjak znanstvenih radova koji se bave opsežnom i složenom problematikom stečajne regulative. Štoviše, postoji skroman broj i monografija iz područja stečaja,<sup>8</sup> za razliku od kapitalnih djela, znanstvenih članaka koja postoji u pravu, primjerice SAD-a. Ipak posljednjih godina, sve veći broj studija analizira ekonomske i pravne učinke likvidacijskih i reorganizacijskih stečajnih postupaka. Najveći broj ekonomskih, najčešće, empirijskih istraživanja u području stečaja bavi se ključnim indikatorima stečajnog postupka (dakle, troškovima stečajnog

6 Iste implementirane izmjenama starog Stečajnog zakona iz 2006., NN, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12, 45/13.

7 NN, br. 70/17.

8 Dika, M., *Insolventijsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998.; Eraković, A. *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, Računovodstvo, revizija i financije Plus, Zagreb, 1997.; Čuveljak, J., *Stečajni zakon s komentarom i sudskom praksom i Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi s komentarom*, 3. izd., Zgombić & Partneri, Zagreb, 2013.

postupka, vremenom trajanja stečajnih postupaka te stupnjem namirenja vjerovnika) te se vrši poredbeno-pravna analiza i razmatra odnos intenziteta korištenja stečaja i niza varijabli.<sup>9</sup> U navedenim se radovima analiziraju i problemi koji su prisutni ne zbog nedorečenosti zakona, već zbog načina na koji se on (ne) primjenjuje, kao i problemi koji ne spadaju u užem smislu u stečajni okvir, ali presudno utječu na ishod stečajnog postupka, primjerice, adekvatna primjena financijsko-računovodstvenih standarda društava u stečaju.<sup>10</sup> Pri usporedbi učinkovitosti stečajnog sustava već je uobičajeno da se prihvaćaju posljednji raspoloživi podatci *Doing business* studije Svjetske banke, što čine i autori u ovom radu. Ipak doktrina upozorava da zbog korištene metodologije takve studije imaju bitna ograničenja jer se temelje na percepciji o vjerojatnosti ishoda, a ne na pokazateljima koji su utemeljeni na stvarnim podacima.<sup>11</sup> U cilju otklanjanja slabosti postojeće stečajne regulative te kako bi se stečajni postupak učinio učinkovitijim, pravna doktrina,<sup>12</sup> ali i struka<sup>13</sup> analizirala je čitav niz procesnih mjera, što je u konačnici doprinijelo i rezultiralo nizom izmjena stečajnog zakonodavstva. Ti se tekstovi bave zakonskim preduvjetima predstečajnih nagodbi, predstečajnih postupaka, procesnim radnjama, ovlaštenim predlagačima, uvjetima koje nagodba mora zadovoljiti, načelima podjele vjerovnika u različite klase (grupe), procedurom obavještanja i glasanja, potrebnom većinom za prihvaćanje nagodbe, odsustvom ili neophodnošću sudske potvrde plana, pravnim posljedicama usvojenog plana, zaštitom vjerovnika, praćenjem primjene nagodbe i njenom pobijanju. Međutim, dok su modeli reorganizacije u zemljama kontinentalnog pa i anglosaksonskog prava,

- 9 Sajter, D., Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj, *Ekonomski vjesnik*, (1 i 2), 2007., str. 31-42.; Schönfelder, B., *Ekonomska analiza Zakona o stečaju: pregled literature, Financijska teorija i praksa*, vol. 26, 2002., br. 3, str. 75-690.; Šverko Grdić, Z., Radulović, J. i Bagarić, L., *Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji*, *Ekonomski pregled*, vol. 60, 2009., br. 5-6, str. 250-266.
- 10 Šimundić, M., *Stečajni postupak u praksi, Sudačka mreža*: [http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/MladenSimundic\\_-\\_Stecajni\\_postupak\\_u\\_praksi.pdf](http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/MladenSimundic_-_Stecajni_postupak_u_praksi.pdf) (10.10.2017.).
- 11 Radulović, B., *Empirijska analiza bankrotstva u Republici Srbiji*, u: Radović, V. (ur.), *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta, Beograd, 2011., str. 146-183.
- 12 Dika, M., *Četvrta novela Stečajnog zakona od 7. srpnja 2006. - Opći pregled*, dostupno na mrežnim stranicama Sudačke mreže: [http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/01\\_-\\_DIKA\\_4\\_novela\\_SZ\\_-\\_opci\\_pregled.pdf](http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/01_-_DIKA_4_novela_SZ_-_opci_pregled.pdf), (15.10.2017.); Garašić, J., *Završna dioba u stečajnom postupku*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28, 2007., br. 1, str. 157-188.; *id.*, *Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012.*, Uzelac, A., Garašić, J., Maganić, A. (ur.), *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku - Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe*, *Liber amicorum Mihajlo Dika*, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike, Pravni fakultet, Zagreb, 2012., str. 469-493.; Vuković, A., *Nagrada za rad i naknada troškova za stečajnog upravitelja*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 47, 2010., br. 1., str. 191-204.; Vuković, A., Bodul, D., *Pravo na suđenje u razumnom roku u likvidacijskim stečajnim postupcima*, *Hrvatska pravna revija*, 2011., br. 4, str. 45-53.; *id.*, *Stečajno zakonodavstvo u tranziciji - komparativni osvrt*, *hrvatski izazovi i potencijalna rješenja*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 49, 2012., br. 3., str. 633- 661.
- 13 Eraković, A., *op. cit.*, te Hrastinski Jurčec, Lj., *Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima*, u: *Zbornik radova: Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse*, Inženjerski biro, Zagreb, 2007., str. 60-127.



odnosno njihova nedovoljna primjena, često videne kao ključni nedostatak stečajnog okvira, predstečajne nagodbe, a kasnije su i predstečajni postupci bili predmet kritika akademskih i stručnih krugova.<sup>14</sup>

Literarno pravno, prava radnika u stečaju konceptualiziraju se, ponajprije, u radovima Vukovića, Bodula i Smokvine.<sup>15</sup> Naravno, i drugi su autori zastupljeni u određenoj mjeri. Njihov je pristup usmjeren ka analiziranju navedenog iz perspektive socijalne zaštite u kojem određene socijalne usluge subvencionira država.<sup>16</sup> U svakom slučaju, literatura manje-više komunicira, u konsenzualnom smislu, o pozitivnim stranama postojećih modela zaštite radnika, ali i o praktičnim učincima stečaja poslodavca na ugovor o radu.

Ipak, ima li radnik pravo na pravičnu naknadu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku stečajnog postupka ostaje nerazjašnjeno u postojećoj literaturi. Iz navedenog se uočava kako je postojeća literatura ograničavajuća u pružanu odgovora, kao i korisnih objašnjenja i primjerenih pristupa vezano uz pravo radnika na pravičnu naknadu u kontekstu postupka povrede prava na suđenje u razumnom roku stečajnog postupka. Stoga je ovo istraživanje prva sustavna i znanstveno utemeljenu analiza potencijalne opravdanosti ostvarivanja prava na pravičnu naknadu radnika u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku stečajnog postupka.

### **3. TRAJANJE STEČAJNOG POSTUPKA I OPRAVDANOST ANALIZE POLOŽAJA RADNIKA KAO VJEROVNICA KROZ PRIZMU KONVENCIOJSKOG PRAVA**

Insolventni postupak predstavlja *sui generis* izvanparnični postupak, *in extremis*, u kojem je vrijeme jedan od najvažnijih elemenata. Vrijeme umanjuje vrijednost imovine i što više vremena protekne u stečajnom postupku, vjerovnicima, u našem slučaju radnicima, će okončanjem postupka biti u pravilu dostupna manja količina novčanih sredstva. Stoga je i definirano kako je stečajni postupak žuran/hitan te da će se završno ročište odrediti najkasnije u roku od godinu i pol dana od održanoga izvještajnog ročišta (čl. 283., st. 5. SZ).<sup>17</sup> Štoviše, ideja učinkovitosti i

14 Barbić, J., Modernizacija prava: Hrvatsko insolventničko pravo: okrugli stol održan 14. studenoga 2013. u palači Akademije u Zagrebu, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2014., Svezak 24., str. 1-225. te Zbornik radova Reforma hrvatskog insolventničkog prava - novi Stečajni zakon, Inženjerski biro, 2015., str. 1-268.

15 Bodul, D., Vuković, A., Smokvina, V., O načelu socijalnog postupanja u stečajnom postupku s naglaskom na prava radnika, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34, 2013., br. 1, str. 525.-560.; Bodul, D., Vuković, A., Radničko dioničarstvo kao opcija stečajnog plana? Hrvatska pravna revija, 2012., br. 7/8., str. 78-90.; Bodul, D., Vuković, A., Pozitivno pravno uređenje položaja radnika u stečajnom postupku u kontekstu globalnih kretanja, Informator, 2013., br. 6214., str. 9-10.

16 Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H., Radni odnosi kod statusnih promjena u europskome pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, 2003., br. 1, str. 393-412.; Učur, M. D., Laleta, S., Konvencije Međunarodne organizacije rada s komentarima, TIM Press, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Zagreb, 2007.

17 Stoga je definirano kako se predstečajni postupak mora završiti u roku od 300 dana od dana podnošenja prijedloga, a samo iznimno sud može dopustiti produljenje roka za daljnjih 60 dana,

vremenski ograničenog trajanja stečajnog postupka bitna je odlika SZ-a. Ova se ideja provlači u cijelom tekstu i u najvećoj mjeri utječe na relativno kratke rokove koji se daju za ostvarenje pojedinih aktivnosti.<sup>18</sup> Iako domet stečajnog zakonodavstva kao i najnovijih izmjena još uvijek nije moguće sa sigurnošću procijeniti, indikativna metoda utvrđivanja činjenica ukazuje na nezadovoljavajuće procesne indikatore.<sup>19</sup> Dakle, s obzirom na višegodišnje razdoblje trajanja stečajnih postupaka, sasvim je legitimno, a s praktičnog aspekta opravdano i korisno analizirati praksu Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) u postupcima povrede prava na suđenje u razumnom roku po članku 6. Europske konvencije. Intencija je da se razjašnjavanjem pravnih instituta koji su nastali kao rezultat dugogodišnje prakse i sagledavanjem njihovog međusobnog odnosa dođe do saznanja o pravno-logičkom mehanizmu odlučivanja ESLJP-a te uvidi je li višegodišnje trajanje stečajnog postupka razlog zbog kojeg radnik kao osobni vjerovnik treba imati pravo na pravičnu naknadu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku stečajnog postupka.<sup>20</sup>

#### **4. PRAVO NA POŠTENO SUĐENJE PREMA ČLANAK 6. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA (DALJE: EUROPSKA KONVENCIJA)**

Članak 6., stavak 1. Europske konvencije glasi: "Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ... svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. ..." Članak 6. najznačajnija je odredba međunarodnog prava kojom se jamči pravo na pošteno/pravično suđenje ključno za ostvarivanje vladavine prava. ESLJP primjenjuje metodu autonomnog tumačenja da bi pomirio često vrlo različite koncepte koji postoje u nacionalnim pravima te osigurao jedinstvenu primjenu konvencijskih pravnih pojmova i standarda. U metodi autonomnog tumačenja odražava se "gotovo ustavna priroda Europske konvencije". Tumačeći konvencijske odredbe, ESLJP odvaguje i utvrđuje postojeće te stvara nove temeljne standarde za skup država ugovornica Europske konvencije. To je posebno važno za članak 6. i pravo na pošteno suđenje koje ono jamči. Budući da je to jedno od prava na koje su se podnositelji najviše pozivali pred

---

ako smatra da bi to bilo svrsishodno za sklapanje predstečajnoga sporazuma. Ipak za radnika to nije relevantno, jer predstečajni postupak ne smije zadirati u prava radnika.

- 18 Primjerice, u praksi je uočeno da ovršni postupci koje pokreću i vode različiti vjerovnici dugo traju, što produljuje trajanje stečaja (postoje slučajevi gdje ti postupci traju i više od šest godina, iako stečajni dužnik kao ovršenik ne izjavljuje nikakva pravna sredstva protiv određene ovrhe). Stoga je SZ-om iz 2015. ukinuto pravo razlučnog vjerovnika da nakon otvaranja stečaja pokreće ovršne postupke te je određeno da će se svi ovršni postupci koje vode različiti vjerovnici nakon otvaranja stečajnog postupka prekinuti i uputiti pred trgovačke sudove (čl. 169. SZ).
- 19 Izvješće o indikatorima uspješnosti sudova, Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, na dan 01.01.2017. Dostupno kod autora.
- 20 Vidi, Bodul, D., Grbić, S., O ustavnim i konvencijskim dvojbama uz Zakon o stečaju – predstavlja li višegodišnji plan otplate duga u Zakonu o stečaju potrošača povredu prava na suđenje u razumnom roku? Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 53, 2016., br. 4, str. 1011.-1038.

ESLJP-om, stvorena je vrlo opsežna praksa u pogledu njegovog tumačenja.<sup>21</sup>

#### **4.1. Građanska prava i obveze prema članak 6. Europske konvencije**

Članak 6. primjenjuje se u postupcima za utvrđivanje građanskih prava ili obveza te će za potrebe ovog rada biti objašnjen pojam građanskih prava i obveza. Naime, ESLJP je razvio opsežnu praksu u tumačenju pojma građanska prava i obveze iz Europske konvencije.<sup>22</sup> Tako je samo značenje tih pojmova prema Europskoj konvenciji različito od njihova značenja u nacionalnim pravima. U početku se pojam građanskih prava i obveza određivao putem pojma građanskog prava razlikujući tako privatno i javno pravo pa su građanska prava i obveze bila prava izvedena iz privatnog prava. Iz toga proizlazi da Europska konvencija ne jamči pojedincima utvrđivanje svih prava i obveza građanske naravi koja mogu tražiti prema nacionalnom pravu. Međutim, s vremenom je ESLJP sve više prava podvodio pod članak 6. Europske konvencije. S obzirom na dosadašnju praksu ESLJP-a možemo zaključiti kako je za primjenu članka 6. u građanskim predmetima potrebno ispuniti sljedeće uvjete:

Prvo da je o građanskim pravima i obvezama odlučeno u postupku u kojemu oko sadržaja tih prava i obveza postoji spor. Takav spor mora biti "izvoran i ozbiljan". Također mora postojati i rješenje u tom sporu. Taj uvjet znači da ishod spora mora imati "izravan učinak" za "građansko pravo". Odnosno članak 6. primijenit će se u svim postupcima čiji bi ishod imao izravni učinak na određivanje i/ili stvarni sadržaj građanskog prava ili obveze. Slaba povezanost spora s građanskim pravom ili obvezom kao i neznatne posljedice koje rješenje spora ima za ta prava neće dovesti do primjene članka 6.

Drugo mjerilo odgovara na pitanje: Postoji li "pravo" u smislu članka 6.? Prethodno utvrđeni spor u smislu članak 6. mora se odnositi na materijalno pravo za koje se može reći da postoji u domaćem pravu tužene države. To drugo mjerilo stvoreno je zbog specifične normative strukture članka 6.. Europska konvencija ne propisuje nijedno materijalno pravo na koje bi se građanska glava članka 6. trebala primjenjivati. Stoga je ESLJP u svojoj praksi izgradio pravilo da su građanska prava članka 6. u načelu primjenjiva samo na ona materijalna prava koja su priznata u nacionalnom pravu tužene države. Dakle, materijalno pravo o kojem je riječ mora imati pravnu osnovu u domaćem pravu. ESLJP ne smije tumačenjem članka 6. stvarati novo materijalno građansko pravo koje nema pravnu osnovu u tuženoj državi.

Međutim, budući da može postojati dvojba o tomu je li pravo o kojem je riječ priznato na temelju domaćeg prava tužene države ili ne, samo to pitanje podobno je za raspravljanje. Ako se u nekom konkretnom slučaju dogodi da je sporno samo postojanje nekoga materijalnog prava u tuženoj državi, a o tom pitanju ovisi primjena građanskog prava prema članku 6., ESLJP prosuđuje "na osnovama na kojima se može

21 Podrobnije, Omejec, J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški *acquis*, Novi informator, Zagreb, 2013., str. 1116-1122.

22 Detaljnije, Grbić, S., Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu čl. 6., st. 1. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravni fakultet, Rijeka, 2014., str. 16-29.

raspravljati" je li u konkretnom slučaju to pravo bilo priznato u domaćem poretku tužene države ili ne, neovisno o stajalištu same tužene države.<sup>23</sup>

Treći je uvjet postojanje građanskog prava ili obveze. ESLJP je u pojedinim predmetima ustanovio kako je pojam građanskog prava i obveze autonoman i ne može biti tumačen samo prema nacionalnom pravu tužene države. Stoga, ako se pravo u konkretnom predmetu tretira kao dio javnog prava tužene države, ono se za potrebe članka 6. može smatrati dijelom privatnog prava i obrnuto. Iako je ESLJP prihvatio činjenicu kako pojmovi građansko pravo i obveza imaju samostalno, tj. autonomno značenje unutar Europske konvencije, ipak nije dao točnu definiciju tih pojmova.<sup>24</sup> ESLJP dakle jasno razlikuje materijalna prava koja u svom nacionalnom poretku priznaje tužena država i postupovna prava.<sup>25</sup>

S tim u vezi, mora se ispitati nekoliko čimbenika kako bi se utvrdilo je li neko pravo građansko pravo prema odredbama Europske konvencije:

1.) Bitna je "vrsta samog prava", a ne njegovo određivanje prema nacionalnom zakonodavstvu.<sup>26</sup> U predmetu *Ringeisen protiv Austrije*<sup>27</sup> vodio se upravni postupak za registraciju i transakciju zemljišta. ESLJP je utvrdio: "Čl. 6., st. 1. obuhvaća sve postupke čiji je ishod odlučujući za privatna prava i obveze bez obzira na narav propisa koji uređuje kako se neki predmet rješava (građansko, trgovačko, upravno pravo itd.) ili tijela u čijoj je nadležnosti taj predmet (redovni sud, upravno tijelo, itd.)."

2.) Svaki jedinstveni europski pojam o prirodi nekog prava treba razmotriti,<sup>28</sup> pri čemu je važna karakterizacija "vrste samog prava" unutar prava država ugovornica. Ako u većini predmeta postoji suglasnost država ugovornica o pravu kao građanskom, onda će ga i ESLJP tretirati kao takvo.

3.) Iako je pojam građanskog prava autonoman, ESLJP smatra kako nacionalno pravo nije nevažno, čak i kada ne postoji suglasnost među državama ugovornicama. U predmetu *König protiv Savezne Republike Njemačke*,<sup>29</sup> ESLJP utvrdio je sljedeće: "Kako bi se utvrdilo spada li pravo pod građansko prema značenju koje mu daje Europska konvencija potrebno je ispitati njegov materijalni sadržaj i učinke tog prava, a ne njegovu pravnu klasifikaciju u domaćem pravu države u pitanju." Primjerice, pitanje potpada li pravo obavljanja liječničke prakse pod javno ili privatno pravo ovisi o činjenici jesu li takve usluge u tuženoj državi dio javnih službi ili se ključna pitanja uređuju ugovorom između liječnika i pacijenta. Na taj način, usprkos autonomnoj prirodi građanskih prava i obveza, ista prava i obveze u jednom pravnom sustavu potpadala bi pod članak 6., dok prema pravnom sustavu druge države ugovornice, to ne bi bilo moguće. Iz toga je vidljivo kako ESLJP odlučujući potpada li određeno pravo pod građansko ili ne, ispituje sve okolnosti pojedinog predmeta pa kada se govori o pojmu građanskih prava i obveza u smislu članka 6. najjednostavnije je

23 *Roche protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 19. listopada 2005., br. 32555/96.

24 Harris, D. J., O'Boyle, M., Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009., str. 174–175.

25 Omejec, J., *op. cit.*, str. 723–724.

26 Vidi, npr., *König protiv Savezne Republike Njemačke*, presuda, 28. lipnja 1978., Serija A, br. 27.

27 *Ringeisen protiv Austrije*, presuda, 16. srpnja 1971., Serija A, br. 13.

28 *Feldbrugge protiv Nizozemske*, presuda, 29. svibnja 1986., Serija A, br. 99.

29 *König protiv Savezne Republike Njemačke*, presuda, 28. lipnja 1978., Serija A, br. 27.

navoditi primjere u kojima je ESLJP utvrdio da pojedino pravo potpada ili ne potpada pod taj pojam.

#### **4.2. Stečajni postupak kao predmet odlučivanja o građanskim pravima i obvezama (dužnika i vjerovnika)**

Iako je u predmetu *Ismeta Bačić protiv Hrvatske*<sup>30</sup> Vlada RH tvrdila kako se članak 6., stavak 1. Europske konvencije ne primjenjuje na stečajni postupak, budući da on nije sporni postupak te da u njemu sudovi ne presuđuju o zahtjevima stranaka, već samo utvrđuju imovinu stečajnog dužnika, ESLJP je naznačio kako je primjenjivost članka 6., stavka 1. na stečajni postupak neupitna.<sup>31</sup>

#### **4.3. Pravo na pošteno suđenje u razumnom roku prema članku 6. Konvencije**

Razlozi zbog kojih se najčešće poziva na povredu članka 6. su da su postupci trajali preko "razumnog roka". Samo o tom pitanju doneseno je više presuda negoli i za jedno drugo koje jamči Europska konvencija. Stranke se zbog povrede razumnog roka mogu obraćati ESLJP-u tijekom trajanja postupka za koji smatraju da predugo traje ili nakon završenog postupka (čak i ako su izgubile spor), pri čemu je važno da je to rok od šest mjeseci nakon donošenja pravomoćne odluke.

Pri odlučivanju o tomu je li postupak predugo trajao, prvo je nužno utvrditi vremensko razdoblje u kojem se taj postupak odvijao. U vezi s određivanjem građanskih prava i obveza kao početak razdoblja može se općenito uzeti trenutak kada je taj postupak pokrenut,<sup>32</sup> ili u kome je, u okviru drugih postupaka, takvo pravo ili obveza spomenuto u obrani. Ako je prije sudskog postupka neka druga radnja, npr. upravna tužba<sup>33</sup> ili zahtjev za formalnom potvrdom morao biti iznesen, početak se pomiče na trenutak te radnje. Također je ESLJP u predmetu *Erkner i Hofauer protiv Austrije*<sup>34</sup> zaključio: "U građanskim postupcima, "razumni rok" iz čl. 6., normalno počinje teći u trenutku kada je pokrenut postupak pred sudom; međutim, u određenim situacijama, to vrijeme, eventualno, može početi teći i ranije."

Kraj razdoblja, koje treba uzeti u obzir trenutak je u kome je sud okončao neizvjesnost u vezi s pravnim položajem dotične osobe. Kada je riječ o građanskom postupku, to je trenutak kada se na najvišoj instanci donese odluka ili kada je ona postala konačna istekom žalbenog roka. ESLJP je u presudi *Erkner i Hofauer protiv*

30 *Ismeta Bačić protiv Hrvatske*, presuda, 19. lipnja 2008., br. 43595/06.

31 Arg., *S.p.r.l. ANCA and Others protiv Belgije*, odluka, 10. prosinca 1984., Decisions and Reports 40, *Interfina and Christian della Faille d'Huyse protiv Belgije*, odluka, 4. svibnja 1987., br. 11101/84, *Ceteroni protiv Italije*, presuda, 15. studeni 1996., Reports of Judgments and Decisions 1996-V, *Bassani protiv Italije*, presuda, 11. prosinca 2003., br. 47778/99, *Capital Bank AD protiv Bugarske*, presuda, 24. studeni 2005., br. 49429/99 i *Sukobljević protiv Hrvatske*, presuda, 2. studeni 2006., br. 5129/03.

32 Vidi, primjerice, *Scopelliti protiv Italije*, presuda, 23. studeni 1993., Serija A, br. 278.

33 *Konig protiv Njemačke*, presuda, 28. lipnja 1987., Serija A, br. 27.

34 *Erkner i Hofauer protiv Austrije*, presuda, 23. travnja 1987., Serija A, br. 117.

*Austrije* iznio sljedeći zaključak glede određivanja završetka razdoblja o kojem je riječ: "Razdoblje o čijem se razumnom trajanju raspravlja obuhvaća cjelokupni postupak, uključujući i postupke povodom žalbe. Tako se taj period produžuje sve do donošenja odluke koja rješava dotični spor."<sup>35</sup>

Kada se odredi dužina relevantnog razdoblja, mora se odlučiti treba li to razdoblje smatrati razumnim. Nužno je naglasiti da ESLJP kada ispituje predmete koji su se vodili nakon što je u određenoj državi Europska konvencija stupila na snagu, uzima u obzir i stanje predmeta na dan kada je Europska konvencija u toj državi stupila na snagu. Kada je riječ o Republici Hrvatskoj, Europska konvencija stupila je na snagu 5. studenog 1997. Tako da možemo reći da se za procjenu razumnog roka uzima u obzir i stadij u kojem se sudski postupak našao u tom trenutku, odnosno koliko dugo se postupak vodio do navedenog datuma.

Da bi postupak bio pošten, treba biti proveden u razumnom roku, a u predmetu *Zimmermann i Steiner protiv Švicarske*<sup>36</sup> ESLJP je dao sljedeći kriterij za njegovo određivanje:

"Razumni rok, u okviru kojeg se mora provesti postupak i koji potpada pod čl. 6., st. 1. Europske konvencije, mora se odrediti u svakom pojedinom slučaju prema okolnostima toga predmeta. ESLJP mora uzeti u obzir složenost činjeničnih i pravnih pitanja, ponašanje podnositelja i nadležnog tijela i značaj predmeta za podnositelja ..."<sup>37</sup> Iz toga proizlazi da pri procjenjivanju razumnosti relevantnog razdoblja, ESLJP posebno razmatra sljedeće čimbenike:

1. složenost predmeta,
2. ponašanje podnositelja,
3. ponašanje nadležnih vlasti te
4. važnost predmeta spora za podnositelja.

#### *4.3.1. Analiza stečajnog postupka kroz standarde razumnosti relevantnog razdoblja*

Za učinkovito pružanje pravne zaštite u građanskim stvarima u pravilu su potrebne dvije komponente: učinkovit građanski postupak u kojem će se utvrditi sadržaj prava te učinkovit sustav provedbe odluke u kojem će se izvršiti odluka donesena u građanskom sudskom postupku. U proteklom desetljeću sazrelo je i shvaćanje da su za temeljno procesno ljudsko pravo, pravo na pošteno suđenje prema čl. 6. Europske konvencije jednako konstitutivni i dobro uređen sustav suđenja (meritornog odlučivanja o osnovanosti zahtjeva) i djelotvoran sustav egzekucije sudskih odluka.<sup>38</sup> Stoga čl. 6. obuhvaća i postupke koji se vode nakon suđenja kao što

35 Dutertre, G., van der Velde, J., Key extracts from a selection of judgements of the European Court of Human Rights and decisions and reports of the European Commission of Human Rights, Bruxelles, Council of Europe, 1999., str. 84-85.

36 *Zimmermann i Steiner protiv Švicarske*, presuda, 13. srpnja 1983., Serija A, br. 66.

37 Dutertre, G., van der Velde, J., *op. cit.*, str. 83.

38 Uzelac, A., Kako organizirati efikasno izvršenje nespornih tražbina - neka komparativna iskustva, Zbornik Konferencije "Kako unaprijediti izvršni postupak u BiH", Sarajevo, 2009. Dostupno na mrežnim stranicama: [ww.hjpc.ba/pr/msword/PR0AlanUzelac.doc](http://ww.hjpc.ba/pr/msword/PR0AlanUzelac.doc) (22.06.2017.).

je postupak generalne egzekucije odnosno stečajni postupak.

#### 4.3.1.1. Složenost predmeta stečajnih postupaka

Općenito je teško govoriti o pravnoj "složenosti" ili "jednostavnosti" predmeta. U praksi ESLJP-a, pa i Ustavnog suda RH, ovaj standard nije definiran na opći način, već se promatra kazuistički. Ipak, ESLJP je ispitujući složenost predmeta, stvorio određene smjernice kojima se rukovodi pri odlučivanju je li postupak trajao preko razumnog roka. Tako je iznio kako su sve okolnosti predmeta relevantne u procjeni njegove složenosti. U prvom redu prosuđuje se složenost predmeta, bilo u postupovnom smislu ili s obzirom na meritum samog spora. Tako će, primjerice, ESLJP uzeti u obzir činjenicu da je predmet u određenom razdoblju razmatralo više sudova, a ne samo jedan, što znači kako nije ista situacija je li postupak trajao sedam godina pred jednom instancom ili pred tri instance.<sup>39</sup> Ispitivanje složenosti predmeta odnosi se i na činjenična i pravna pitanja: prirodu i težinu tih pitanja u povodu kojih se vodi spor; prirodu činjenica koje treba ustanoviti, broj pitanja o kojima se mora odlučiti u pojedinom slučaju; ispitivanje prostorne ili vremenske udaljenosti između događaja ili činjenica o kojima je riječ; broja sudionika i drugih pitanja koja se postavljaju pri sakupljanju dokaza; javljanje potreba da se pribavi spis sa suđenja koje je obavljeno u drugoj državi, tj. međunarodni elementi; povezanost s drugim predmetima; intervencija drugih osoba u postupku, *et seq.* Govoreći o postupku stečaja, može se bez dvojbe tvrditi da se radi o iznimno složenoj pravnoj problematici gdje se zbog formalnosti stečajnog postupaka, kao i zbog koordinacije brojnih stečajnih tijela, otežano i usporeno odvija i završava postupak. Štoviše, jedan od modela stečajnih postupaka, stečajni plan, u doktrini je viđen kao "najsloženiji pravni zahvat uopće".<sup>40</sup> Općenito govoreći, složenosti stečajne procedure, a zbog mnogobrojnosti modela stečajnih postupaka, doprinosi i supsidijarna primjena, ponajprije,<sup>41</sup> pravila Ovršnog zakona,<sup>42</sup> Zakona o parničnom postupku,<sup>43</sup> Zakona o obveznim odnosima<sup>44</sup> kao i Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima<sup>45</sup> koja su iznimno kompleksna u materijalno-pravnom i procesno-pravnom smislu. Navedenom

39 U predmetu *Zimmermann i Steiner protiv Švicarske*, presuda, 13. srpnja 1983., Serija A, br. 66. poprilično kratko razdoblje od tri i pol godine smatrano je predugim za žalbeni postupak pred Upravnim sudom gdje postoji jedna jedina sudska instanca, a nisu poduzeti odgovarajući koraci u rješavanju problema nagomilavanja predmeta.

40 Barbić, J., *Preustroj dužnika u stečaju*, Zbornik radova - Aktualna pitanja hrvatskog gospodarstva i pravne prakse, Inženjerski biro, Zagreb, 1996., str. 13.

41 Kažemo prvenstveno jer, *exempli causa*, vrlo složenu problematiku stečajnih postupaka nad dioničkim društvima koja obavljaju djelatnost na pomorskom dobru u Republici Hrvatskoj reguliraju i drugi propisi. Vidjeti, Zakon o uređenju prava i obveza brodogradilišta u postupku restrukturiranja, NN, 61/11.

42 NN, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16. i 73/17.

43 NN, br. 53/91, 91/92, 112/99, 129/00, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 96/08, 84/08., 123/08, 57/11, 25/13, 89/14.

44 NN, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.

45 NN, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 90/10, 143/12, 152/14.

doprinosu i drugi elementi, kao što su brojnost sudionika,<sup>46</sup> ali i činjenica da predmeti mogu dobiti i međunarodni/nadnacionalni element (pa bez obzira na entuzijazam koji se uočava u dijelu pravne literature, usklađivanje prava u praksi kada se radi o stečaju s međunarodnim elementom, pokazuje se kao naporan i usporen proces, posebno na europskoj razini).<sup>47</sup> Pored toga, pitanje vlasništva i upisa u zemljišne knjige nekretnina u vlasništvu dužnika ne ovisi o tijelima stečajnog postupka, ali bez rješavanja tih vlasničkopravnih odnosa nije moguće pristupiti unovčenju imovine. Nadalje, brzina vođenja stečajnog postupka može se negativno odraziti na mogućnost namirenja vjerovnika.<sup>48</sup> Neki od ovih razloga su veoma specifične i kompleksne prirode i praktično mogu postati predmet obrade nekog drugog rada ove ili slične vrste, pa ih zbog toga nije moguće u potpunosti analizirati. Ipak kako zbog opsega problematike nismo u mogućnosti obraditi kompleksnost cijeloga stečajnog postupka, fokusirali smo se na jedan problem, a to je pitanje pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika. Naime, problem složenosti stečajnog postupka za sobom povlači još jednu

- 46 Primjerice, tijela stečajnog postupka su sud, stečajni upravitelj, odbor i skupština vjerovnika (čl. 75. SZ). Složenost njihove funkcije najbolje ilustrira činjenica da bi, u namjeri da se dosljedno analiziraju sve njihove dužnosti i obveze u stečajnom postupku, bilo potrebno analizirati i komentirati cjelokupan zakonski tekst. Tu se javljaju i vjerovnici s dva tijela, odborom vjerovnika i skupštinom vjerovnika. No, neovisno o tomu, svaka od kategorije vjerovnika (stečajni vjerovnici, vjerovnici stečajne mase te izlučni i razlučni vjerovnici), koji se u njemu mogu pojaviti, javlja se s identičnim interesom - zaštititi pravo na ostvarivanje svojih tražbina. Međutim, njihova stajališta i očekivanja ne moraju se obvezno razlikovati, ali je to s obzirom na različiti položaj i posljedice koje mogu trpjeti tijekom stečajnog postupka vrlo moguće.
- 47 Stara Uredba Vijeća (EZ), broj 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o insolventijskom postupku (SL L 160, 30.06.2000., str. 1-18.) nije sadržavala pojam povezanih društava (engl. *group of companies*), što znači da je to pitanje prepušteno nacionalnim zakonodavstvima i njihovoj stečajnoj praksi. Stečajni zakon do 2015. nije sadržavao specifična pravila vezana za stečaj povezanih društava. Naime, Zakon je sadržavao isključivo pravila o pojedinačnom stečaju, tj. stečaju jednog stečajnog dužnika. Godine, 2015., donošenjem novoga Stečajnog zakona implementiran je člankom 342. koji regulira stečaj povezanih društava kao jednu od najkompleksnijih područja stečajnog prava. Iako je najvažnija jasnoća, dosljednost i konstantnost pravne prakse, autori smatraju neophodnim daljnju razradu i preciziranje pojma povezanih društava te jasno i precizno propisivanje posljedica kvalifikacije društava kao povezanih. Možda se i zato u zadnjoj noveli Stečajnog zakona iz 2017. odredbe o stečaju povezanih društava brišu (čl. 35.) jer zakonodavac smatra kako "odredba nije dovoljna jasna te da sam postupak stečaja povezanih društava nije dovoljno uređen". Ipak, najnovija Uredba (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o postupku u slučaju nesolventnosti, (SL L 141, 05.06.2015., str. 19-72) koja se kao takva izravno primjenjuje u RH, regulira problematiku povezanih društava.
- 48 Pravila o unovčenju predmeta na kojima postoji razlučno pravo (čl. 247. SZ) su uvelike ubrzala postupak prodaje te imovine, ali u besćenje. Tako je u predmetu Trgovačkog suda u Zagrebu St-651/15 na četvrtoj javnoj dražbi nekretnina, koja je bila procijenjena na iznos od 10.558.444,99 kn (Općinskog suda u Zlataru, zemljišnoknjižni odjel Zabok, i to u zk. ul. br. 2480, k.o. Veliko Trgovišće, k.č. br. 95, u naravi zgrade, skladišta, dvorište i poljoprivredno zemljište ukupne površine 8794m<sup>2</sup>), prodana za 80.001,00 kn. U predmetu istog suda St-710/15, gdje je utvrđena vrijednost nekretnine bila 1.870.000 kn (građevinsko zemljište u Blatu), a na četvrtoj dražbi pred FINOM je prodano za 55.001,00 kn. Iskustvo je drugih sudova slično. Tako je u predmetu Trgovačkog suda u Zadru, St-653/15 utvrđena vrijednost nekretnina i pokretnina opterećenih razlučnim pravom bila 753.879.148,09 kn, a prodano je za 73.300.0001,00 dakle za manje od 10 posto procijenjene vrijednost.



posljedicu, tj. delikatnost odnosa dužnika i vjerovnika, koja je konstantno prisutna u pravu, a koja se ogleda i u pravu na pobijanje dužnikovih pravnih radnji. Cilj svakog pobijanja u konačnici je uvijek isti - obogatiti stečajnu masu i time maksimalizirati iznos namijenjen za razmjernu distribuciju vjerovnicima. Razloga za pobijanje gotovo uvijek ima u svakom stečajnom postupku, zbog toga jer je dužnik prije stečaja, ali i tijekom insolventnosti, poduzimao određene radnje kojima je pogodio pojedine vjerovnicima, odnosno kojima je druge vjerovnike ošteti u namirenju. Stoga nemogućnost utjecaja na razumno trajanje postupaka u sporovima u kojima je dužnik strana u sporu, a koji mogu proizaći iz stečaja, s predstavljaju nerazrješiv problem ostvarivanja načela ekonomičnosti postupanja u stečajnom postupku. Iako je SZ iz 2015. implementirano pravilo o trajanju postupaka u kojem je stranka stečajni dužnik te je istaknuto da je to uvijek žuran postupak koji se pred sudom prvog stupnja mora završiti u roku od šest mjeseci od dana nastavka parničnih postupaka, a u žalbenom postupku u roku od šest mjeseci od dana primitka žalbe (čl. 166. SZ) iluzorno bi bilo nešto tako i očekivati. Naime, nesporna je činjenica kako zakonodavac nije predvidio učinke i posljedice koje će implementiranje novoga SZ-a proizvesti te zbog toga nije niti pripremio (pravosudni) sustav da ih spremno dočeka.<sup>49</sup> Nužno je spomenuti i da će u ovakvoj vrsti predmeta biti, uz niz pravnih pitanja, i mnogo faktičnih pitanja. Primjerice, trgovački sudovi imaju osnovni problem prostora i tehničke organizacije rada na koju sudac uopće nemože utjecati.<sup>50</sup> U konačnici, pozivanje vlasti na složenost predmeta kao opravdanje za prekoračenje razumnog roka trajanja postupka bit će uspješno samo ako se može dokazati da tijekom dotičnog postupka nije doveo do povrede standarda razumnog roka iz članka 6. odnosno da predmet koji je iznimno složen može ponekad opravdati činjenicu dugotrajnosti postupka<sup>51</sup> što je i vidljivo iz sudske prakse ESLJP-a. Odlučujući o duljini trajanja stečajnog postupka i Ustavni je sud Republike Hrvatske pratio praksu ESLJP-a. Odlučujući po istim kriterijima naglasio je složenost predmeta stečajnih postupaka što je rezultiralo duljim trajanjem stečajnog postupka koje nije u suprotnosti sa standardom razumnog roka postavljenog u praksi ESLJP-a. Stoga smo analizom presuda Ustavnog suda Republike Hrvatske utvrdili kako je sklon opravdati duljinu trajanja stečajnog postupka zbog njegove složenosti (vidi *infra* točka 5.).

#### 4.3.1.2. Ponašanje podnositelja prijedloga za pokretanje postupka stečaja

Ponašanje podnositelja, također se uzima u obzir u praksi ESLJP-a pri odlučivanju o tomu je li postupak trajao preko razumnog roka. Ponašanje podnositelja objektivno je obilježje sudske prakse nad kojim država nema kontrolu. Ako on oteže s postupkom, to neće pasti na teret i na odgovornost države. Podnositelj, međutim, ima pravo iskoristiti sve postupovne mogućnosti koje mu pružaju zakoni, i

49 Bodul, D., Vuković, A., *Institucionalni okvir za primjenu stečajnog zakonodavstva – otvorena pitanja*, *Informator*, 2017., br. 6452, str. 1-4.

50 Primjerice, hitno je potrebno ponuditi zakonski okvir za zbrinjavanje arhivskog gradiva stečajnih dužnika, kojima će biti jasno određeno registraturno gradivo stečajnog dužnika te tko je dužan zbrinuti arhivsko gradivo stečajnog dužnika.

51 Grbić, S. *op. cit.*, str. 67-68.

to se neće smatrati produženjem postupka. Naprotiv, ako podnositelj odbija suradnju s vještakom, ako ne želi prihvatiti nadležnost određenog suda itd., ESLJP može zaključiti da je j sam pridonio trajanju postupka. Ako podnositelj nastoji ubrzati postupak, to će ići u njegovu korist, ali propust podnošenja zahtjeva za ubrzanjem postupka neće automatski dovesti do povrede prava na pošteno suđenje u razumnom roku zbog njegova ponašanja. Dakle, općenito je prihvaćeno da u građanskim postupcima zainteresirana strana mora pokazati dužno poštovanje u vođenju postupka i ne odugovlačiti postupak.<sup>52</sup> SZ isključuje administrativno ovlaštenje za pokretanje stečajnog postupka i jasno definira tko može biti predlagatelj, odnosno predlagatelj. Prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka može podnijeti: vjerovnik koji učini vjerojatnim postojanje svoje tražbine i stečajnoga razloga ili dužnik.<sup>53</sup> U stečajnom postupku svaki vjerovnik snosi svoje troškove postupka dok će se troškovi suda i drugih tijela u postupku, odnosno sudionika u postupku namiriti iz izvora propisanih zakonom. Troškovi postupka mogu se namiriti iz predujma kojeg je dužan platiti podnositelj prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka. Ipak predujam nisu dužni platiti radnici i prijašnji dužnikovi radnici, ako su podnijeli prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka radi namirenja svoje dospjele tražbine na osnovi rada. Pravodobnim pokretanjem stečaja radnik stječe i prava određena *lex specialis* zakonom, Zakonom o osiguranju radničkih potraživanja. Nužno je spomenuti i još jedan prateći fenomen mjesta i uloge radnika. Naime, u Republici Hrvatskoj je izraženo zanimanje sindikata za sudjelovanje u stečajnim i predstečajnim postupcima i to i u nastojanju postizanja povoljnijeg položaja radnika i pri davanju ocjena o tijeku postupka, kao i o cijenama koje se u stečajnom postupku postižu pri prodaji imovine ili subjekta u cjelini. Štoviše, mnogi sindikalisti drže da bi se radnike trebalo pitati i kod kontrole tijeka stečajnog postupka kada bi trebali dati suglasnost na postignutu cijenu unovčene imovine stečajnog dužnika.<sup>54</sup> Za sindikate, stečajni postupak je oblik

52 *Ibid.*, str. 69-70.

53 Kao i dio doktrine, smatramo kako SZ-u nedostaje pojam poštenog poduzetnika kao pretpostavke pravilnoga društvenog angažiranja. Smisao je postupka kratkotrajno regulirati novi način odnosa s vjerovnicima i vraćanje subjekta na tržište kako bi poštovao svoja prava i obveze. Poštenu poduzetnik trebao bi biti predmet postupanja sudova, cijeloga popratnog mehanizma, koji iznimno puno košta i trebao bi donositi rezultate koje sada ne donosi. Podrobnije, Radić, N., Predstečajni postupak, materijali sa savjetovanja – Dani hrvatskog insolventijskog i ovršnog prava, održano u Zagrebu, 21. siječnja 2016, organizator pravni portal IUS INFO. S druge strane, Zakon o stečaju potrošača (NN, br. 100/15. dalje: ZSP) određuje da samo poštenu potrošač može ishoditi otpust dugova. To je bitno jer sprječava zlorabu postupka od nepoštenog dužnika koji želi izbjeći plaćanje svojih dospjelih obveza. Pretpostavka je da je dužnik djelovao pošteno kada je pao u stanje insolventnosti. Takva presumpcija zahtijeva od dužnika potpuni prikaz imovinskog stanja, odnosno imovine i prihoda kada postane stranka u potrošačko stečajnom postupku. Njim se želi utvrditi i očuvati prihvatljive standarde ponašanja u poslovanju, primjerice, načelo savjesnosti i poštenja, zabranu zloupotrebe prava, dužnost ispunjenja obveze te zabranu prouzrokovanja štete te se razmatra tijekom cijelog postupka (čl. 2., st. 1., reč. 1. te čl. 75., st. 1., t. 4. ZSP). Štoviše, poštenje potrošača utvrđuje sud uzimajući u obzir ne samo prije podnošenja prijedloga za otvaranje postupka stečaja potrošača, već se uzima u obzir i njegovo ponašanje tijekom sudskoga postupka i ono razdoblja provjere ponašanja.

54 Ipak, treba uzeti u obzir da ovlast o načinu i uvjetima unovčenja dužnikove imovine pripada isključivo skupštini vjerovnika (čl. 38.e, st. 1., t. 3. SZ).

privatizacije, a ne namirenja vjerovnika. Međutim, važno je primijetiti kako se ovdje radi o različitim postupcima i to i iz perspektive prirode samog postupka i razloga za njegovo pokretanje i iz perspektive nadležnosti za provedbu kao i sudionika postupka. Naime, sindikat kao udruga u koju se udružuju radnici radi zaštite i promicanja svojih prava i interesa posebno je eksponiran u situacijama kada poslodavac redovito ne ispunjava dospjele ugovorne novčane obveze prema njegovim članovima (radnicima). Kao izravna posljedica insolventnosti slijedi u hrvatskim prilikama od sindikata organizirani štrajk kao krajnja mjera upozorenja kojim se *de facto* ništa ne postiže jer dotično poduzeće već odavno ne posluje uredno pa mu stoga prijeti ekonomski “sлом”. U takvom stanju sindikat odnosno radnici kao vjerovnici moraju donijeti jednu od odluka: a) pokrenuti ili b) ne pokrenuti stečajni postupak. Samim otvaranjem stečajnog postupka djelatnost sindikata ne prestaje jer naša pozitivna pravna regulativa ne određuje da je otvaranje stečaja razlog za prestanak ili zabranu njegove aktivnosti (*argumentum a contrario* djelatnost sindikata može trajati od prijedloga za otvaranje stečajnog postupka pa sve do zaključenja stečajnog postupka). Ipak, s praktične točke gledišta djelatnost sindikata odnosno sindikalnog povjerenika u samom stečaju može se podijeliti u dvije faze: 1.) razdoblje od podnošenja prijedloga do otvaranja stečajnog postupka te 2.) razdoblje od otvaranja stečajnog postupka do njegovog zaključenja. U prvom razvojnom stupnju djelatnost može biti važna (posebno kao pritisak na političku vlast) jer radnici imaju pravo tražiti bez ikakvih ograničenja sva svoja prava dok je u drugom stupnju djelatnost reducirana, jer otvaranjem stečajnog postupka prestaju prava radnika na odlučivanje, a sporazumi s radničkim vijećem ne obvezuju stečajnog upravitelja (čl. 192. SZ). Sindikat može i nadalje putem pravnog zastupnika u radnim sporovima kod poslodavca, pred sudom, arbitražom ili drugim državnim tijelima zastupati svoje članove kao vjerovnike stečajnog dužnika te sudjelovati u radu odbora vjerovnika<sup>55</sup> i skupštine vjerovnika kao tijela stečajnog postupka donošenjem odgovarajućih odluka iz svoje nadležnosti.<sup>56</sup> Dakle, važno je shvatiti kako radnici sudjeluju u stečajnom postupku u dva sasvim različita svojstva – kao “upućene osobe,” u svojstvu trenutnih ili bivših radnika stečajnog dužnika i kao vjerovnici, jer potražuju neisplaćene plaće i doprinose te druga prava (čl. 3. ZORP). Osim toga, oni mogu biti i članovi sindikata, koji će zagovarati interese u ime sindikata. Mnogi radnici (i sindikati) prirodno izjednačavaju stečaj s propadanjem i gubitkom posla i shodno tomu, češće razmišljaju o unovčavanju, radije nego o reorganizaciji. Zbog toga su često skloni pripisivati dužnikove poteškoće stečajnom postupku, pri čemu na stečaj gledaju kao na “bolest”.<sup>57</sup> U svakom slučaju, neznanje i strah od posljedica stečajnog postupka doprinijet će da se radnici neprijateljski postave prema njemu. Isto vrijedi i

55 Temeljem čl. 96., st. 2. SZ-a u odboru vjerovnika moraju biti zastupljeni između ostalog radnici, što znači predstavnik radnika dužnika nad kojim je otvoren stečajni postupak, stoga radnici sami odabiru svojeg predstavnika, što može biti i predstavnik sindikata, ali i bilo koji drugi radnik u kojeg većina ima povjerenje.

56 Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Posl. br. 66. Pž-5577/10-3 od 28. rujna 2010.

57 U pitanju je, dakle temeljno nepoznavanje pravnog statusa stečajnog upravitelja pa se stoga u javnosti širi iskrivljena slika kako je stečajni upravitelj državni službenik zadužen za rasprodaju visokovrijedne imovine stečajnog dužnika.

za sindikate i njihove predstavnike, koji, bez obzira na to što možda neće biti tijela postupka, već će imati nezavisni položaj u stečajnom postupku, mogu pomoći da se radnici educiraju i da prikupe one informacije koje će koristiti stečajnom upravitelju kao glavnom operativnom tijelu i dužnikovim vjerovnicima. U konačnici, možemo zaključiti kako je utjecaj sindikata, koji nije tijelo postupka, nekada odlučujući. To je posebno došlo do izražaja u novijoj povijesti u nizu velikih stečajnih i predstečajnih postupaka, gdje je država pod pritiskom sindikata kršeći postojeća stečajna pravila, pokušavala ispuniti svoju očekivanu socijalnu, i šire gledano, političku funkciju. U našim okolnostima, kada je u stečajnom postupku moguć isključivo završetak započetih poslova, čije je ispunjenje prijeko potrebno, da bi se spriječilo nastupanje štete na imovini stečajnog dužnika i oni poslovi za koje stečajni upravitelj utvrdi da su korisni za stečajnu masu (čl. 216.-217. SZ), sindikat mora pronaći nove forme utjecaja na tijek stečajno-pravne procedure. Prava radnika moguće je ostvariti jedino kroz tijela stečajnog postupka, a članstvo u odboru vjerovnika čini se jedino mogućim i pravno dopustivim sredstvom. Odbor vjerovnika, naime, u stečaju dužnika donosi kontrolne, savjetodavne i obvezujuće odluke koje utječu na sve vjerovnike stečajnog dužnika. Ako raniji dužnikovi radnici, kao stečajni vjerovnici imaju tražbine prema stečajnom dužniku, predstavnik radnika mora biti član odbora (čl. 96., st. 2. SZ). No, član odbora u svim slučajevima može biti i predstavnik radnika koji bi svojim stručnim znanjem mogao pridonijeti njegovu radu (čl. 96., st. 3. SZ). Odbor vjerovnika može skupštini vjerovnika, kao tijelu većih ovlasti, predložiti da se prigodom prodaje imovine dužnika kupca dodatno obveže i na preuzimanje radnika dužnika. Odbor može pri izradi stečajnog plana svojim stručnim savjetima stečajnom upravitelju predložiti rješenja koja bi obuhvatila i zaštitu interesa ranijih radnika stečajnog dužnika. Ipak, uloga je sindikata probitačnija prije početka insolventijskih postupaka kada se na političku vlast, kroz tripartitne pregovore (sindikat, vlada, poslodavac) može utjecati predlaganjem na što veću zaštitu prava radnika putem legislative. Stečaj dužnika, prema hrvatskom, ali i drugim zakonodavstvima razvijenoga kapitalističkog svijeta nije postupak u kojem inicijativa sindikata donosi osobitu korist radnicima. To je isključivo sudski postupak u koji se izvršna vlast nikako ne smije miješati.

#### *4.3.1.3. Ponašanje nadležnih vlasti odnosno tribunala*

Iako novo stečajno zakonodavstvo sadrži veliki broj novih instituta i mehanizama, može se reći da nije došlo do velike konceptualne promjene, tako da ne bi trebalo doći do većih problema u primjeni prava. Usporedno s promjenama stečajnog okvira reformiran je i Zakon o trgovačkim društvima,<sup>58</sup> a izvršena je i reforma ovršnog postupka. Time se formirao zaokruženi pravni okvir koji treba omogućiti ili restrukturiranje dužnika ili učinkoviti izlazak s tržišta. Ipak uspješnost reformi iskazuje se i činjenicom, prema kojoj se moderna i učinkovita tržišna gospodarstva ne mogu zamisliti bez suvremeno organiziranog i funkcionalnog sustava sudova i pratećih tijela.<sup>59</sup> Dostupnost analiza sugerira kako su trgovački sudovi u 2015. zaprimili

58 NN, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15.

59 Kako bi izašli na kraj s velikim brojem predmeta, sudovi su se različito organizirali. U okviru

19.543 stečajnih predmeta, a riješili samo 5.255, što je tek 26,9 % riješenih predmeta u odnosu na primljene. Navedeno je posljedica zadnjih izmjena, odnosno novoga SZ-a. Pritom se 2016. i 2017. dogodio daljnji rast priljeva stečajnih predmeta kao izravna posljedica izmjena SZ-a, te je stoga potrebno hitno poduzeti korektivne mjere kako bi se trgovački sudovi mogli nositi s ovako povećanim priljevom predmeta. Opterećenost sudaca u tim predmetima povećala se na 1.651 predmet po sucu.<sup>60</sup> U navedenom kontekstu Europska konvencija obvezuje države ugovornice na organiziranje svojih pravosudnih sustava na način koji omogućava rad sudova u skladu sa zahtjevima iz članka 6., stavka 1., uključujući i zahtjev za vođenjem postupaka u "razumnom roku". Privremena opterećenost sudstva ne utječe na tu obvezu države, ako ona brzo poduzmu

stečajnog odjela trgovačkih sudova isključivo stečajni suci rješavaju stare i nove predmete, pri čemu im pomoć pružaju sudski savjetnici kojima je SZ povjerio rješavanje skraćenoga stečajnog postupka (čl. 435. SZ). O žalbi protiv rješenja sudskoga savjetnika odlučuje sudac pojedinac toga suda. U predstečajnom i stečajnom postupku drugostupanjski sud odlučuje o žalbi u vijeću koje čine tri suca (čl. 8. SZ), dok je drugostupanjski sud dužan o žalbi odlučiti u roku od 60 dana od primitka žalbe, ako ovim Zakonom nije drukčije određeno (čl. 19., st. 6. SZ). Posljednji primjer revizija funkcije stečajnog upravitelja ukazuje na njegov značaj i važnost adekvatnih poticaja u vezi s njegovim aktivnostima. Od kvaliteta rada stečajnog upravitelja u velikoj mjeri i zavisi stupanj namirenja, odnosno visina troškova postupka. Ipak, iako je niz novih rješenja trebao ukloniti nedostatke i stvoriti prostor za adekvatan razvoj profesije upravitelja, za sada nedostatan broj stečajnih upravitelja (podatak dostupan na mrežnim stranicama: <https://e-oglasna.pravosudje.hr/?q=node/19> (12.09.2017.)) kao i nepostojanje "krovne" organizacije upućuje na suprotne rezultate. Također je bitno spomenuti i ulogu Fine. U novom predstečajnom postupku ona je izostavljena kao tijelo postupka, ali je i nadalje neizostavni sudionik. Sud je tijelo koje može u svako doba davati upute Fini, zatražiti obavijesti ili izvješće o poduzetim radnjama u postupku te nadzirati njezin rad (čl. 45. SZ). Pitanje je kako će i hoće li sud moći kontrolirati rad Fine? Pritom treba imati na umu da sud, za razliku od Fine, primjenjuje Sudski poslovnik (NN, br. 37/14, 49/14, 08/15, 35/15, 123/15, 45/16, 29/17, 33/17 – ispravak i 34/17. i 57/17.) koji takvo postupanje ne regulira. Nadalje, zakonodavac određuje da će se predstečajni postupak otvoriti ako "sud utvrdi" postojanje prijetee nesposobnosti za plaćanje (čl. 4. SZ). U praksi se potvrdom Fine dokazuje postojanje predstečajnog razloga. Postojanje prijetee nesposobnosti za plaćanje dokazuje se i potvrdom Ministarstva financija – Porezne uprave, kojom se potvrđuje da je dostavljeni obračun o neisplati plaća sastavljen u skladu s propisom (čl. 4., st. 4. SZ). Problem nastaje u trenutku ako sud odluči da takva potvrda nije dostatna, pa sam odluči ocjenjivati opravdanost predstečajnog razloga (čl. 10., st. 3. SZ (tzv. istražno načelo)). Je li on to u mogućnosti napraviti s obzirom na to da nema specifična ekonomska znanja. Štoviše, čak ako zatraži potrebna vještačenja, postoje li u sudu za to potrebna sredstava? Nadalje, s obzirom na kompleksnost isprava koje se podnose uz prijedlog za otvaranje predstečajnog postupka (čl. 26. SZ), dvojbena je ima li sud potrebna ekonomska znanja da ocijeni navedene isprave, pogotovo ako znamo kako je ekonomska struka iz financijskih razloga odbila sudjelovati u provedbi ovakvog postupka. U prilog govori i činjenica da predujmljeni iznos za predstečajne postupke od 5.000,00 kuna (čl. 28. SZ) objektivno nije dostatan za troškove povjerenika, troškove Fine, sudskog vještaka i troškove utvrđivanja činjenica *ex offio*. Ipak, ako sud utvrdi da su ispunjene pretpostavke za otvaranje stečajnog postupka, nastavit će postupak kao da je podnesen prijedlog za otvaranje stečajnog postupka (čl. 32., st. 2. SZ). Svakako je bitno i pitanje dostave između suda i Fine koja se obavlja elektroničkim putem, a kako navedena mogućnost nije implementirana u tehničkom smislu, javlja se nemogućnost da sud obavlja svoju zakonsku funkciju. Vidi Radić, N., *op. cit.*, str. 75. *et seq.*

60 Tako i podrobnije, Turkalj, K., *Kako pravosuđe može dati doprinos gospodarskom rastu u Republici Hrvatskoj, Pravo i porezi*, 2016., br. 4, str. 59. *et seq.*

potrebne korake kojima bi riješila takve situacije. Prema tomu, države ugovornice nisu odgovorne u slučaju privremenog zaostatka svojih sudova, pod uvjetom da odmah poduzmu radnje da se popravi takva izvanredna situacija. Poduzete mjere procjenjuju se u odnosu na njihovu djelotvornost, te jesu li poduzete pravodobno.<sup>61</sup> Mjere poduzete kasnije ne mogu promijeniti činjenicu prekoračenja razumnog roka. Kada to procjenjuje, ESLJP je spreman uzeti u obzir političke, ekonomske i društvene prilike zemlje. Spuštajući se na empirijsku razinu hrvatskoga stečajnoga postupka možemo tvrditi kako se usvojenim propisima u domeni stečajnog zakonodavstva formalno ne mogu uputiti bitne primjedbe, već je odsustvo kolektivne strategije vjerojatno uzrok da oko reforme (primjenom zakona) nije bilo moguće okupiti djelotvorne reformske snage. Autori na temelju navedenih podataka postavljaju tezu, kako reforma nije bila višestrana, zbog činjenice kako zakonodavac nije predvidio učinke i posljedice koje će zakonske izmjene proizvesti te zbog toga nije niti pripremio (pravosudni) sustav da ih spremno dočeka. Pitanje koje se postavlja može li sadašnja organizacija trgovačkih sudova podnijeti “teret” vođenja pet vrsta insolventijskih postupaka - predstečajnih nagodbi, predstečajnih postupaka, stečajnih postupaka, skraćenih stečajnih postupaka i, tzv. automatskih stečajeva. To je zapravo i najveći nedostatak, tj. ograničenost institucionalnog kapaciteta za provođenje stečajnih postupaka, ponajprije “stečajnih” sudova (stečajnih sudaca) i stečajnih upravitelja.<sup>62</sup> ESLJP u tim situacijama smatra kako je neprimjereno svako produživanje postupaka izvan onoga što se može smatrati razumnim rokom. Tako ESLJP smatra kako se preopterećenost sudstva općenito ne prihvaća kao opravdanje duljine postupka i dovodi do povrede prava na pošteno suđenje u razumnom roku zbog ponašanja nadležnih vlasti. Ističe kako nastojanja sudske vlasti da što brže provedu postupak, ima vrlo važnu ulogu. U tom smislu, na sudu leži posebna dužnost osiguranja da sve osobe u postupku daju maksimum, kako bi se izbjegla nepotrebna kašnjenja, jer je država odgovorna za svako trajanje postupka koje se pripisuje njezinim sudskim tijelima. Tu se, gotovo matematički, uzimaju u obzir razdoblja neaktivnosti sudova. Neaktivnost u navedenom kontekstu izostanak je bilo kojih postupovnih radnji kroz duže razdoblje. Takvu pasivnost ESLJP strogo sankcionira.

#### 4.3.1.4. *Važnost predmeta spora za radnika*

Iako radnici dio svojih potraživanja ostvaruju u formalnom i nerijetko dugotrajnom stečajnom postupku, činjenica je kako je za prijavljena, privilegirana, radnička potraživanja nastala do dana i poslije otvaranja stečaja, vrlo neizvjesno kada će se naplatiti, hoće li se i u kojoj visini naplatiti. Stoga je ESLJP i utvrdio da

61 Vidi, *Guincho protiv Portugala*, presuda, 10. srpnja 1984., br. 8990/80.

62 Konačno, važnije institucionalno ograničenje odnosi se na postojeće ekonomsko okruženje. Teško je očekivati da stečaj može biti brz, u slučaju odsustva interesa kupaca ili da stupanj namirenja može biti viši, ako je prodaja moguća samo uz znatno smanjenje cijene. Neka rješenja Pravidnika o načinu i postupku provedbe prodaje nekretnina i pokretnina u ovršnom postupku (NN, br. 156/14.) mogu pojednostaviti prodaju te tako smanjiti troškove i eventualno ostvariti bolju prodajnu cijenu, ali će nepovoljno ekonomsko okruženje i dalje imati presudnu ulogu.

nacionalni sudovi u određenoj vrsti predmeta, kao što su stečajni postupci, moraju postupati s više dužne pažnje i učinkovitije. Štoviše, nalaže se da se u takvim slučajevima traži "posebna pažnja" u postupanju nadležnih tijela, jer njihov propust da djeluju ekspeditivno, tada ima puno veću težinu.<sup>63</sup> Dakle, prihvaćajući činjenicu kako je neisplata materijalnih prava po osnovi rada do otvaranja stečaja nad poslodavcem, već ugrozila socijalnu sigurnost radnika, a kako bi se uklonila opasnost od siromaštva radnika, zakonodavac sljedeći europsku pravnu stečevinu u jednom dijelu odredbama Zakona o osiguranju radničkih potraživanja, posebno štiti i osigurava, sustavom učinkovitih i proporcionalnih mjera, isplatu radničkih potraživanja. Time se radnička potraživanja štite na određenoj, društveno prihvatljivoj minimalnoj razini. Ipak zbog višegodišnjeg trajanja stečajnog postupka, kao i činjenice da je zbog nemogućnosti namirenja radnika u stečaju do isplate prolazilo mnogo vremena tijekom kojega je radnik bio bez primanja, najveća novinu uz već postojeći sustav zaštite materijalnih prava radnika u slučaju stečaja poslodavca predstavlja zaštita egzistencije radnika isplatom minimalne plaće u slučaju blokade računa poslodavca zbog nemogućnosti prisilne naplate neisplate plaće odnosno naknade plaće.<sup>64</sup> Potreba za takvom mjerom i njezina proporcionalnost nije isključena samo zato što je RH izabrala sustav zaštite različit od onog koji postoji u drugim državama članicama.<sup>65</sup>

## **5. PRAKSA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE**

U predmetu U-III A-1740/2015 iz 2017.<sup>66</sup> koji se vodio pred Ustavnim sudom zbog duljine trajanja stečajnog postupka odlučeno je kako slijedi. Nad stečajnim dužnikom "Revija" d.d. otvoren je stečajni postupak 19. ožujka 2001. Podnositeljica je podnijela 14. travnja 2015. ustavnu tužbu smatrajući da joj je zbog dugotrajnosti postupka povrijeđeno ustavno pravo na suđenje u razumnom roku. Ustavni sud ponavlja da se razumnost duljine postupka uvijek mora procjenjivati u svjetlu okolnosti konkretnog slučaja prema sljedećim kriterijima: složenosti predmeta, ponašanju podnositelja i nadležnih tijela te važnosti predmeta postupka za podnositelja. Ustavni sud je utvrdio da je postupak u pravno relevantnom razdoblju trajao ukupno nešto više od šesnaest godina. Utvrdio je i da je riječ o složenom predmetu u kojem sudjeluje dvjesto deset (210) bivših radnika stečajnog dužnika. Nadalje, u predmetnom stečajnom postupku donesena rješenja su u skladu sa Stečajnim zakonom. Međutim, prodaja nekretnina stečajnog dužnika, kao i uspješnost prodaje, ovisi o čimbenicima na koja tijela

63 Grbić, S., *op. cit.*, str. 75-77.

64 Ista je implementirana izmjenama Zakona o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca iz 2015. (Glava IIA., čl. 4c, 4d i 4e) (NN, br. 82/15.) i kasnijim Zakonom o osiguranju radničkih potraživanja iz 2017. Potrebno je istaknuti da ZORP u pravni poredak Republike Hrvatske implementira Direktivu 2008/94/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. listopada 2008. o zaštiti zaposlenika u slučaju insolventnosti njihovog poslodavca, Sl. list 283/36., 28.10.2008. (čl. 1a). Riječ je o sustavu regulative koji utvrđuje samo minimalne standarde (izbor i način te opseg implementacije ostaje na nacionalnim zakonodavstvima).

65 Podrobnije, Bodul, D., Vuković, A., *Novela Zakona o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca – rješenja i dvojbe*, Radno pravo, 2015., br. 10, str. 34-40.

66 Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka U-III A-1740/2015 od 25. svibnja 2017.

stečajnog postupka ne mogu utjecati na način da ubrzaju tijek prodaje. Prvostupanjski sud je do dana donošenja odluke Ustavnog suda održao šest ročišta javnih otvaranja ponuda (prodaja imovine stečajnog dužnika kao cjeline), četrnaest usmenih javnih dražbi te su izrađena tri (3) stečajna plana, od kojih niti jedan nije prihvaćen. Utvrđeno je i da na četrnaestu usmenu javnu dražbu nije pristupio niti jedan zainteresirani kupac te da je na prijedlog nazočnih vjerovnika (radnica) odgođeno zakazivanje iduće javne dražbe za najmanje šezdeset dana.

Ustavni sud utvrđuje da stečajni postupak ukupno traje više od šesnaest godina, pri čemu nisu utvrđena duža razdoblja neaktivnosti trgovačkih sudova, koja bi se mogla pripisati njihovoj neučinkovitosti i neaktivnosti. U konkretnom slučaju, ni stečajni sudac ni stečajni upravitelj nisu mogli utjecati na duljinu trajanja stečajnog postupka u odnosu na podnositeljicu, jer je trajanje postupka određivala zainteresiranost kupaca za nekretnine stečajnog dužnika. Nije odgovornost sudova što se prodaje nisu uspješno provodile jer nije bilo kupaca. Tijekom cijelog stečajnog postupka nastojalo se pronaći kupce za nekretnine stečajnog dužnika, dok je prvo namirenje vjerovnika (među kojima je i podnositeljica) provedeno u prosincu 2012. Imajući u vidu sve navedene činjenice i okolnosti, kao i: činjenicu da je postupak još u tijeku, da su u predmetnom stečajnom postupku donesena mnoga rješenja (o otvaranju stečaja, i dr.), da je odlučeno o pravnim lijekovima i da je sud redovito poduzimao sve radnje usmjerene na provedbu stečaja, te posebno da je duljina stečajnog postupka ponajprije posljedica nezainteresiranosti kupaca za predmet prodaje, da je na prijedlog vjerovnika (radnica) odgođeno zakazivanje iduće usmene javne dražbe, kao i sagledavajući postupak kao jedinstvenu cjelinu te uvažavajući dosadašnju praksu Ustavnog suda i mjerila kojima se vodi u procjenjivanju razumne duljine trajanja stečajnog postupka u odnosu na pojedine sudionike tog postupka, Ustavni sud utvrđuje da podnositeljici nije povrijeđeno ustavno pravo na suđenje u razumnom roku.

Odlukom iz 2010., u predmetu U-III A-2978/2009,<sup>67</sup> utvrđeno je da su predlagatelji, radnici stečajnog dužnika, podnijeli 14. rujna 2000. prijedlog za otvaranje stečajnog postupka nad trgovačkim društvom V.-D. d.d. t. d. i b. o., R. Ustavna tužba podnesena je 23. siječnja 2008. Postupak se u povodu revizije vodio pred Vrhovnim sudom, pa je Ustavni sud utvrdio da je do dana donošenja odluke Ustavnog suda postupak u ovom predmetu trajao skoro deset godina. Iz detaljno utvrđenih činjenica razvidno je: da su u predmetnom stečajnom postupku donesena rješenja u skladu sa Stečajnim zakonom, da je odlučeno o pravnim lijekovima u postupku te da su redovito poduzimane sve ostale radnje usmjerene na provedbu stečaja. Međutim, prodaja nekretnina stečajnog dužnika ovisi o čimbenicima na koje tijela stečajnog postupka ne mogu utjecati na način da ubrzaju tijek prodaje. Kako se u konkretnom slučaju radi o nekretnini na kojoj postoji razlučno pravo, podnositelji su se pokušali namiriti u ovršnom postupku, a tijekom trajanja ovrhe, nekretnine se nisu mogle prodavati u okviru stečajnog postupka. Zbog specifične djelatnosti stečajnog dužnika (proizvodnja dizalica i brodske opreme) i gospodarskog položaja brodogradnje općenito, interesa za kupnju nekretnina nije bilo. Podnositelji ustavne tužbe, kao razlučni vjerovnici u stečajnom postupku, prema utvrđenju Ustavnog suda, doprinijeli su trajanju postupka

67 Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka U-III A-2978/2009 od 14. listopada 2010.



utoliko što su tijekom trajanja stečajnog postupka, pokušali namiriti svoju dospjelu tražbinu izvan stečajnog postupka. Prema ocjeni Ustavnog suda radi se o složenom predmetu u kojem su kao sudionici (stranke) sudjelovali pet vjerovnika s pravom odvojenog namirenja i još 294 stečajna vjerovnika, koji svoja prava ostvaruju u stečajnom postupku, različito zavisno o svom položaju. Za razliku od parničnog postupka u kojem se pravo ostvaruje zaključenjem tog postupka i objavom presude, u stečajnom se postupku pravo na sudsku zaštitu ostvaruje tijekom stečajnog postupka, a ne njegovim zaključenjem. Tako stečajni vjerovnici svoja prava na namirenje tražbine ostvaruju diobama gotovinskih sredstava, a različni vjerovnici donošenjem rješenja o namirenju. Sudovi su tijekom cijeloga postupka bili aktivni i poduzimali sve potrebne pravne radnje u zaštiti prava podnositelja kao sudionika stečajnog postupka. Upravo zbog složenosti predmeta, Ustavni sud je ocijenio da u konkretnom slučaju, trajanje stečajnog postupka preko devet godina, u odnosu na podnositelje četiri godine i deset mjeseci, nije prekoračen rok u kojem bi se moglo smatrati da je suđenje provedeno u razumnom roku.

Na temelju članka 63. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (dalje: Ustavni zakon) podnositelji su u travnju 2012. podnijeli ustavnu tužbu<sup>68</sup> smatrajući da u postupku, koji se vodi u povodu revizije pred Vrhovnim sudom Republike Hrvatske (dalje: Vrhovni sud), nije donesena odluka u razumnom roku, čime im je povrijeđeno njihovo pravo na suđenje u razumnom roku, zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava Republike Hrvatske.

U trenutku odlučivanja o ustavnoj tužbi, predmet je okončan rješenjem Vrhovnog suda od 19. prosinca 2012. Stečajni postupak pokrenut je u svibnju 2001., a zaključen je 07. studenoga 2008. Visoki trgovački sud Republike Hrvatske je u povodu žalbe podnositelja potvrdio prvostupanjsko rješenje koje su podnositelji zaprimili 25. rujna 2009. Ustavna tužba podnesena je 03. travnja 2012., kada je parnični postupak pravomoćno okončan rješenjem Visokoga trgovačkog suda.

Ustavni sud utvrđuje da je postupak u razmatranom pravno relevantnom razdoblju trajao sedam (7) godina, tri (3) mjeseca i dvadeset pet (25) dana. Nadalje utvrđuje da je postupak od 13. ožujka 2002. (od dana kada su podnositelji utvrđeni vjerovnicima prvog isplatnog reda) pa do donošenja rješenja Vrhovnog suda o tzv. "izvanrednoj" reviziji podnositelja trajao deset (10) godina, devet (9) mjeseci i sedam (7) dana. Nakon toga, Ustavni sud je ispitivao postupanje nadležnog suda koji je prvi kriterij za utvrđivanje razumne duljine trajanja postupaka. U konkretnom slučaju bilo je razvidno da su u predmetnom stečajnom postupku donesena rješenja u skladu s mjerodavnim pravom, da je odlučeno o pravnim lijekovima u postupku te da su poduzimane sve ostale radnje usmjerene na provedbu stečaja. Postupak se vodio pred sudovima u sva tri stupnja koji prema ocjeni Ustavnog suda nisu postupali neučinkovito. Nadalje, Ustavni sud ispitivao je ponašanje podnositelja ustavne tužbe (stečajnih vjerovnika u stečajnom postupku) te je utvrdio da podnositelji nisu pridonijeli trajanju postupka. Sljedeći kriterij koji je ispitivao Ustavni sud bio je složenost sudskog predmeta. Prosudujući složenost konkretnoga predmeta u svjetlu pravnih obilježja stečajnog postupka u Republici Hrvatskoj, Ustavni sud je utvrdio da

68 Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka U-III A-2167/2012 od 14. lipnja 2017.

je riječ o složenom predmetu u kojem je između ostalih sudjelovalo pedeset devet (59) bivših radnika stečajnog dužnika.

Zaključno, Ustavni sud utvrdio je da se postupak u pravno relevantnom razdoblju u odnosu na podnositelje vodio u trajanju od preko sedam (7) godina i to pred sudovima u dva stupnja, dok se pred Vrhovnim sudom u povodu, tzv. "izvanredne" revizije podnositelja vodio tri (3) godine. Imajući u vidu činjenicu da se postupak u pravno relevantnom razdoblju vodio pred sudovima u sva tri stupnja, u postupanju u kojem nije bilo razdoblja neaktivnosti, da se radi o složenom predmetu, da su podnositelji podnijeli zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku te ustavnu tužbu u odnosu na isti postupak, a posebno činjenicu da je postupak okončan te uvažavajući dosadašnju praksu Ustavnog suda i mjerila kojima se vodi u procjenjivanju razumne duljine trajanja stečajnog postupka u odnosu na pojedine sudionike tog postupka, Ustavni sud je utvrdio da podnositeljima nije povrijeđeno ustavno pravo na suđenje u razumnom roku zajamčeno člankom 29., stavkom 1. Ustava.

## 6. UMJESTO ZAKLJUČKA

Ako postoji pitanje o kojem će se uvijek moći raspravljati i koje će se čak nametati kao izvor, nerijetko krupnih, institucionalnih, ekonomskih, pa i političko pravnih dvojbi, onda je to pitanje položaja radnika u stečajnom postupku. Opredjeljenje za stajalište da radnici imaju pravo ili da nemaju pravo na pravičnu naknadu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku stečajnog postupka nije jednostavno, jer kad bi to bio slučaj, koegzistencija ova dva stajališta ne bi bila moguća i jedno bi odavno i uvelike potisnulo drugo. Ipak, ovdje će autori u opredjeljenju ipak zauzeti stav, i to u prilog tezi da radnici nemaju pravo na pravičnu naknadu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, ali uz uvažavanje iznimne i općeprihvaćene kompleksnosti ovog izbora i prihvaćanja činjenice da u tako složenim i zamršenim pravnim pitanjima postoje argumenti *pro et contra* te kako konačno opredjeljenje zavisi o "ponderu" koji se pripisuju jednoj i drugoj grupi argumenata, s tim da može biti sporno njihovo određivanje. Priklanjanje tom stavu moglo bi se obrazložiti jednom, po nama, pravno relevantnom činjenicom. Naime, moramo prihvatiti da se putem judikature ESLJP-a afirmira načelo precedentalnog prava i time sudske prakse kao formalnog izvora prava. Stoga je i Ustavni sud odlučujući o povredi razumnog roka duljine trajanja postupka primijenio kriterije utvrđene u praksi ESLJP-a. On donosi odluku o duljini trajanja postupka na isti način kao što bi to učinio i ESLJP. U radu su analizirane presude Ustavnog suda u kojima je on odlučivao o duljini trajanja stečajnog postupka, te je utvrdio da nije prekoračen razumni rok duljine trajanja stečajnog postupka, pa posljedično nije došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku zajamčenog člankom 29., stavkom 1. Ustava RH. Ustavni je sud ovdje istaknuo složenost predmeta i činjenicu da sudovi nisu odugovlačili postupak. Stoga, trajanje stečajnog postupka preko šesnaest godina u jednom predmetu i preko devet godina u drugom, nije smatrano prekomjernim.

LITERATURA

1. Direktiva 2008/94/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. listopada 2008. o zaštiti zaposlenika u slučaju insolventnosti njihovog poslodavca, Sl. list 283/36. od 28.10.2008.
2. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN-MU, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06 i 2/10.
3. Ovršni zakon, NN, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16. i 73/17.
4. Pravilnik o načinu i postupku provedbe prodaje nekretnina i pokretnina u ovršnom postupku, NN, br. 156/14.
5. Stečajni zakon, NN, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12, 45/13.
6. Stečajni zakona, NN, br. 71/15. i 104/17.
7. Sudski poslovnik, NN, br. 37/14, 49/14, 08/15, 35/15, 123/15, 45/16, 29/17, 33/17 – ispravak i 34/17. i 57/17.
8. Uredba (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o postupku u slučaju nesolventnosti, SL L 141, 05.06.2015., str. 19-72.
9. Uredba Vijeća (EZ) broj 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o insolventnom postupku, SL L 160, 30.06.2000., str. 1-18.
10. Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.
11. Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, NN, br. 108/12, 144/12, 81/13. i 112/13. (71/15. i 78/15.).
12. Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.
13. Zakon o osiguranu radničkih potraživanja, NN, br. 70/17.
14. Zakon o parničnom postupku, NN, br. 53/91, 91/92, 112/99., 129/00, 88/01, 117/03, 88/05. 2/07, 96/08, 84/08, 123/08, 57/11, 25/13, 89/14.
15. Zakon o sudovima, NN, br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16.
16. Zakon o trgovačkim društvima, NN, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15.
17. Zakon o uređenju prava i obveza brodogradilišta u postupku restrukturiranja, NN, br. 61/11.
18. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 90/10, 143/12, 152/14.
- 19.
20. Barbić, J., Modernizacija prava: Hrvatsko insolventno pravo: okrugli stol održan 14. studenoga 2013. u palači Akademije u Zagrebu, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2014., Svezak 24., str. 1-225.
21. Barbić, J., Preustroj dužnika u stečaju, Zbornik radova - Aktualna pitanja hrvatskog gospodarstva i pravne prakse, Inženjerski biro, Zagreb, 1996., str. 13.
22. Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H., Radni odnosi kod statusnih promjena u europskome pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, 2003., br. 1, str. 393-412.
23. Bodul, D., Pluralitet ciljeva stečajnog postupka, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 54, 2017., br. 3, str. 587- 613.
24. Bodul, D., Grbić, S., O ustavnim i konvencijskim dvojabama uz Zakon o stečaju – predstavlja li višegodišnji plan otplate duga u Zakonu o stečaju potrošača povredu prava na suđenje u razumnom roku? Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 53, 2016., br. 4, str. 1011.-1038.
25. Bodul, D., Vuković, A., Institucionalni okvir za primjenu stečajnog zakonodavstva – otvorena pitanja, Informator, 2017., br. 6452, str. 1.
26. Bodul, D., Vuković, A., Novela Zakona o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca – rješenja i dvojbe, Radno pravo, 2015., br. 10, str. 34-40.
27. Bodul, D., Vuković, A., Pozitivno pravno uređenje položaja radnika u stečajnom

- postupku u kontekstu globalnih kretanja, Informator, 2013., br. 6214., str. 9-10.
28. Bodul, D., Vuković, A., Radničko dioničarstvo kao opcija stečajnog plana?, Hrvatska pravna revija, 2012., br. 7/8., str. 78-90.
  29. Bodul, D., Vuković, A., Smokvina, V., O načelu socijalnog postupanja u stečajnom postupku s naglaskom na prava radnika, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34, 2013., br. 1, str. 525.-560.
  30. D. Bodul, Vuković, A., (Još jedna) reforma stečajnog zakonodavstva - funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili *placebo* efekt, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, 2015., br. 1, str. 181.-213.
  31. Dika, M., Četvrta novela Stečajnog zakona od 7. srpnja 2006. - Opći pregled, dostupno na mrežnim stranicama Sudačke mreže: [http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/01\\_-\\_DIKA\\_4\\_novela\\_SZ\\_-\\_opci\\_pregled.pdf](http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/01_-_DIKA_4_novela_SZ_-_opci_pregled.pdf), (15.10.2017.).
  32. Dika, M., Insolventijsko pravo, Pravni fakultet, Zagreb, 1998., str. 1-110.
  33. Eraković, A., Stečajni zakon s komentarom i primjerima, Računovodstvo, revizija i financije Plus, Zagreb, 1997.
  34. Dutertre, G., van der Velde, J., Key extracts from a selection of judgements of the European Court of Human Rights and decisions and reports of the European Commission of Human Rights, Bruxelles, Council of Europe, 1999., str. 84-85.
  35. Čuveljak, J., Stečajni zakon s komentarom i sudskom praksom i Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi s komentarom, 3. izd., Zgombić & Partneri, Zagreb, 2013.
  36. Garašić, J., Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012., u: Uzelac, A., Garašić, J., Maganić, A. (ur.), Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku - Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, *Liber amicorum* Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike, Pravni fakultet, Zagreb, 2012., str. 469-493.
  37. Garašić, J., Završna dioba u stečajnom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, 2007., br. 1, str. 157-188.
  38. Grbić, S., Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu čl. 6., st. 1. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravni fakultet, Rijeka, 2014., str. 16-29.
  39. Harris, D. J., O'Boyle, M., Warbrick, C., Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2009., str. 174-175.
  40. Hrastinski Jurčec, Lj., Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima", u: Zbornik radova: Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse, Inženjerski biro, Zagreb, 2007., str. 60-127.
  41. Izvješće o indikatorima uspješnosti sudova, Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, sa danom 01.01.2017. Dostupno kod autora.
  42. Omejec, J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški *acquis*, Novi informator, Zagreb, 2013., str. 1116-1122.
  43. Radić, N., Predstečajni postupak, materijali sa savjetovanja – Dani hrvatskog insolventijskog i ovršnog prava, održano u Zagrebu, 21. siječnja 2016, organizator pravni portal IUS INFO, str. 75. *et seq.*
  44. Radulović, B., Empirijska analiza bankrotstva u Republici Srbiji, u: Radović, V. (ur.), Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije, Pravni fakultet Univerziteta, Beograd, 2011., str. 146-183.
  45. Sajter, D., Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj, Ekonomski vjesnik, (1 i 2), 2007., str. 31-42.
  46. Schönfelder, B., Ekonomska analiza Zakona o stečaju: pregled literature, Financijska teorija i praksa, vol. 26, 2002., br. 3, str. 75-690.
  47. Šimundić, M. Stečajni postupak u praksi, Sudačka mreža: [http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/Mladen\\_Simundic\\_-\\_Stecajni\\_postupak\\_u\\_praksi.pdf](http://www.sudacka-mreza.hr/doc/sr/radovi/Mladen_Simundic_-_Stecajni_postupak_u_praksi.pdf), preuzeto 10.

- studenog, 2017.
48. Šverko Grdić, Z., Radolović, J. i Bagarić, L., Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji, *Ekonomski pregled*, vol. 60, 2009., br. 5-6, str. 250-266.
  49. Turkalj, K., Kako pravosuđe može dati doprinos gospodarskom rastu u Republici Hrvatskoj, *Pravo i porezi*, 2016., br. 4, str. 59. *et seq.*
  50. Učur, M. D., Laleta, S., *Konvencije Međunarodne organizacije rada s komentarima*, Zagreb, TIM Press, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2007.
  51. Uzelac, A., Kako organizirati efikasno izvršenje nespornih tražbina - neka komparativna iskustva, *Zbornik Konferencije "Kako unaprijediti izvršni postupak u BiH"*, Sarajevo, 2009. Dostupno na mrežnim stranicama: [ww.hjpc.ba/pr/mword/PR0AlanUzelac.doc](http://ww.hjpc.ba/pr/mword/PR0AlanUzelac.doc) (22.06.2017.).
  52. Vuković, A., Bodul, D., Pravo na suđenje u razumnom roku u likvidacijskim stečajnim postupcima, *Hrvatska pravna revija*, 2011., br. 4, str. 45-53.
  53. Vuković, A., Bodul, D., Stečajno zakonodavstvo u tranziciji - komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 49, 2012., br. 3., str. 633- 661.
  54. Vuković, A., Nagrada za rad i naknada troškova za stečajnog upravitelja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 47, 2010., br. 1., str. 191-204.
  55. *Zbornik radova Reforma hrvatskog insolventijskog prava - novi Stečajni zakon*, Inženjerski biro, 2015., str. 1-268.
  56. *Bassani protiv Italije*, presuda, 11. prosinca 2003., br. 47778/99.
  57. *Capital Bank AD protiv Bugarske*, presuda, 24. studeni 2005., br. 49429/99.
  58. *Ceteroni protiv Italije*, presuda, 15. studeni 1996., Reports of Judgments and Decisions 1996-V.
  59. *Erkner i Hofauer protiv Austrije*, presuda, 23. travnja 1987., Serija A, br. 117.
  60. *Feldbrugge protiv Nizozemske*, presuda, 29. svibnja 1986., Serija A, br. 99.
  61. *Guincho protiv Portugala*, presuda, 10. srpnja 1984., br. 8990/80.
  62. *Interfina and Christian della Faille d'Huyse protiv Belgije*, odluka, 4. svibnja 1987., br. 11101/84.
  63. *Ismeta Bačić protiv Hrvatske*, presuda, 19. lipnja 2008., br. 43595/06.
  64. *König protiv Savezne Republike Njemačke*, presuda, 28. lipnja 1978., Serija A, br. 27.
  65. *Ringeisen protiv Austrije*, presuda, 16. srpnja 1971., Serija A, br. 13.
  66. Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, posl. br. 66. Pž-5577/10-3 od 28. rujana 2010.
  67. *Roche protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 19. listopada 2005., br. 32555/96.
  68. *S.p.r.l. ANCA and Others protiv Belgije*, odluka, 10. prosinca 1984., Decisions and Reports 40,
  69. *Scopelliti protiv Italije*, presuda, 23. studeni 1993., Serija A, br. 278.
  70. *Sukobljević protiv Hrvatske*, presuda, 2. studeni 2006., br. 5129/03.
  71. Trgovački sud u Zagrebu, St - 651/15.
  72. Trgovački sud u Zagrebu, St - 710/15.
  73. Ustavni sud RH, odluka, U-III-A-1740/2015 od 25. svibnja 2017.
  74. Ustavni sud RH, odluka, U-III-A-2978/2009 od 14. listopada 2010.
  75. *Zimmermann i Steiner protiv Švicarske*, presuda, 13. srpnja 1983., Serija A, br. 66.

Sanja Grbić\*

Dejan Bodul\*\*

Jelena Čuveljak\*\*\*

Summary

## SOME ISSUES CONCERNING THE PRINCIPLE OF REASONABLE TIME IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Professor Aldo Radolović, Ph. D., in the Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka, in 2008 published an article titled "Protecting the Right to a Trial within the Reasonable Time - Real Opportunity, Overwhelming Adventure or Utopia?" pointing out already in the first sentence that it is one of the "most important and most interesting legal issues". Almost ten years after the issues of a reasonable time are still at the very top of the list of legal-political priorities of judicial reform. In this paper the authors are dealing with the analysis of two issues that we have connected in a single entity through the argumentation. Namely, in the event that the case has not been resolved within the time limit set by the President of the Court on the basis of the request for protection of the right to a trial within a reasonable time, a claim may be submitted to higher court seeking the payment of just compensation for violation of the right to a trial within a reasonable time. On the other hand, the European Court for Human Rights stated that the applicability of Article 6, paragraph 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and therefore of a reasonable time standard, on bankruptcy proceedings are unquestioned. In this context, the authors re-examine whether the long-term duration of the bankruptcy proceedings for a worker would result in a violation of the right to a trial within a reasonable time, especially regarding the right to just compensation for violation of the reasonable time of bankruptcy proceedings. Although different methodological approaches are available in analyzing this complex issue of the paper, the authors have opted for an analysis of the practice of the European Court of Human Rights in proceedings in addition to Article 6. (Right to a fair trial) because they are based on the assumption that knowledge about this can be crucial to understanding of main issues of this paper.

**Keywords:** *bankruptcy proceedings, a worker as a creditor, a reasonable time, the right to a just monetary compensation.*

---

\* Sanja Grbić, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, Univeristy of Rijeka; sgrbic@pravri.hr.

\*\* Dejan Bodul, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, Univeristy of Rijeka; dbodul@pravri.hr.

\*\*\* Jelena Čuveljak, Ph. D., Judge of the High Commercial Court; jelena.cuveljak@gmail.com.

Zusammenfassung

## PROBLEMATIK DER ANGEMESSENEN FRIST IM INSOLVENZVERFAHREN

Professor Aldo Radolović veröffentlichte in Gesammelten Abhandlungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Rijeka im Jahr 2008 die Arbeit „Schutz des Rechts auf Gerichtsverhandlung innert angemessener Frist – reale Möglichkeit, (zu) teures Abenteuer oder Utopia?“, in der er schon im ersten Satz angab, dass es sich hier um eine „der wichtigsten und interessantesten Rechtsthemen handelt“. Fast zehn Jahren danach steht die Problematik der angemessenen Frist an oberster Stelle der Liste rechtspolitischer Prioritäten der Justizreform. Diese Arbeit analysiert zwei Themen, die im Diskussionsteil als eine Einheit besprochen werden. Im Falle, dass eine Rechtssache nicht innerhalb der vom Gerichtsvorsitzenden aufgrund der Begründetheit der Anforderung zum Recht auf ein faires Verfahren festgestellten Frist beschlossen wird, kann man wegen der Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren innerhalb angemessener Frist bei dem im Rechtszug zunächst höheren Gericht eine Entgeltzahlung beantragen. Andererseits betont der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (einschließlich des Standards angemessener Frist) auf das Insolvenzverfahren anzuwenden ist. In diesem Zusammenhang wird in der Arbeit besprochen, ob langjährige Insolvenzverfahren das Recht des Arbeiters auf ein faires Verfahren innerhalb angemessener Frist verletzen und ihn zur Entgeltzahlung aufgrund dieser Verletzung berechtigen. Obwohl man an die Analyse dieser Problemfrage durch mehrere methodologische Ansätze herangehen kann, wird in dieser Arbeit von der Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bezüglich der in Verbindung mit Art. 6 angestregten Beschwerden (Recht auf ein faires Verfahren) ausgegangen, weil sie für die Problematik dieser Arbeit entscheidend ist.

**Schlüsselwörter:** *Insolvenzverfahren, Arbeiter als Gläubiger, angemessene Frist, Recht auf Entgeltzahlung.*

Riassunto

## ALCUNE QUESTIONI DIBATTUTE SUL TERMINE RAGIONEVOLE NEL PROCEDIMENTO FALLIMENTARE

Il Prof. dr. sc. Aldo Radović nel 2008 ha pubblicato nella Raccolta di scritti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Rijeka un saggio intitolato "*Tutela del diritto al giudizio in un termine ragionevole – Possibilità reale, avventura (sta) dispendiosa o utopia?*", dando ad intendere sin dalla prima frase come si tratti di uno dei "più importanti e più interessanti temi giuridici". Quasi dieci anni dopo la questione del termine ragionevole si trova ancora in cima alla lista delle priorità giuridico-politiche nella riforma giudiziaria. In questo lavoro ci occupiamo dell'analisi di due temi che nel corso dell'indagine abbiamo combinato in una unità. Precisamente, qualora un caso non sia risolto nel termine stabilito dal presidente del tribunale in base al fondamento della richiesta per la tutela del diritto alla ragionevole durata del processo, la pretesa per il pagamento dell'indennizzo per la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo può essere avanzata alla corte d'istanza superiore. Dall'altra parte, la CEDU ha evidenziato che l'applicabilità dell'art. 6, comma 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quindi anche dello standard del termine ragionevole, si riferisca anche al procedimento fallimentare. In tale contesto gli autori s'interrogano se la pluriennale durata del procedimento fallimentare risulterà per i lavoratori nella violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, ovvero con il sorgere del diritto all'indennizzo a causa della violazione del diritto alla ragionevole durata del procedimento fallimentare. Benché vi siano a disposizione diverse impostazioni metodologiche per lo studio di questa complessa questione giuridica, gli autori hanno scelto l'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nei procedimenti in forza dell'art. 6 (diritto ad un equo processo), poiché partono dal presupposto che le conoscenze sul punto possano essere di fondamentale importanza per la comprensione della questione posta alla base del presente lavoro.

**Parole chiave:** *procedimento fallimentare, lavoratore che vanta un credito, ragionevole durata, diritto ad un adeguato indennizzo pecuniario.*



## NAKNADA ŠTETE PROUZROČENE CIJEPLJENJEM

Doc. dr. sc. Katarina Knol Radoja\*

UDK 351.774.7-053.2(497.5)

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.17>

Ur.: 15. siječnja 2018.

Pr.: 19. veljače 2018.

Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Preporuka većine medicinskih stručnjaka je redovita preventivna zaštita od zaraznih bolesti, ponajprije putem cijepljenja. Ipak, kao i svaki drugi medicinski postupak i ovaj sa sobom nosi određene rizike, koji ponekad mogu biti i fatalni. U tom slučaju oštećeni pojedinac i/ili članovi njegove obitelji, pod određenim uvjetima, mogu imati pravo na naknadu štete. Međutim, kada do obeštećenja pokušaju doći sudskim putem, suočavaju se s dugotrajnim i skupim postupkom dokazivanja uzročne veze između štete u obliku bolesti ili smrti i primljenog cjepiva. Osim nepogodnosti za oštećenu stranu, ovi sudski postupci često imaju negativni publicitet i veliki financijski teret tuženoj strani zbog čega je dolazilo i do zastoja u opskrbi cjepivima. Zbog toga su u nizu država osmišljeni programi naknade štete za teške ozljede ili smrt zbog nuspojava cijepljenja. Cilj je istraživanja stoga analiza i preporuka programa naknade štete zbog nuspojava cijepljenja i u odnosu na često dugotrajnu i skupu građansku parnicu, alternativnog načina obeštećenja. Osim zbog racionalizacije troškova i smanjenja opterećenosti sudova, uvođenje programa naknade štete zbog nuspojava cijepljenja u Republici Hrvatskoj posebno je preporučljivo i jer je u njoj cijepljenje zakonski propisano kao obvezatno. Drugim riječima, iako pacijenti u Republici Hrvatskoj imaju opće pravo na informirani pristanak prije medicinskog zahvata, kada je u pitanju preventivni zahvat cijepljenja nemaju pravo izbora. Nadalje, pri oformljivanju tijela koje vodi program valja ostati oprezan te ga sastaviti od stručnjaka s različitih područja zanimanja, kako bi mogli objektivno sagledati štetni događaj iz svih perspektiva, a ne samo pogodujući jednoj strani.*

**Ključne riječi:** *alternativno rješavanje sporova, programi naknade štete zbog nuspojava cijepljenja, medicinski sporovi, informirani pristanak.*

---

\* Dr. sc. Katarina Knol Radoja, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku; kknol@pravos.hr.

## 1. UVOD

Niti jedan medicinski postupak nije potpuno bez rizika. Cjepiva, iako dizajnirana za (preventivnu) zaštitu od bolesti,<sup>1</sup> mogu uzrokovati nuspojave koje se kreću od blagih do vrlo ozbiljnih. Najčešće nuspojave cijepjenja su bol, temperatura, oticanje i crvenilo na mjestu uboda. Iako su ozbiljne nuspojave rjeđe, one uključuju po život opasne alergijske reakcije, epileptične napadaje, upalu mozga, multiplu sklerozu, reumatoidni artritis pa čak i smrt. U stručnoj i znanstvenoj literaturi često se ističe da su na razini stanovništva ti rizici mali i uravnoteženi s prednostima populacijske imunizacije (tzv. imunitet krda).<sup>2</sup>

U teoriji se dakle, učinkovitost populacijskog imuniteta, temelji na imunizaciji velikog broja pojedinaca unutar populacije. Dovoljno velikom procijepljenošću mogućnost širenja zaraze se smanjuje, a time se indirektno osigurava zaštita osoba koje se iz određenih medicinski opravdanih razloga ne smiju cijepiti.<sup>3</sup> Zagovornici teorije o imunitetu krda zbog toga smatraju da se u civiliziranom društvu, životi pojedinaca međusobno isprepliću i gotovo je nemoguće da odluke i ponašanje pojedinca utječe samo na njegove osobne interese bez zadiranja u interese drugih osoba,<sup>4</sup> ne ostavljajući im time mogućnost izbora hoće li se cijepiti ili ne.

Međutim, to znači da pojedinac povremeno snosi veliki teret za dobrobit ostatka populacije. U Republici Hrvatskoj je za 2014. godinu prijavljeno 155 nuspojava nakon cijepjenja, za 2015. godinu je prijavljeno 148 nuspojava, dok je za 2016. godinu prijavljeno 165 nuspojava.<sup>5</sup> Većina tih službeno prijavljenih nuspojava bila je blaga u vidu povišene temperature i oteknuća mjesta uboda. Iako su teške nuspojave cijepjenja rijetke, ako do njih ipak dođe, postojanje razrađenog sustava obeštećenja iznimno je važno za uspjeh politike imunizacije i održavanje povjerenja javnosti. Naime, nuspojave povezane s cjepivom rjeđe se pojavljuju zbog nepažnje i najčešće nema jednostavnog načina za dokazati nečiju krivnju.<sup>6</sup> Kada pojedinac pokuša dobiti

- 1 Pretpostavka je da je upravo cijepljenje utjecalo na znatno smanjenje broja oboljelih i smrtni ishod od zaraznih bolesti. V. *State of the world's vaccines and immunization*, 3rd ed. Geneva: World Health Organization; 2009.; dostupno na: [http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241563864\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241563864_eng.pdf), pristupljeno: 23. studenog 2017.
- 2 Fine, P., Eames, K., Heymann, D. L., *Clinical Infectious Diseases*, vol. 52., br. 7., 2011., str. 911–916; Mello, M. M., *Rationalizing Vaccine Injury Compensation, Bioethics*, vol. 22., br. 1., 2008., str. 32–42.
- 3 Više v. Fine, P., Eames, K., Heymann, D. L., *Herd Immunity: A Rough Guide*, Clin. Infect. Dis., vol. 52., br. 7., 2011., str. 911–916.
- 4 Silverman, R. D., May, T., *Private Choice Versus Public Health: Religion, Morality, and Childhood Vaccination Law*, U. Md. L. J. Race Relig. Gender & Class, vol. 1., 2001., str. 205–521, str. 512.
- 5 Službeni podatci o prijavljenim nuspojavama cijepjenja mogu se pronaći na internetskim stranicama Hrvatskog zavoda za javno zdravstvo. Dostupno na: <https://www.hzjz.hr/sluzba-epidemiologija-zarazne-bolesti/nuspojave-cijepjenja-u-hrvatskoj/>, pristupljeno 21. veljače 2018.
- 6 Više v. Looker, C., Kelly, H., *No-fault Compensation Following Adverse Events Attributed to Vaccination: A Review of International Programmes*, Bulletin of the World Health Organization, 2011., str. 371–378; dostupno na: <http://www.who.int/bulletin/volumes/89/5/10-081901/en/>, pristupljeno: 29. rujna 2017.

sudskim putem obeštećenje za svoju štetu ili štetu koju je pretrpio bliski član obitelji, suočava se s dugotrajnim i skupim postupkom dokazivanja pred sudom. Ovi su sudski postupci iznimno financijski i emocionalno iscrpljujući, ponajprije zbog teške dokazivosti uzročne veze između cijepjenja i štete, budući da ista često nastupa tek nakon nekoliko mjeseci.<sup>7</sup>

Zbog toga su u nizu država osmišljeni programi naknade štete za teške ozljede ili smrt prouzročene cijepljenjem. Programi su pokrenuti ponajprije zbog uvjerenja da država ima posebnu odgovornost prema onima koji su ozlijeđeni pravilno proizvedenim i ispravno primijenjenim cjepivima koja se koriste za očuvanje javnog zdravlja. Administrativno, većina programa naknade upravlja se putem nekoga stručnog vladinog tijela, uključujući donošenje odluke o prihvaćanju i visini naknade.<sup>8</sup> Podobnost primatelja naknade može ovisiti o državljanstvu, prebivalištu, dobi, kategoriji cjepiva (obvezno ili preporučeno), zadovoljavanju određenih vremenskih okvira za podnošenje zahtjeva itd. Dokazivanje stvarne uzročnosti neke ozljede kao nuspojave cijepjenja iznimno je teško. Odluka se uglavnom temelji na vjerojatnosti ravnoteže s prevagom za, u odnosu na ne.<sup>9</sup> Sve države koje imaju neki oblik programa naknade štete zahtijevaju dugotrajan učinak nuspojava (više od šest mjeseci), a naknada najčešće obuhvaća medicinske troškove te troškove zbog invaliditeta ili smrti. Financiranje se u pravilu vrši iz državnog proračuna, pri čemu neki programi imaju potporu nižih državnih tijela ili proizvođača cjepiva.

Nakon niza desetljeća, čini se da su danas u sve više država programi naknade štete prouzročene cijepljenjem sve prihvaćenija komponenta programa imunizacije. S obzirom na to, imamo bolje razumijevanje njihove svrhe, zakonskih okvira, postupka i ishoda iz čega se može puno toga naučiti. Cilj je istraživanja stoga analiza i preporuka programa naknade štete zbog nuspojave cijepjenja, u odnosu na često dugotrajnu i skupu građansku parnicu, alternativnog načina obeštećenja. Osim zbog očiglednih prednosti izvansudskih načina rješavanja spora, uvođenje programa naknade štete zbog nuspojave cijepjenja u Republici Hrvatskoj posebno je preporučljivo i jer je u njoj Zakonom o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti<sup>10</sup> cijepljenje propisano kao obvezatno, a i problem opadanja razine povjerenja građana u postupak imunizacije više nije nezanemarliv.

## **2. INFORMIRANI PRISTANAK I (NE)PRAVO NA ODBIJANJE MEDICINSKOG POSTUPKA**

Ustav Republike Hrvatske<sup>11</sup> u članku 35. propisuje: “Svacom se jamči štovanje i pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti.”

7 Keelan, J., Wilson, K., *Balancing Vaccine Science and National Policy Objectives: Lessons From the National Vaccine Injury Compensation Program Omnibus Autism Proceedings*, Am. J. Public Health. vol. 101., br. 11., 2011., str. 2016–2021.

8 Evans, G., *Vaccine injury compensation programs worldwide*, Vaccine, vol. 17., Supplement 3., 1999., str. 25–35.

9 *Ibid.*

10 Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, Narodne novine, br. 79/07., 113/08., 43/09.

11 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10., 5/14.

U članku 64. propisuje: "Roditelji su dužni odgajati, uzdržavati i školovati djecu te imaju pravo i slobodu da samostalno odlučuju o odgoju djece." Obiteljski zakon<sup>12</sup> također propisuje niz temeljnih načela i to: u članku 6. temeljem kojeg "Roditelji prije svih imaju pravo, dužnost i odgovornost živjeti sa svojim djetetom i skrbiti se o djetetu, a pomoć im se pruža i intervenira samo u slučaju potrebe" te u članku 7. sukladno kojem su "Mjere kojima se zadire u obiteljski život prihvatljive ako su nužne te se njihova svrha ne može ostvariti poduzimanjem blažih mjera uključujući i preventivnu pomoć, odnosno potporu obitelji." Roditeljsku skrb Obiteljski zakon definira u članku 91/1. na sljedeći način: "Roditeljsku skrb čine odgovornosti, dužnosti i prava roditelja, u svrhu zaštite i promicanja djetetovih osobnih i imovinskih prava te dobrobiti. Roditeljsku skrb roditelji su dužni ostvarivati u skladu s djetetovim razvojnim potrebama i mogućnostima." Nadalje, u članku 92/1. se navodi: "U sadržaj roditeljske skrbi ulazi pravo i dužnost zaštite osobnih prava djeteta na zdravlje, razvoj, njegu i zaštitu, odgoj i obrazovanje, ostvarivanje osobnih odnosa i određivanje mjesta stanovanja" te sukladno odredbi članka 93/1. "Roditelji su dužni i odgovorni skrbiti se o zdravlju djeteta te mu omogućiti korištenje mjera za čuvanje, unapređenje i vraćanje zdravlja, sukladno propisima kojima se uređuje zdravstvo i zahtjevima medicinske znanosti."

Da bi pojedinac, skrbnik ili roditelji za svoje dijete, mogli, u okviru svojeg prava i obveze skrbiti za njegovo zdravlje i dati pristanak na bilo koji medicinski zahvat nužno je da su o tomu u potpunosti obaviješteni.<sup>13</sup> Informirani pristanak izjava je kojom se pristaje na određeni medicinski zahvat, primjerice operacija, koja se temelji na potpunoj obaviještenosti o činjenicama potrebnim za donošenje svjesne odluke, kao što su rizici i postojanje alternativnih mogućnosti.<sup>14</sup>

Liječnici su obvezni informirati pacijenta o bilo kakvom razumno predvidljivom riziku od štete koja bi mogla proizaći iz predloženog liječenja. Obavješćavanje se mora pružiti tako da pacijent, provodeći uobičajenu brigu o vlastitoj dobrobiti i suočen s izborom predloženog ili eventualno alternativnog tretmana, može izvršiti razumnu prosudbu balansirajući moguće rizike s mogućim dobrobitima.<sup>15</sup> Informirani pristanak je, dakle sporazum da se nešto učini, odnosno dopusti, da se učini tek nakon što su poznate sve relevantne činjenice. Sporazum se može postići samo ako su obje stranke u potpunosti iznijele sve bitno za taj sporazum.

Pravo pacijenta na suodlučivanje regulirano je međunarodnim i nacionalnim propisima. Međunarodni ugovor koji uređuje to pravo pacijenata je Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini<sup>16</sup> iz 1997. godine. Članak 5. te Konvencije propisuje da se medicinski zahvat može provesti samo nakon što je pacijent dao slobodan i informirani pristanak. Osim toga, u istom se članku navodi i da pacijent mora biti

12 Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 116/03., 17/04., 136/04., 107/07., 57/11., 61/11., 25/13., 75/14., 5/15.

13 Legal dictionary, dostupno na: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Informed+Consent>, pristupljeno: 11. rujna 2017.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 13/03.

obaviješten o svrsi i prirodi postupka, kao i o mogućim posljedicama i rizicima te da osoba može u svakom trenutku povući svoj pristanak.

U Republici Hrvatskoj pravo na informirani pristanak regulirano je ponajprije Zakonom o pravima pacijenata.<sup>17</sup> Također je tu važan i Kodeks medicinske etike i deontologije<sup>18</sup> Hrvatske liječničke komore. Sukladno članku 8. Zakona o pravima pacijenata, pacijent ima, između ostalog, pravo na potpunu obaviještenost o svome zdravstvenom stanju, uključujući medicinsku procjenu rezultata i ishoda određenoga dijagnostičkog ili terapijskog postupka, preporučenim pregledima i zahvatima te planiranim datumima za njihovo obavljanje, mogućim prednostima i rizicima obavljanja ili neobavljanja preporučenih pregleda i zahvata, svome pravu na odlučivanje o preporučenim pregledima ili zahvatima, kao i mogućim zamjenama za preporučene postupke.

Pacijent ima pravo dobiti obavijesti na način koji mu je razumljiv s obzirom na dob, obrazovanje i mentalne sposobnosti. Stoga se rizici svih medicinskih postupaka, pa tako i oni povezani s nuspojavama cjepiva, ne bi smjeli nametnuti pojedincima bez njihova pristanka.<sup>19</sup> Pristanak pacijenta na medicinski postupak mora biti utemeljen na potpunoj obaviještenosti o svim mogućim posljedicama, osim u izvanrednim slučajevima kada se taj pristanak ne može dobiti. Liječnik koji ne iznese sve loše, kao i dobre strane postupka, riskira opasnost tužbe, ako nešto pođe po zlu.<sup>20</sup>

Ipak, u nekim državama unatoč pravu na informiranost o medicinskom postupku koji se treba provesti na nekom pojedincu, kada je u pitanju cijepljenje, ono ostaje samo na deklaratornoj razini i to ponajviše zbog praktičnih razloga zbog nedostatka vremena da se svakom pacijentu pojedinačno daju objašnjenja postupka i rizika.<sup>21</sup> Osim toga, čak ako i dobije sve informacije o cijepljenju, u nekim je državama, primjerice u Republici Hrvatskoj, cijepljenje protiv određenih bolesti propisano zakonom<sup>22</sup> kao obvezatno, pa se onaj tko ga odbije suočava s novčanim kaznama.

17 Zakon o pravima pacijenata, Narodne novine, br. 37/08.

18 Kodeks medicinske etike i deontologije, Narodne novine, br. 55/08.

19 Field, R. I., Caplan, A. L., *A Proposed Ethical Framework for Vaccine Mandates: Competing Values and the Case of HPV*, Kennedy Institute of Ethics Journal, vol. 18, br. 2, 2008., str. 111–124, str. 113.

20 *Op. cit.* (Legal dictionary) u bilj. 13.

21 Davis, T. C., Fredrickson, D. D., Arnold, C. L., Cross, J. T., Humiston, S. G., Kristen Green, K. W., Bocchini, J. A., *Childhood Vaccine Risk/Benefit Communication in Private Practice Office Settings: A National Survey*, Pediatrics, vol. 107., br. 2., 2001., str. 1–11.

22 Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, Narodne novine, br. 79/07., 113/08., 43/09., članak 40.: Imunizacija je obvezna: 1. protiv tuberkuloze, difterije, tetanusa, hripavca, dječje paralize, ospica, crvenke, zaušnjaka i virusne žutice tipa B i bolesti uzrokovanih s *Haemophilus influenzae* tip B - za sve osobe određene dobi, 2. protiv tetanusa ozlijeđenih osoba, 3. protiv virusne žutice tipa B - za osobe pod povećanim rizikom od zaraze, 4. protiv bjesnoće - za sve osobe koje su profesionalno izložene riziku od zaraze i koje ozlijedi bijesna životinja ili životinja za koju se sumnja da je bijesna, 5. protiv žute groznice - za osobe koje putuju u državu u kojoj postoji ta bolest ili u državu koja zahtijeva imunizaciju protiv te bolesti, 6. protiv kolere i drugih zaraznih bolesti - za osobe koje putuju u državu koja zahtijeva imunizaciju protiv tih bolesti ili u slučajevima kada za to postoji epidemiološka indikacija, 7. protiv trbušnog tifusa i drugih zaraznih bolesti za sve osobe za koje postoje epidemiološke indikacije.

O ustavnosti obveze cijepljenja odlučivao je i Ustavni sud Republike Hrvatske<sup>23</sup> u povodu prijedloga za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti.<sup>24</sup>

U ovom ustavnosudskom postupku Ustavni sud trebao je odgovoriti na osnovno pitanje: Jesu li predviđene zakonske mjere u ostvarivanju zdravstvene zaštite ustavnopravno prihvatljive odnosno imaju li one legitimni cilj u općem interesu? Predlagatelji su se, između ostalog, pozivali na praksu Belgije, Francuske, Italije, Luksemburga, Njemačke, Velike Britanije, Nizozemske i Španjolske u fakultativnom odabiru cjepiva.<sup>25</sup> Smatraju da je članak 40. Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, kojim se propisuje obveza cijepljenja protiv određenih zaraznih bolesti, u nesuglasnosti s člancima 35. i 64. (u dijelu koji se odnosi na pravo i slobodu samostalnog odlučivanja o odgoju djece) Ustava. Smatraju, također, da postoji nesuglasnost i s člancima 8. i 14. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koji govore o pravu na poštovanje privatnog i obiteljskog života i zabrani diskriminacije.<sup>26</sup>

Ustavni sud odbio je prijedlog uz obrazloženje da je sa stajališta navedenih ustavnih odredbi, nedvojbeno ovlast zakonodavca da zakonom propiše mjere zdravstvene zaštite, za koje je prema pravilima struke utvrđeno da postižu najpovoljnije rezultate u sprječavanju širenja zaraznih bolesti, kao i sankcije za one koji čine prekršaj, ne pridržavajući se propisanih mjera. Također smatra i da predlagatelji neutemeljeno navode kako je ustavno pravo roditelja da odluče hoće li imunizirati djecu. Imajući u vidu da Ustav roditeljskoj odgovornosti daje posebnu važnost i putem propisivanja roditeljskog prava i slobode da samostalno odlučuju o odgoju, Ustavni sud smatra da se zakonska obveza imunizacije radi sprječavanja zaraznih bolesti zbog zaštite zdravlja te zaštite prava drugih, ne može podvesti pod članak 64. Ustava.<sup>27</sup> Nadalje, iznosi stajalište da je propisivanje cijepljenja usmjereno na eliminaciju bolesti iz ukupne populacije, što je pozitivna obveza države, koju zakonodavac želi ostvariti propisivanjem sveopće obveze pristupanja cijepljenju protiv određenih zaraznih bolesti. Smatra i da takav pristup zakonodavca ulazi u područje njegove slobodne procjene i da ne izlazi izvan ustavnih okvira.<sup>28</sup>

Očito je da se u državama koje propisuju obvezatno cijepljenje prisila na preventivni medicinski postupak opravdava ponajprije zaštitom javnih interesa.<sup>29</sup>

23 Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske br.: U-I-5418/2008 od 30. siječnja 2014.

24 Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, Narodne novine, br. 79/07., 113/08., 43/09.

25 *Ibid.* (Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske) u bilj. 23.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

29 Više v.: Hendrix, K. S., Lynne A. Sturm, L. A., Gregory D. Zimet, G. D., Meslin, E. M., *Ethics and Childhood Vaccination Policy in the United States*, Am. J. Public Health, vol. 106., br. 2., 2016., str. 273.–278.; Odluka Ustavnog suda Republike Slovenije, U-I-127/01, Uradni list RS 25/2004., dostupno na: <https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/2004-01-1089/odlocha-o-ugotovitvi-da-prva-alineja-prvega-odstavka-22--clena-4--tocka-prvega-odstavka-57--clena-in-drugi-odstavka-57--clena-zakona-o-nalezljivih-bolezni-niso-v-neskladju-z-ustavo-in-o-ugotovitvi-neskladnosti-zakona-o-nalezljivih-bolezni-z-ustavo>; pristupljeno: 25. studenog 2017.

Međutim, iskustva zemalja koje ne propisuju prisilno cijepljenje govore da se može postići čak i veća procijepljenost i drugim, neprisilnim metodama.<sup>30</sup>

Možemo stoga zaključiti da u Republici Hrvatskoj pacijent ima pravo biti informiran o dobrobitima cijepjenja, kao i o rizicima od nuspojava, ali nema pravo na temelju tih informacija izabrati hoće li prihvatiti taj preventivni medicinski postupak, a ako štetni događaj nastupi, jedino mu preostaje uhvatiti se u koštac s pravosudnim sustavom te mukotrpnim i skupim postupcima dokazivanja.

### 3. PROBLEMI MEDICINSKIH SUDSKIH SPOROVA

Broj tužbi zbog štetnih posljedica cijepjenja posljednjih se godina sve više povećava. U nizu od tih presuda diljem svijeta dokazana je uzročno-posljedična veza između primljenog cjepiva i određenih bolesti te je izrečena novčana naknada štete zbog teškog oboljenja i invaliditeta te smrti zbog nuspojava cijepjenja. Tako je, primjerice, presudom Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje: VSRH) od 10. lipnja 2009. utvrđena povezanost između dječje paralize i cjepiva protiv te bolesti.<sup>31</sup>

Sudski su postupci i inače teški i dugotrajni, ali u medicinskim su sporovima, zbog povreda po zdravlje ili život bliskih osoba iznimno emocionalno i financijski iscrpljujući. Osim toga, samo označavanje pasivno legitimirane osobe u tim je predmetima često zbunjujuće i nejasno je treba li tužiti liječnika, ustanovu (npr. dom zdravlja), državu, proizvođača cjepiva ili sve navedene.<sup>32</sup> U ovim je postupcima često i sporno odgovaraju li tuženici za naknadu štete tužiteljima na temelju krivnje ili po kriteriju uzročnosti.<sup>33</sup>

Naime, sukladno Zakonu o obveznim odnosima,<sup>34</sup> odgovornost po kriteriju uzročnosti postojala bi u smislu definiranja postupka cijepjenja kao opasne djelatnosti te time odgovornost postoji i u slučaju slučajnih komplikacija cijepjenja.<sup>35</sup> Tako, primjerice, i VSRH u presudi od 22. ožujka 2006. godine nalazi da će Republika Hrvatska odgovarati prema kriteriju uzročnosti bez obzira na to je li cijepljenje

30 Više v. Salmon, D. A., Teret, S. P., MacIntyre, C. R., Salisbury, D., Burgess, M. A., Halsey, N. A., *Compulsory Vaccination and Conscientious or Philosophical Exemptions: Past, Present and Future*, *Lancet*, 2006., str. 367., dostupno na: [https://www.researchgate.net/publication/7315037\\_Compulsory\\_vaccination\\_and\\_conscientious\\_or\\_philosophical\\_exemptions\\_Past\\_present\\_and\\_future](https://www.researchgate.net/publication/7315037_Compulsory_vaccination_and_conscientious_or_philosophical_exemptions_Past_present_and_future), pristupljeno 23. listopada 2017.; Salmon, D. A., *Mandatory Immunization Laws and the Role of Medical, Religious and Philosophical Exemptions*, dostupno na: <http://www.vaccinesafety.edu/exemptreview101503.pdf>, pristupljeno: 23. listopada 2017.; Tucak, I., *Obvezno cijepljenje djece: za i protiv*, u: Rešetar, B., Aras Kramar, S., Lucić, N., Medić, I., Šago, D., Tucak, I., Mioč, P., *Suvremeno obiteljsko pravo i postupak*, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2017., str. 137.–165.

31 Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske br. Rev 79/07-2 od 10. lipnja 2009. godine. Primjeri nekoliko stranih i domaćih presuda dostupni su na: <http://www.cijepjenje.info/pravnikutak/presude/>, pristupljeno: 15. studenog 2017.

32 Vidi primjerice *ibid.*

33 *Ibid.*

34 Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15.– dalje: ZOO).

35 Vidi primjerice *op. cit.* (Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske) u bilj. 31.

obavljeno stručno i pod nadzorom liječnika ili nije, jer je cijepljenje opasna djelatnost.<sup>36</sup>

Osim toga, hoće li se dokazivanju pristupiti temeljem kriterija krivnje ili uzročnosti bitno je raščlaniti i problem ispravnosti primljenog cjepiva. Ako je nuspojavu uzrokovalo ispravno cjepivo, bit će potrebno utvrditi postojanje krivnje tuženika prema općim pravilima o odgovornosti. Međutim, ako se utvrdi da cjepivo koje je izazvalo nuspojavu nije bilo ispravno, tada bi se primjenjivala pravila o odgovornosti zbog neispravnog proizvoda<sup>37</sup> te će odgovornost postojati bez obzira na krivnju (*arg. ex. čl. 1073. ZOO-a*). U tom će slučaju, sukladno članku 1073/8. ZOO-a, oštećenik biti dužan dokazati neispravnost proizvoda, štetu i uzročnu vezu između neispravnosti proizvoda i štete.

Prema kriteriju krivnje, odgovornost postoji ako je došlo do propuštanja dužne pažnje, primjerice, ako liječnik ne provjeri zdravstveno stanje djeteta prije cijepljenja ili sukladno Zakonu o lijekova<sup>38</sup> ne utvrdi je li cjepivo prošlo nužno ispitivanje prije stavljanja u promet.<sup>39</sup>

Međutim, kada je u pitanju odgovornost države, za potrebe rada, posebno je važno utvrđenje VSRH-a u presudi od 10. lipnja 2009. godine, u kojoj iznosi stajalište o odgovornosti Republike Hrvatske po kriteriju uzročnosti i to ne samo temeljem toga što je cijepljenje opasna djelatnost, nego i time što je cijepljenje obavezatno. Naime, VSRH iznosi da je Republika Hrvatska Zakonom o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti propisala obavezatno cijepljenje između ostalog i protiv dječje paralize. Prema mišljenju toga Suda, radi se o nužnoj i korisnoj mjeri, kojom su se sve osobe obuhvaćene Programom te javnozdravstvene zaštite dužne podvrći.<sup>40</sup> U skladu s time su postupili i roditelji tužitelji kada su svoje dijete doveli na cijepljenje čime su ispunjavali svoju zakonsku obvezu. Međutim, u ovom je konkretnom slučaju došlo do komplikacija, jer je nakon primanja cjepiva protiv dječje paralize maloljetnik obolio od te bolesti i to unatoč činjenici da se radi o ispravnom cjepivu te je liječnica postupala s dužnom pažnjom.<sup>41</sup>

Nadalje, da bi se uspjela dokazati uzročna veza između cijepljenja i štetne nuspojave potreban je angažman velikoga broja medicinskih stručnjaka vještaka. Dokazivanje će biti iznimno teško i zbog toga što u znanstvenoj literaturi postoji i niz oprečnih stajališta o štetnosti cijepljenja. Stoga sudovi uglavnom u dosadašnjoj praksi najčešće nisu prihvaćali mogućnost da cjepiva mogu imati neželjene nuspojave, jer su medicinski stručnjaci u pravilu tvrdili da nema konkretnih medicinskih znanstvenih dokaza koji potvrđuju da cjepiva nanose štetu. Primjerice, takvo shvaćanje proizlazi i iz presude francuskoga Žalbenog suda u Parizu od 7. ožujka 2014. godine, koji je, odlučujući nakon što mu je predmet vraćen u povodu kasacijske žalbe, utvrdio

36 Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske br. Rev 785/05-2 od 22. ožujka 2006. godine.

37 Proizvod nije ispravan ako, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, a poglavito način na koji je proizvod predstavljen, svrhe u koje, prema razumnom očekivanju, proizvod može biti uporabljen te vrijeme kad je proizvod stavljen u promet, ne pruža sigurnost koja se od takva proizvoda opravdano očekuje (čl. 1075/1. ZOO-a).

38 Zakon o lijekovima, Narodne novine, br. 76/13., 90/14.

39 Vidi primjerice *op. cit.* (Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske) u bilj. 31.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*



da ne postoji znanstveni konsenzus o tomu da između cjepiva protiv hepatitisa B i nastanka multiple skleroze postoji uzročna veza i da su sva nacionalna i međunarodna zdravstvena tijela odbila vezati vjerojatnost pojave te bolesti uz cjepivo.<sup>42</sup>

Ipak, olakšavanju dokazivanja mogla bi uvelike pridonijeti nedavna presuda Suda Europske unije prema kojoj nacionalni sudovi mogu, razmatrati mogućnost da je cijepljenje dovelo do razvoja neke bolesti ili oštećenja, čak i onda kada za to ne postoji medicinski dokaz.<sup>43</sup> Presuda je donesena povodom zahtjeva za prethodnu odluku koja se odnosi na tumačenje članka 4. Direktive Vijeća 85/374/EEZ od 25. srpnja 1985. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode<sup>44</sup> na temelju članka 267. UFEUa, koji je uputio *Cour de cassation* (Francuska). Sukladno ovoj presudi, unatoč nepostojanju znanstvenog konsenzusa, cjepivo se može smatrati neispravnim, ako *postoje specifični i konzistentni dokazi*, uključujući vrijeme između primanja cjepiva, prethodnoga zdravstvenog stanja oštećenika, obiteljske anamneze te velikog broja prijavljenih slučajeva iste bolesti koja se pojavila nakon cijepljenja.<sup>45</sup>

#### 4. ALTERNATIVNO RJEŠAVANJE MEDICINSKIH SPOROVA

Alternativno rješavanje sporova način je rješavanja sporova različit u odnosu na parnični postupak, koji se uveo u pravosudnu praksu, ne da bi zamijenio postupak pred sudom, nego radi ponude većeg broja mogućnosti učinkovitijeg i kvalitetnijega sustava rješavanja sporova.<sup>46</sup> Alternativno rješavanje sporova obuhvaća sve izvansudske načine rješavanja sporova, bez obzira na posebnosti u njihovim metodama rješavanja sporova. Osnovni cilj ovog načina rješavanja sporova, rješavanje je zategnutih odnosa u što ranijoj fazi uz što manje troškova. Alternativno rješavanje sporova daje nam, dakle dodatnu mogućnost opredjeljenja za nove načine rješavanja sporova.<sup>47</sup>

Korisno bi bilo stoga prepoznati kako rješavanje medicinskih sporova korištenjem izvansudskih alternativnih metoda ukazuje na niz prednosti. Međutim, uočljiv je i niz karakteristika zdravstva koje ga čine manje podobnim za takav način rješavanja sporova.<sup>48</sup>

Naime, karakteristika zdravstva, kao društvenog sustava, široka je nejednakost moći, znanja i kontrole. Kompleksna priroda zdravstvenog sustava čini ga time težim za razumijevanje i za njegove sudionike, tako i za osobe koje bi trebale rješavati sukobe

42 Iz presude Suda Europske unije C621/15, *W and Others v. Sanofi Pasteur MSD SNC*, 21 June 2017., t. 16.

43 *Ibid.*

44 Direktiva Vijeća 85/374/EEZ od 25. srpnja 1985. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode (SL 1985., L 210, str. 29.).

45 *Op. cit.* (presuda Suda Europske unije) u bilj. 42.

46 Bilić, V., *Alternativno rješavanje sporova i parnični postupak*, doktorska disertacija, Zagreb, 2008., str. 9.

47 *Ibid.*

48 Knol Radoja, K., *Alternativno rješavanje medicinskih sporova*, u: Mićović, M. (ur.), Zbornik XII. Međunarodnog majskog savjetovanja "Usluge i uslužna pravila", Kragujevac, 2016., str. 589–608, str. 600.

unutar njega. Zdravstveni sustav raspolaže nizom podataka od životne važnosti, a opet, u praksi, često s ograničenim pristupom tim informacijama. Nejednakosti se ponajprije očituju između pružatelja zdravstvenih usluga i pacijenata, ali također su prisutne i među skupinama pružatelja usluga (liječnici, medicinske sestre i drugi), vrste usluga (primarne zdravstvene zaštite u odnosu na specijalističku skrb ili kurativnog u odnosu na preventivno djelovanje) i slično.<sup>49</sup>

Još jedna značajka zdravstva znatna su odstupanja u vrijednosnim sustavima različitih profesionalnih i neprofesionalnih grupa koje se nađu u sustavu. Pacijenti i njihove obitelji će na neki zdravstveni problem gledati često drukčije nego liječnici. Problemi koji se pojave u pružanju zdravstvene usluge, bilo kurativne, bilo preventivne, drukčije će promatrati liječnici, socijalni radnici, farmaceuti ili pravnici, što njegovo rješavanje čini iznimno kompleksnim zbog potrebe za pomirenjem tih različitih poimanja vrijednosti.<sup>50</sup> Kako bi se te nejednakosti pomirile treba biti iznimno oprezan u izboru stručnih osoba zaduženih za rješavanje ovih vrsta sporova te oformiti tijelo koje može objektivno sagledati štetni događaj iz svih perspektiva, a ne samo pogodujući jednoj strani.

Sudski postupci u medicinskim sporovima često su dugi, iscrpljujući i skupi. Neučinkovitost, odnosno kašnjenje u odnosu na optimalno ili čak krajnje vrijeme potrebno za rješavanje pojedinog spora sve je izraženiji problem pravosuđa. Poticanje alternativnih načina rješavanja sporova doprinosi ostvarenju prava na pravično suđenje u razumnom roku zajamčeno Ustavom Republike Hrvatske<sup>51</sup> (članak 27.) i Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>52</sup> (članak 6.). Korištenje alternativnih načina rješavanja sporova preuzimanjem dijela sudskog opterećenja doprinosi smanjenju sudskih zaostataka. Poticanje alternativnih načina rješavanja sporova često se stoga u političkim dokumentima, poput Strategije reforme pravosuđa,<sup>53</sup> spominje kao metoda rješavanja problema učinkovitosti pravosuđa.<sup>54</sup>

U Republici Hrvatskoj je već godinama poznat problem velike opterećenosti sudova. Iako se pred hrvatskim sudovima ne vodi veliki broj predmeta zbog naknade štete prouzročene cijepljenjem i kod njih se nailazi na problem kašnjenja i povrede prava na suđenje u razumnom roku. Zbog toga, potencijalno, osobe koje su teško povrijeđene, pa i do razine trajnog invaliditeta, ponekad moraju i godinama čekati na novčanu naknadu štete koja im je potrebna za liječenje, a sve zbog toga što su ispunili svoju zakonsku dužnost. Tako, primjerice, i VSRH u odluci od 21. prosinca 2009. godine predlagatelju određuje novčanu naknadu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. U ovom je predmetu tužitelj 14. lipnja 2001. godine podnio tužbu radi isplate naknade štete zbog komplikacija nakon cijepljenja, a meritorna odluka

49 *Ibid.*; Morrison, G., Robson, R., *ADR in Healthcare: The Last Big ADR Frontier?*, dostupno na: <http://www.mediate.com/articles/robmorr1.cfm>, pristupljeno 3. ožujka 2016.

50 Knol Radoja, *op. cit.* u bilj. 48., str. 601.

51 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10., 5/14.

52 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.

53 V. primjerice Strategija reforme pravosuđa za razdoblje od 2013. do 2018. godine, Narodne novine, br. 144/12.

54 Knol Radoja, *op. cit.* u bilj. 48., str. 593.

žalbenog suda o predmetu spora dostavljena mu je tek 4. kolovoza 2008. godine.<sup>55</sup>

Zbog svega navedenog, u nekim se državama u potpunosti napušta sustav deliktne odgovornosti u korist, tzv. *no-fault* sustava, kao jedne vrste alternativnog rješavanja sporova.<sup>56</sup> U državama koje su ga uvele, osobama koje su pretrpjele štetu zbog nuspojave cijepjenja, isplaćuje se unaprijed utvrđeni iznos naknade bez obzira na postojanje ili nepostojanje krivnje zdravstvenog djelatnika. Takvi se iznosi isplaćuju bez odlaganja.<sup>57</sup>

Ovi sustavi u pravilu ne dovode u pitanje pravo stranke da se, unatoč postojanju alternativnog puta, za svoja prava, ako to žele, izbore pred sudom. Ipak, obeštećenje putem izvansudskih programa naknade štete u nekim se državama, primjerice Sjedinjenim Američkim Državama, potiče na način da ga čak propisuje kao procesnu pretpostavku za podnošenje tužbe za naknadu štete sudu (v. *infra*).

Iako se propisivanje alternativnog načina rješavanja spora može činiti kao ograničavanje temeljnoga ljudskog prava na pristup sudu, znanost i praksa dale su suprotan odgovor. O pitanju ograničavanja prava na pristup sudu iz članka 6/1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>58</sup> bez prethodnog pokušaja izvansudskog mirenja raspravljalo se pred Europskim sudom za ljudska prava 2001. godine u predmetu *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*.<sup>59</sup> U toj je presudi Europski sud za ljudska prava utvrdio kako se propisivanjem pokušaja sporazumnog rješenja spora prije podnošenja tužbe sudu ne krši konvencijsko pravo na pristup sudu. Sud je iznio stajalište da to pravo nije apsolutno pa ga države stoga mogu ograničiti u legitimnom cilju na način koji ne narušava njegovu bit, uz razborit omjer razmjernosti između ograničavajućega sredstva i propisanog cilja.<sup>60</sup>

Vezano uz alternativno rješavanje sporova, konkretno mirenja u Republici Hrvatskoj kada je ona stranka u sporu, sukladno odredbi 186. a Zakona o parničnom postupku<sup>61</sup> prije podnošenja tužbe, tužitelj bi se morao obratiti sa zahtjevom za mirno rješavanje spora stvarno i mjesno nadležnom državnom odvjetništvu. Obveza ne postoji jedino u slučaju kada je posebnim propisima određen rok za podnošenje tužbe te kada je posebnim zakonom propisan postupak podnošenja zahtjeva za mirno rješenje spora nadležnom državnom odvjetništvu ili nekom drugom tijelu. Dakle, *de lege lata*, ako je Republika Hrvatska tužena za naknadu štete prouzročene

55 Odluka VSRH br. Gzp 170/08-8 od 21. prosinca 2009. godine.

56 Danzon, P. M., *The Swedish patient compensation system: myths and realities*, International Review of Law and Economics, vol. 14., 1994., str. 453–466; Davis, P., R. Lay-Yee, J. F. P. Hider, R. Briant, S. Schug, *Compensation for Medical Injury in New Zealand: Does "No-Fault" Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity?*, J. Health Polit Policy Law, vol. 27., 2002., str. 833–854.

57 Mariner, W. K., *National Vaccine Injury Compensation Program*, Health Affairs, vol. 11., br. 1., 1992., str. 255–265.

58 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.

59 *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, Application no. 42527/98, od 12. srpnja 2001. godine.

60 *Ibid.*

61 Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 25/13., 89/14.

cijepljenjem, bit će nužno, prije podnošenja tužbe sudu, provođenje postupka mirenja pred državnim odvjetništvom. Navedena odredba iznimno je važna zbog poticanja stranaka na mirenje, što je u medicinskim sporovima posebno poželjno. Ipak, s obzirom na to da država nije jedina koja je potencijalni tuženik u postupcima naknade štete prouzročene cijepljenjem, *de lege ferenda*, bilo bi poželjno ugledati se na poredbene primjere drugih država koje predviđaju neki oblik mirenja kroz posebne programe pred za to oformljenim stručnim tijelom (vidi *infra*).

## 5. PROGRAMI NAKNADE ŠTETE PROUZROČENE CIJEPLJENJEM (NO-FAULT COMPENSATION)

U brojnoj se znanstvenoj literaturi iznose koristi koje donosi provedba tzv. imunizacije protiv uglavnom dječjih zaraznih bolesti. Međutim, sve se češće u javnosti upozorava i na niz teških i vrlo teških nuspojava cijepljenja. Iako je u većini slučajeva nemoguće unaprijed predvidjeti mogućnost javljanja štetne nuspojave cjepiva, u pravilu sve države propisuju ili preporučuju cijepljenje djece najkasnije do polaska u školu. Roditelji djece koja su teško ozlijeđena cjepivom imaju mali broj mogućnosti za borbu s ovom nasumičnom tragedijom koja se dogodila njihovoj obitelji.

Programi odštete rezultat su brojnih kontroverzi pravnog rješavanja problema nuspojava cijepljenja. Prije njihova zakonskog reguliranja, jedino čemu su roditelji djece oštećene cjepivom mogli pribjeći, bila je dugotrajna i skupa parnica. Građanske parnice često su dugotrajne i skupe, a uzročno-posljedične veze između ozljede i cjepiva teško dokazive. S druge strane, ako tužitelj uspije sa svojim zahtjevom, dosuđeni iznosi mogu biti znatno veći od onih utvrđenih programom te zbog publiciteta jače utjecati na negativno mišljenje javnosti o sigurnosti cjepiva. Ideja je programa smanjiti troškove i nesigurnost parnice te osigurati pravednu naknadu osobama ozlijeđenim ovim medicinskim postupkom.

U deliktnom pravu određivanje naknade štete temelji se na utvrđivanju krivnje u svakom pojedinačnom slučaju, pa je stoga, bez dokaza postojanja, u najmanju ruku, nepažnje u provođenju određenoga medicinskog postupka, teško ostvariti naknadu štete putem uobičajenih zakonskih mehanizama. *No-fault* sustav razlikuje se po tomu što se u njemu kompenziraju sve povrede bez obzira na krivnju. Na prvi pogled, moglo bi se činiti da bi takav sustav doveo do povećanja troškova, međutim, njegovi zagovornici iznose da su njegove osnovne prednosti, kao alternativnog postupka, upravo smanjenje troškova koji se ponajprije odnose na plaćanje odvjetnicima, a također i ubrzanje postupka zbog izbjegavanja spora i skraćivanje vremena potrebnog za rješavanje zahtjeva u odnosu na parnični postupak.<sup>62</sup> Umjesto trošenja mjeseci pa i godina te troškova za odvjetnike i vještačenja za utvrđivanje krivnje, u *no-fault* sustavima naknade za određene ozljede utvrđene su unaprijed pa se time i do kompenzacije dolazi puno brže i bez odugovlačenja.<sup>63</sup>

62 Plotkin, S. A., *Lessons learned concerning vaccine safety*, Vaccine, vol. 20., suppl. 1., 2001., str. 16–19.

63 Weiler, P. C., Hiatt, H. H., Newhouse J. P., et al., *A Measure of malpractice: medical injury, malpractice litigation, and patient compensation*, Cambridge, Mass., Harvard University

Mogućnost nadoknade štete povrijeđenima kada nema krivnje u literaturi je označena čak pravednijom.<sup>64</sup> Osim toga, i podnositelji zahtjeva pokazali su zadovoljstvo što su primili naknadu putem ovakvog pojednostavljenog postupka.<sup>65</sup> Kao izvansudski alternativni način rješavanja sporova, programi naknade štete zbog nuspojava cijepljenja brži su, fleksibilniji i jednostavniji od parničnog postupka i time znatno pristupačniji pojedincima.

Povjerenje javnosti u imunizaciju sve je važnije globalno zdravstveno pitanje. Gubitak povjerenja u cjepiva i programe imunizacije mogu dovesti do usporavanja procesa primanja i odbijanja cjepiva, a time i potencijalnog rizika od epidemija bolesti. Stoga posljednjih godina međunarodni akteri imunizacije sve češće pozivaju na bolji nadzor povjerenja u cjepiva te prepoznavanje problema prije nego što evoluiraju u krize povjerenja u cijepljenje.<sup>66</sup> Pritom je nepreuzimanje odgovornosti za nastupjelu štetu zbog cijepljenja jedan od važnijih uzroka pojave opadanja povjerenja građana u postupak imunizacije, posebice kada je ona obvezatna. Budući da je država ta koja u javnom interesu, ponekad i pod prisilom, propisuje cijepljenje, ona je ta koja bi putem nacionalnih programa za obeštećenje trebala osigurati oštećenim pojedincima naknadu štete. Obrazovanje stanovništva o opasnostima od zaraznih bolesti zajedno s prihvaćanjem programa naknade potiče povjerenje javnosti. Naime, učinkovitost politike cijepljenja ne ovisi izravno o postojanju povjerenja cijepljenih osoba, ali povjerenje može biti ključno za spremnost pojedinca na cijepljenje ili za cijepljenje njegovog djeteta.<sup>67</sup>

Prepoznavši navedene prednosti, nekoliko je država implementiralo programe naknade štete prouzročene cijepljenjem (*vaccine-injury compensation programmes*).<sup>68</sup> Prva među njima bila je Njemačka,<sup>69</sup> koja je taj program uvela još 1961. godine.

---

Press., 1993.

64 Mehlman, M. J., *Resolving the medical malpractice crisis: Fairness considerations*, Faculty Publications, 2003., str. 75.

65 Balinska, M. A., *Vaccination in tomorrow's society*, *Lancet Infect Diseases*, vol. 3., br. 7., 2003., str. 443–447.

66 Larson, H. J., Figueiredo, A., Xiahong, Z., Schulz, W. S., Verger, P., Johnston, I. G., Cook, A. R., Jones, N. S., *The State of Vaccine Confidence 2016: Global Insights Through a 67-Country Survey*, *EBioMedicine*, vol. 12., 2016., str. 295–301., dostupno na: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5078590/>, pristupljeno: 20. veljače 2018.

67 Parmet, W. E., *Informed Consent and Public Health: Are They Compatible When it Comes to Vaccines?*, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 8., br. 1., 2005., str. 71–110., str. 97.

68 Više v. Looker, C., Kelly, *op. cit.* u bilj. 6.

69 Protection against infection act (Infektionsschutzgesetz - IfSG), 1045; 20 July 2000. Berlin: Federal Law Gazette; 2000., dostupno na: [http://www.rki.de/cls\\_nn\\_162/nn\\_217358/EN/Content/Prevention/Inf\\_Dis\\_Surveillance/inf\\_dis\\_down.html?\\_\\_nnn=true](http://www.rki.de/cls_nn_162/nn_217358/EN/Content/Prevention/Inf_Dis_Surveillance/inf_dis_down.html?__nnn=true), pristupljeno: 30. rujna 2017.

Osim u Njemačkoj, slični programi postoje u Francuskoj,<sup>70</sup> Austriji,<sup>71</sup> Danskoj,<sup>72</sup> Švedskoj,<sup>73</sup> Švicarskoj,<sup>74</sup> Velikoj Britaniji,<sup>75</sup> Sjevernoj Irskoj, Finskoj,<sup>76</sup> Novom Zelandu,<sup>77</sup> Japanu,<sup>78</sup> Kini, Sjedinjenim Američkim Državama,<sup>79</sup> Kanadi (Quebec),<sup>80</sup>

- 
- 70 Dispositif de règlement amiable des dommages imputables à des vaccinations obligatoires (in French). Paris: Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux; 2004., dostupno na: <http://www.oniam.fr/vaccinations.php>, pristupljeno: 30. rujna 2017.
- 71 Act for the compensation of vaccination damages (Impfschadengesetz, BGBl nr. 371/1973) (in German). Vienna: Bundeskanzleramt; 1973., dostupno na: <http://www.ris.bka.gv.at/Ergebnis.wxe?Suchworte=371%2F1973&x=0&y=0&Abfrage=Gesamtabfrage>, pristupljeno: 30. rujna 2017.
- 72 The Danish Liability for Damages Act. Copenhagen: Patientforsikringen; 2010., dostupno na: <http://www.patientforsikringen.dk/en/Love-og-Regler/Lov-omklage-og-erstatningsadgang/Behandlingsskader.aspx>, pristupljeno: 30. rujna 2017.
- 73 The Undertaking (Indemnity rules). Stockholm: Lakemedelsforsakringen (LFF); 2009., dostupno na: <http://www.lakemedelsforsakringen.se/default.asp?id=10822&ptid=>, pristupljeno: 11. rujna 2017.
- 74 Federal law from 18 December 1970 on communicable disease control (Epidemics act) 818.101. Berne: Federal Authorities of the Swiss Confederation; 1970. dostupno na: [http://www.admin.ch/ch/d/sr/c818\\_101.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c818_101.html), pristupljeno: 11. rujna 2017.
- 75 The Regulatory Reform (Vaccine Damage Payments Act 1979) Order 2002, Statutory Instrument 2002 no. 1592. London: Office of Public Sector Information; 2002., dostupno na: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2002/20021592.htm>, pristupljeno: 11. rujna 2017.
- 76 Finnish Pharmaceutical Insurance Pool [Internet site]. Helsinki: Finnish Pharmaceutical Insurance Pool; 2011., dostupno na: [http://www.lvp.fi/www/page/lvp\\_www\\_2090](http://www.lvp.fi/www/page/lvp_www_2090), pristupljeno: 11. rujna 2017.
- 77 Accident Compensation Act 1972, s. 2 § amended by Accident Compensation Amendment Act 2001. Wellington: New Zealand Legislation; 2001., dostupno na: <http://www.legislation.govt.nz>, pristupljeno: 11. rujna 2017.
- 78 Cabinet order no. 197 on implementation of immunization law, Tokyo, 1948., dostupno na: <http://hourei.ndl.go.jp>, pristupljeno: 30. rujna 2017.; v.: Hiroki Nakatani, Tadashi Sano, Tsutomu Iuchi, *Review. Development of Vaccination Policy in Japan: Current Issues and Policy Directions*, Jpn. J. Infect. Dis., vol. 55., 2002., str. 101.–111.
- 79 National Childhood Vaccine Injury Act. 1986, dostupno na: <http://www.hrsa.gov/vaccinecompensation/authorizinglegislation.pdf>, pristupljeno: 30. rujna 2017.
- 80 Public Health Protection Act, RSQ, chapter S-2.2., dostupno na: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/S-2.2>, pristupljeno: 11. rujna 2017.

Italiji,<sup>81</sup> Norveškoj,<sup>82</sup> Koreji,<sup>83</sup> a od nedavno i u Mađarskoj,<sup>84</sup> Islandu<sup>85</sup> i Sloveniji.<sup>86</sup>

U nastavku će biti nekoliko riječi o navedenim programima u Sjedinjenim Američkim Državama, budući da je tamo ovaj alternativni sustav naknade iznimno razvijen, te u Sloveniji, kao primjeru susjedne države koja je također prihvatila ovaj način obeštećenja kao bržeg i učinkovitijeg. U Republici Hrvatskoj nisu oformljeni programi izvansudske naknade štete zbog nuspojava cijepljenja ni djece, koja su najčešće oštećena, ni odraslih, ali je već godinama potvrđeno pravo na naknadu, ako zbog cijepljenja nastane šteta posjedniku domaće životinje (v. *infra*).

### 5.1. Sjedinjene Američke Države

Posebno izražen problem izazvan velikim brojem odštetnih zahtjeva nastao je od 1980. do 1984. godine u Sjedinjenim Američkim Državama kada su potraživanja naknade štete zbog nuspojava cijepljenja iznosila preko 3,5 milijardi dolara i time izazvala napuštanje tržišta šest od osam proizvođača cjepiva. Mnogi od tih proizvođača tvrdili su da je tomu razlog nepostojanje osiguranja od odgovornosti zbog proizvoda.<sup>87</sup> Napuštanje tržišta velikog broja proizvođača izazvalo je nagli pad u proizvodnji i dovelo u pitanje opskrbu dostatnom količinom cjepiva.<sup>88</sup>

Kako bi se smanjio pritisak, godine 1986. uveden je savezni Program naknade štete zbog nuspojava cijepljenja (*National Vaccine Injury Compensation Program*, dalje: VICP). VICP se temelji na *no-fault* sustavu i funkcionira kao alternativa tradicionalnom građanskom postupku za naknadu štete. Naknada se određuje sukladno tablici (*Vaccine Injury Table*) u kojoj se nalazi lista mogućih povreda i vremenski okviri u kojima se moraju pojaviti kako bi se kvalificirale kao nuspojave. Temeljem VICP-a naknadu mogu ostvariti povrijeđeni pojedinci, odnosno njihovi zakonski zastupnici koji su pretrpjeli *štetu od nekog* u tablici taksativno navedenog

81 Law no. 238 of 25 July 1997, modifications and additions to the Law no. 210 of February 25 1992, relating to compensation to those harmed by mandatory vaccinations, blood transfusions and blood products (in Italian). Rome: Ministry of Health; 1997., dostupno na: <http://www.normattiva.it>, pristupljeno: 11. rujna 2017.

82 Patient Injury Act of 15 June 2001 no. 53 (in Norwegian). Oslo: Ministry of Health; 2001., dostupno na: <http://www.lovdata.no/all/nl-20010615-053.html>, pristupljeno: 11. rujna 2017.

83 Prevention of Contagious Diseases Act, Law 6162 (in Korean). Seoul: Korean Centers for Disease Control and Prevention; 2009., dostupno na: <http://www.glin.gov/view.action?glinID=70100>, pristupljeno: 11. rujna 2017.

84 Hungarian Health Code (1997. CLIV), dostupno na: <https://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwehun.htm#Health%20Law>, pristupljeno: 11. rujna 2017.

85 Act on patient insurance no. 111/2000. Reykjavik: Ministry of Welfare; 2000., dostupno na: <http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20366>, pristupljeno: 11. rujna 2017.; v.: Boncz I, Sebestyen A., *Compensation for vaccine injury in Hungary*, *Lancet* vol. 367., 2006., str. 1144.

86 Looker, C., Kelly *Op. cit.* u bilj. 6.

87 Sloan, F. A., *The Economics of Vaccines*, u: Danzon, P. M., Sean Nicholson, S., *The Oxford Handbook of the Economics of the Biopharmaceutical Industry*, Oxford University Press, New York, 2012., str. 544.

88 Više v. Evans G., Levine E. M., Saindon E. H., *Legal issues*, u: Plotkin S. A., Orenstein W. A., Offit P. A., *Vaccines*, Saunders Elsevier, Philadelphia, 2008.

cjepiva<sup>89</sup> u određenom prekluzivnom roku.<sup>90</sup> Ako se tužitelj u zahtjevu poziva na neku od nuspojava navedenu u tablici, tada pretpostavka uzročnosti ide u njegovu korist pa se teret dokazivanja prebacuje na Vladu, koja će morati dokazati da je ozljeda prouzrokovana drugim specifičnim čimbenikom koji nije povezan s cjepljivom. Ako se ozljeda ne nalazi u tablici, tužitelj će morati dokazati da je cjepivo doista prouzrokovalo ozljedu bez ikakve pretpostavke uzročnosti u njegovu korist.<sup>91</sup>

Budući da je VICP alternativni izvor naknade, podnositelji zahtjeva zadržavaju pravo na podnošenje tužbe. Međutim, podnositelji zahtjeva tu tužbu ne mogu podnijeti dok ne podnesu zahtjev u skladu s VICP-om, dobiju konačnu odluku i u korist parnice odluče ju ne prihvatiti.<sup>92</sup> Tužba se, također, može podnijeti i ako će zahtjev biti odbijen, a budući da se naknada temeljem VICP-a može ostvariti samo za taksativno navedena cjepiva, tužba se može podnijeti i ako primljeno cjepivo nije obuhvaćeno VICP-om.<sup>93</sup> Osim toga, ako se odluka ne donese u roku od 240 dana, odnosno, ako je uložena žalba, u roku od 420 dana, podnositelj ima pravo taj zahtjev povući te tužbu izravno podnijeti građanskom sudu.<sup>94</sup> U ostalim će slučajevima nepodnošenje zahtjeva predstavljati negativnu procesnu pretpostavku za pokretanje građanske parnice.<sup>95</sup>

## 5.2. Slovenija

Ustavni sud Republike Slovenije proglasio je 2004. godine Zakon protiv zaraznih bolesti neustavnim jer ne regulira prava zainteresiranih osoba i postupak utvrđivanja postojanja opravdanih razloga za odustajanje od obveznog cijepljenja, kao i zbog neadekvatnog uređenja odgovornosti za štetu zbog nuspojava cijepljenja. Stoga je naložio Parlamentu ispravljanje navedenih nedostataka u roku od godine dana od objave odluke u Službenom glasilu Republike Slovenije.<sup>96</sup>

U obrazloženju svoje presude, Sud je iznio stajalište kako je obvezno cijepljenje, iako zadire u temeljna ljudska prava, opravdano u svrhu zaštite opće populacije i ako udovoljava općem načelu proporcionalnosti, odnosno prikladna je mjera za postizanje legitimnog cilja – prevencije i kontrole zaraznih bolesti. Međutim, ono što je za potrebe ovog rada posebno važno, u obrazloženju se iznosi i da je, kao i kod bilo

89 Diphtheria, tetanus, pertussis (DTP, DTaP, DT, TT, or Td), measles, mumps, rubella (MMR or any components), polio (OPV or IPV), hepatitis B, Haemophilus influenzae type b (Hib), varicella (chicken pox), rotavirus and pneumococcal conjugate vaccines (National Vaccine Injury Compensation Program, t. 2., dostupno na: <https://www.in.gov/isdh/files/VICP.pdf>, pristupljeno 22. rujna 2017.

90 *Prospective claims for injury must be filed within thirty-six months after manifestation of the injury. Prospective claims for death must be filed within twenty-four months after the date of death, but no later than forty-eight months after manifestation of the injury that resulted in death* (42 U.S.C. 300aa-16(a)(2),(3).).

91 Keelan, Wilson *Op. cit.* u bilj. 7.

92 Mariner *Op. cit.* u bilj. 57., str. 257.

93 National Vaccine Injury Compensation Program, t. 12.

94 42 U.S.C.A. § 300aa-21(b), dostupno na: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/300aa-21>, pristupljeno 26. rujna 2017.

95 Mariner *Op. cit.* u bilj. 57., str. 257.

96 Odluka Ustavnog suda Republike Slovenije *Op. cit.* u bilj. 29.



koje medicinske intervencije, cijepljenje povezano s određenim rizicima, pa je stoga zakonodavac dužan pružiti odgovarajući pravni lijek. Iznosi da su, u dosadašnjoj praksi na svaki zahtjev za odštetu u slučajevima kada je zbog obveznog cijepljenja nastupila šteta po zdravlje pojedinca, primjenjivana opća pravila o odgovornosti za štetu. Ustavni sud, međutim, smatra da bi zakonodavac trebao pojedinačno regulirati naknadu šteta.<sup>97</sup> Načelo solidarnosti, koje je, između ostalog, i osnova za određivanje obvezne mjere cijepljenja, zahtijeva da država koja takvu mjeru nalaže u opću korist i kompenzira time povrijeđenu osobu. S obzirom na to, Sud smatra da je neprihvatljivo ako bi pojedinac trebao pretrpjeti štetu koja mu je prouzročena obveznom zdravstvenom mjerom koja je određena za javnu dobrobit. Zakonodavac je stoga obavezan izričito odrediti naknadu za takve slučajeve.<sup>98</sup>

Odgovornost za štetu nastalu zbog obveznog cijepljenja regulirana je u Sloveniji Zakonom o zaraznim bolestima u člancima 53 a do 53 f.<sup>99</sup> Prema navedenim odredbama, osoba koja je zbog cijepljenja pretrpjela štetu po zdravlje, a što se ogleda u ozbiljnom i trajnom gubitku životnih funkcija, ima pravo na naknadu. Ako osoba umre zbog posljedica obveznog cijepljenja, pravo na naknadu<sup>100</sup> ima njihov bračni ili izvanbračni drug, djeca i roditelji. Navedene odredbe Zakona ne primjenjuju se na štetu uzrokovanu nepravilnom primjenom cjepiva ili zbog neadekvatne kakvoće cjepiva u skladu s propisima koji uređuju medicinske proizvode. Osim toga, opća pravila građanskopravne odgovornosti će se primjenjivati ako se šteta dogodila zbog nepravilnog ponašanja profesionalnih osoba u slučaju cijepljenja ili neodgovarajuće kvalitete cjepiva. Postupak za ostvarivanje prava na naknadu temeljem ovoga Zakona započinje podnošenjem zahtjeva<sup>101</sup> Ministarstvu nadležnom za zdravstvo najkasnije u roku od šest godina od datuma cijepljenja. O pravu na naknadu prema ovom Zakonu odlučuje ministar nadležan za zdravstvo na temelju stručnog mišljenja Komisije za utvrđivanje uzročne veze između obveznog cijepljenja i štete, sastavljene od stručnjaka odgovarajuće medicinske struke, i mišljenja Komisije za osobe s invaliditetom Zavoda za mirovinsko i invalidsko osiguranje. Dobivene podatke i dokumentaciju Ministarstvo nadležno za zdravstvo prosljeđuje komisijama koje svoje stručno mišljenje podnose u roku od tri mjeseca od primitka zahtjeva za mišljenje. Mišljenje Komisije za utvrđivanje uzročne veze mora uključivati procjenu o tomu je li šteta za zdravlje ili smrt neke osobe proizašla iz obveznog cijepljenja. Komisija za invalidnost

97 *Ibid.*

98 Odluka Ustavnog suda Republike Slovenije *Op. cit.* u bilj. 29., točka B. – III.

99 Zakon o nalezljivih bolestih – uradno prečišćeno besedilo – ZNB-UPB1 (Uradni list RS, št. 33/06 z dne 30. 3. 2006); dostupno na: <https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/72546>, pristupljeno 15. studenog 2017.

100 Sukladno članku 53. c iznos naknade jednom godišnje vrednuje Ministarstvo nadležno za zdravstvo, sukladno podacima Državnog zavoda za statistiku Republike Slovenije na razini godišnje inflacije.

101 Sukladno članku 53. č zahtjev mora sadržavati ime i prezime osobe koja je cijepljena, ime i prezime osobe koja traži pravo na naknadu, naziv i sjedište zdravstvene ustanove ili druga pravna ili fizička osoba u kojoj je provedeno cijepljenje, podatke i dokumentaciju o cijepljenju i navodne posljedice cijepljenja (npr. datum cijepljenja, zarazna bolest protiv kojih je provedeno cijepljenje, sumnje na posljedice cijepljenja, dokumentacija o liječenju navodnih posljedica cijepljenja itd.).

daje mišljenje o tomu jesu li oštećenoj osobi ozbiljno i trajno otežane životne funkcije. U roku od 30 dana od primitka mišljenja komisija ministar nadležan za zdravstvo donosi rješenje. Protiv toga rješenja ne postoji žalba, ali je moguć upravni spor. Naknada se isplaćuje iz državnog proračuna bez obzira na krivnju, budući da je istim Zakonom određena objektivna odgovornost države.<sup>102</sup>

### **5.3. Republika Hrvatska - izvansudski program naknade štete uzrokovane cijepljenjem - protiv bolesti kvrgave kože goveda**

Da svaki lijek, pa tako i cjepivo, ponekad uzrokuje nuspojave već je općepoznata činjenica. Kao što je supra opisano, u nizu se država u slučajevima težih nuspojava zbog cijepjenja priznaje oštećenima i/ili njihovoj obitelji pravo na naknadu i to izvansudskim putem, koji je brži i jednostavniji od parničnog postupka. Prednosti takvih programa nisu ostali u potpunosti neprepoznati niti u Republici Hrvatskoj, gdje sličan program postoji, ali barem za sada, samo ako su u pitanju domaće životinje. Naime, cijepjenje goveda protiv bolesti kvrgave kože u Republici Hrvatskoj provedeno je u razdoblju od kolovoza do studenog 2016. godine. Uginuće goveda, drastičan pad proizvodnje mlijeka i problemi s plodnosti samo su neke od posljedice tog preventivnog postupka. Temeljem članka 34. Zakona o veterinarstvu<sup>103</sup> za životinju koja je uginula zbog provedbe naređene mjere, posjednik životinje ima pravo na naknadu štete u visini tržišne cijene na dan provođenja mjere. Sukladno Uputi Ministarstva poljoprivrede – uprave za veterinarstvo i sigurnost hrane od 26. kolovoza 2016. godine o načinu postupanja kod nuspojava nastalih kao posljedica aplikacije cjepiva protiv bolesti kvrgave kože, nuspojave se prijavljuju nadležnom veterinarskom inspektoratu koji potom zahtjev za naknadu štete podnosi Ministarstvu poljoprivrede - Upravi za veterinarstvo i sigurnost hrane.<sup>104</sup>

Prema priopćenju Ministarstva poljoprivrede Republike Hrvatske objavljenom 4. svibnja 2017. godine na službenim internetskim stranicama mljekarima je zbog toga isplaćeno 19 milijuna kuna naknade štete od čega je 3,3 milijuna kuna isplaćeno za naknadu izravnih posljedica cijepjenja - uginuća 509 goveda.<sup>105</sup>

Možemo zaključiti da u Republici Hrvatskoj postoji neosporno pravo na izvansudsku naknadu štete zbog nuspojava cijepjenja domaćih životinja, dok takvog načina obeštećenja u slučaju nuspojava zbog obveznog cijepjenja djece nema. Stoga bi *de lege ferenda* valjalo makar uzeti u obzir mogućnost uvođenja sličnog programa

102 Zakon o nalezljivih boleznih – uradno prečišćeno besedilo – ZNB-UPB1 (Uradni list RS, št. 33/06 z dne 30. 3. 2006), članci 53. a do 53. f, dostupno na: <https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/72546>, pristupljeno 15. studenog 2017.

103 Zakona o veterinarstvu, Narodne novine, br. 82/13., 148/13.

104 Uputa Ministarstva poljoprivrede – uprave za veterinarstvo i sigurnost hrane od 26. kolovoza 2016. godine o načinu postupanja kod nuspojava nastalih kao posljedica aplikacije cjepiva protiv bolesti kvrgave kože; dostupno na: [http://cijepjenje.info/wp-content/uploads/2016/09/postupanje.kod\\_nuspojava.uputa\\_.pdf](http://cijepjenje.info/wp-content/uploads/2016/09/postupanje.kod_nuspojava.uputa_.pdf), pristupljeno: 10. studenog 2017.

105 Ministarstvo poljoprivrede, dostupno na: <http://www.mps.hr/hr/novosti/mljekarima-isplaceno-19-milijuna-kuna-naknade-zbog-cijepjenja-zivotinja-protiv-bolesti-kvrgave-koze>, pristupljeno 12. studenog 2017.

i kada su u pitanju ljudi, djeca. Program bi, prema iskustvima zemalja koje ga imaju već više godina, svakako utjecao na ubrzanje postupka obeštećenja, smanjenje troškova, posebno ako je u pitanju dokazivanje uzročno posljedične veze, a i razina povjerenja u sam postupak imunizacije bila bi podignuta na višu razinu.

## 6. ZAKLJUČAK

Države danas obvezivanje na cijepljenje, koje većina pripadnika medicinske zajednice smatra učinkovitom mjerom sprječavanja širenja zaraznih bolesti, temelje na obvezi zaštite zdravlja građana.<sup>106</sup>

Moglo bi se reći da je pojavnost štetnih nuspojava cijepljenja već dobro poznata činjenica, iako je šire upoznavanje primatelja zdravstvenih usluga s njom tek odnedavno započelo. Jedan od glavnih razloga “čuvanja tajne” strah je od demotivacije za cijepljenje. Prihvatanje informiranog pristanka prije cijepljenja pomaže u postizanju ciljeva postavljenih imunizacijskim programima i omogućava njihovo provođenje uz smanjeni rizik od eventualne tužbe. Davanje izjave o informiranom pristanku na cijepljenje i obaviještenosti o mogućim nuspojavama na propisanim obrascima nužna je pretpostavka činjenja ovoga preventivnog zdravstvenog tretmana. Ipak, u državama gdje je cijepljenje obvezatno, davanje informiranog pristanka ostaje samo na deklaratornoj razini jer legalnih mogućnosti odbijanja ovoga preventivnog medicinskog zahvata gotovo da i nema. S druge strane, države koje osobama ostavljaju pravo izbora, ali ih pritom sveobuhvatnom edukacijom i pružanjem potpunih informacija potiču na dobrovoljno cijepljenje, često ostvaruju i bolje rezultate po broju opće procijepljenosti. Ovakva politika nije samo etički prihvatljiva nego može doprinijeti i uštedi na potraživanjima naknade štete.<sup>107</sup>

Nadalje, ako ipak dođe do teže nuspojave cijepljenja, oštećenici u nizu država imaju pravo tražiti obeštećenje putem izvandsudskih programa naknade štete, kojima se, u odnosu na parnicu, ubrzava i pojednostavljuje taj postupak. Argumenti koji podupiru uvođenje programa naknade štete zbog cijepljenja uključuju političke i ekonomske pritiske, opasnost od dugotrajnih i skupih parničnih postupaka, povećanje povjerenja u programe cijepljenja, posebno kada je propisano kao obvezno, i osiguranje održivosti opskrbe cjepivom. Osim toga, sheme naknada također se temelje na načelu pravičnosti.<sup>108</sup>

Uvođenje izvandsudskih programa naknade štete zbog nuspojave cijepljenja *de lege ferenda* u Republici Hrvatskoj više je nego opravdano budući da *de lege lata* hrvatski zakoni adekvatno ne uređuje državnu odgovornost za štetu koju pojedinac može imati zbog cijepljenja na koje ga je ta ista država zakonski obvezala.<sup>109</sup> Kao što

106 Tucak *Op. cit.* u bilj. 30., str. 160.

107 *Ibid.*

108 *Op. cit.* (Looker, C., Kelly) u bilj. 6.

109 Zbog istog je razloga slovenski Ustavni sud naložio Parlamentu da u roku od godine dana ispravi navedeni nedostatak. Odluka Ustavnog suda Republike Slovenije *Op. cit.* u bilj. 29.; Tucak, I., *Legal and Ethical Justification of Compensation Regarding Compulsory Vaccination Injuries*. In: Bacher, U. *et al.* (ur.), *Interdisciplinary Management Research*, Ekonomski fakultet u Osijeku & Hochschule Pforzheim University of Applied Sciences, 2016., str. 783–800, str. 794.

se u recentnoj znanstvenoj literaturi iznosi, civilizirano društvo je obvezno nadoknaditi štetu do koje je došlo zbog obveznog cijepljenja ili cijepljenja povezanog s određenim profesijama.<sup>110</sup>

Programi naknade štete zbog nuspojava cijepljenja u zemljama koje su ih usvojile, usmjereni su ponajprije na pravednu i učinkovitu naknadu radi odvlačenja potencijalnih tužitelja od nepredvidljivih i teških sudskih odštetnih parnica. Osim propisivanja iznosa odštete zbog nuspojava, ovi programi potiču i istraživanja u svrhu povećanja sigurnosti cjepiva, obvezuju na prijavljivanje štetnih nuspojava cijepljenja i ukazuju na nužnost davanja potpunih informacija o prednostima i nedostacima cijepljenja kao preventivnog medicinskog postupka. U SAD-u je ponajprije osmišljen kako bi se obeshrabilo podnošenje odštetnih zahtjeva u korist sigurnije i brže, iako manje velikodušne, naknade.<sup>111</sup>

Da se i u Republici Hrvatskoj uočavaju prednosti izvansudskih načina naknade štete koja je prouzročena cijepljenjem dokaz je postojanje sličnih programa kada je u pitanju obeštećenje posjednika domaćih životinja. Naime, zbog nuspojava cijepljenja posjednik životinje ima pravo na naknadu štete u visini tržišne cijene na dan provođenja mjere. Sukladno Uputi Ministarstva poljoprivrede – uprave za veterinarstvo i sigurnost hrane, takvo je obeštećenje i provedeno nakon niza nuspojava nakon cijepljenja goveda protiv bolesti kvrgave kože. Stoga se postavlja pitanje, ne bi li trebalo i roditeljima djece oštećene zbog nuspojava cijepljenja, koje je u velikom broju slučajeva u Republici Hrvatskoj i obvezno, omogućiti da do obeštećenja dođu izvansudskim putem pred stručnim tijelom? Alternativne metode rješavanja sporova daju oštećenicima dodatnu mogućnost opredjeljenja za nove načine rješavanja sporova, čime im olakšavaju put postizanja obeštećenja.

Posljednjih godina, budući da je, s jedne strane, u predškolskoj i školskoj dobi propisana obveza za veliki broj cjepiva protiv zaraznih bolesti, a s druge strane, ako dođe do štetne nuspojave, ne postoji jasno uređen okvir odgovornosti, dolazi do nepovjerenja u sustav i stvaranje otpora cijepljenju. Dakle, program bi bio koristan i zbog jasnog definiranja okvira odgovornosti države u slučaju da nešto, što je nametnula pod prijetnjom kazne, pođe po krivu, a bilo bi poželjno i zbog jačanja povjerenja u imunizaciju.

Nadalje, u današnje vrijeme sve je veća tendencija usmjeravanja potencijalnih tužitelja na mirno rješavanje sporova, a programi izvansudske naknade štete zbog nuspojava cijepljenja upravo su jedan od oblika mirnog rješavanja mogućeg spora. Sukladno Zakonu o parničnom postupku, kada je tuženik Republika Hrvatska, postoji i zakonska obveza pokušaja mirenja, koja je čak i procesna pretpostavka za podnošenje tužbe sudu. Mirenje se u tom slučaju *de lege lata* provodi pred nadležnim državnim odvjetništvom. Zbog realne potrebe sudjelovanja medicinskih i drugih stručnjaka u

110 *Op. cit.* (Mello) u bilj. 2., str. 42.; Tucak, I., *Legal and Ethical Justification of Compensation Regarding Compulsory Vaccination Injuries*, *Facta Universitatis, Law and Politics*, vol. 15., br. 2., 2017., str. 145–155, str. 154.

111 Cilj je, prema svemu sudeći, postignut. Godine 1986. protiv jednog proizvođača cjepiva podignuto je 250 tužbi, a nakon toga, do 1997. podignuto je svega četiri tužbe. V. Breen, E. A., *One Shot Deal: The National Childhood Vaccine Injury Act*, *Wm. and Mary L. Rev.*, vol. 41., br. 84., 1999., str. 319.

ovim postupcima, *de lege ferenda* bilo bi poželjno kada bi se neki oblik mirenja vodio pred stručnom komisijom. Pri oformljivanju tijela koje provodi program naknade štete trebalo bi voditi računa o zastupljenosti stručnjaka iz različitih područja, budući da probleme koji se pojavljuju u pružanju zdravstvene usluge, drukčije promatraju liječnici, socijalni radnici, farmaceuti ili pravnici, što njihovo rješavanje čini iznimno složenim zbog potrebe za pomirenjem tih različitih poimanja vrijednosti. Osim toga, *de lege lata*, navedena obveza mirenja postoji samo ako je tuženik Republika Hrvatska, dok drugi potencijalni tuženici nisu obuhvaćeni tom obvezom. Ipak, treba imati na umu da su programi naknade štete u pravilu alternativni načini obeštećenja. Većina zemalja koje imaju programe naknade još od njegovog uvođenja dopuštaju podnositeljima zahtjeva pokretanje građanske tužbe za naknadu štete uz ili umjesto programa.<sup>112</sup> Iako je u pravilu stajalište prakse i znanosti da privremeno ograničavanje prava na podnošenje tužbe sudu prije pokušaja rješavanja spora nekim oblikom mirenja ne ugrožava temeljno ljudsko pravo na pristup sudu,<sup>113</sup> ako se isti cilj može postići blažim sredstvom, primjerice obvezom snošenja troškova postupka bez obzira na uspjeh u parnici, ako se spor mogao riješiti i izvansudski, a stranka je tu mogućnost nerazumno odbila, tada bi to sredstvo trebalo imati prioritet.<sup>114</sup>

Naime, mirenje, pa tako i ovo u obliku programa naknade štete zbog nuspojave cijepjenja, kao procesna pretpostavka dopuštenosti podnošenja tužbe, u odnosu na obvezu snošenja parničnih troškova, veći je oblik ograničenja prava na pristup sudu. Stoga, budući da je moguće ostvarivanje jednakih ciljeva i sankcijom u obliku plaćanja parničnih troškova, takvom bi načinu poticanja stranaka na izvansudsko rješenje spora trebalo dati prednost.<sup>115</sup>

112 Npr. Danska, Francuska, Njemačka, Italija, Japan, Norveška, Quebec, Švicarska, Tajvan i Ujedinjeno Kraljevstvo. V.: Mariner, W. K., *Compensation Programs for Vaccine-related Injury Abroad: A Comparative Analysis*, St. Louis U. L. J., vol. 31., 1987., str. 612.; Evans, G., *Vaccine Injury Compensation Programs Worldwide*, Vaccine, vol. 17., 1999., str. 25–26.

113 V. primjerice presudu Europskog suda za ljudska prava u predmetu *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, Application no. 42527/98, od 12. srpnja 2001. godine i presudu Suda Europske unije u predmetu *Rosalba Alassini v. Telecom Italia SpA* (C-317/08).

114 Knol Radoja, K., *Obvezno mirenje–osvrt na rješenja iz komparativnog i hrvatskog prava*, Pravni vjesnik, vol. 31., br. 2., 2015., str. 111–130, str. 125.

115 *Ibid.*

## LITERATURA

1. Fine, P., Eames, K., Heymann, D. L., *Clinical Infectious Diseases*, vol. 52., br. 7., 2011., str. 911.–916.
2. Mello, M. M., *Rationalizing Vaccine Injury Compensation, Bioethics*, vol. 22., br. 1., 2008., str. 32.–42.
3. Fine, P., Eames, K., Heymann, D. L., *Herd Immunity: A Rough Guide*, Clin. Infect. Dis., vol. 52., br. 7., 2011., str. 911.–916.
4. Silverman, R. D., May, T., *Private Choice Versus Public Health: Religion, Morality, and Childhood Vaccination Law*, U. Md. L. J. Race Relig. Gender & Class, vol. 1., 2001., str. 205.–521.
5. Looker, C., Kelly, H., *No-fault Compensation Following Adverse Events Attributed to Vaccination: A Review of International Programmes*, Bulletin of the World Health Organization, 2011., str. 371.–378.; dostupno na: <http://www.who.int/bulletin/volumes/89/5/10-081901/en/>, pristupljeno: 29. rujna 2017.
6. Keelan, J., Wilson, K., *Balancing Vaccine Science and National Policy Objectives: Lessons From the National Vaccine Injury Compensation Program Omnibus Autism Proceedings*, Am. J. Public Health, vol. 101., br. 11., 2011., str. 2016.–2021.
7. Evans, G., *Vaccine injury compensation programs worldwide*, Vaccine, vol. 17., Supplement 3., 1999., str. 25.–35.
8. Field, R. I., Caplan, A. L., *A Proposed Ethical Framework for Vaccine Mandates: Competing Values and the Case of HPV*, Kennedy Institute of Ethics Journal, vol. 18, br. 2, 2008., 111.–124.
9. Davis, T. C., Fredrickson, D. D., Arnold, C. L., Cross, J. T., Humiston, S. G., Kristen Green, K. W., Bocchini, J. A., *Childhood Vaccine Risk/Benefit Communication in Private Practice Office Settings: A National Survey*, Pediatrics, vol. 107., br. 2., 2001., 1.–11.
10. Hendrix, K. S., Lynne A. Sturm, L. A., Gregory D. Zimet, G. D., Meslin, E. M., *Ethics and Childhood Vaccination Policy in the United States*, Am. J. Public Health, vol. 106., br. 2., 2016., str. 273.–278.
11. Salmon, D. A., Teret, S. P., MacIntyre, C. R., Salisbury, D., Burgess, M. A., Halsey, N. A., *Compulsory Vaccination and Conscientious or Philosophical Exemptions: Past, Present and Future*, Lancet, 2006.; dostupno na: [https://www.researchgate.net/publication/7315037\\_Compulsory\\_vaccination\\_and\\_conscientious\\_or\\_philosophical\\_exemptions\\_Past\\_present\\_and\\_future](https://www.researchgate.net/publication/7315037_Compulsory_vaccination_and_conscientious_or_philosophical_exemptions_Past_present_and_future), pristupljeno 23. listopada 2017.
12. Salmon, D. A., *Mandatory Immunization Laws and the Role of Medical, Religious and Philosophical Exemptions*, dostupno na: <http://www.vaccinesafety.edu/exemptreview101503.pdf>, pristupljeno 23. listopada 2017.
13. Tucak, I., *Obvezno cijepljenje djece: za i protiv*, u: Rešetar, B., Aras Kramar, S., Lucić, N., Medić, I., Šago, D., Tucak, I., Mioč, P., *Suvremeno obiteljsko pravo i postupak*, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2017., str. 137.–165.
14. Bilić, V., *Alternativno rješavanje sporova i parnični postupak*, doktorska disertacija, Zagreb, 2008.
15. Knol Radoja, K., *Alternativno rješavanje medicinskih sporova*, u: Mićović, M. (ur.), *Zbornik XII. Međunarodnog majskog savjetovanja "Usluge i uslužna pravila"*, Kragujevac, 2016., str. 589.–608.
16. Morrison, G., Robson, R., *ADR in Healthcare: The Last Big ADR Frontier?*, dostupno na: <http://www.mediate.com/articles/robmorr1.cfm>, pristupljeno: 3. ožujka 2016.
17. Danzon, P. M., *The Swedish patient compensation system: myths and realities*, International Review of Law and Economics, vol. 14., 1994., str. 453.–466.
18. Davis, P. R., Lay-Yee, J. F. P., Hider, R., Briant, S., Schug, *Compensation for Medical Injury in New Zealand: Does "No-Fault" Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity?*, J. Health Polit Policy Law, vol. 27., 2002., str. 833.–854.

19. Mariner, W. K., *National Vaccine Injury Compensation Program*, *Health Affairs*, vol. 11., br.1., 1992., str. 255.–265.
20. Plotkin, S. A., *Lessons learned concerning vaccine safety*, *Vaccine*, vol. 20., suppl. 1., 2001., str. 16.–19.
21. Weiler, P. C., Hiatt, H. H., Newhouse J. P., et al., *A Measure of malpractice: medical injury, malpractice litigation, and patient compensation*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993.
22. Mehlman, M. J., *Resolving the medical malpractice crisis: Fairness considerations*, *Faculty Publications*, 2003.
23. Balinska, M. A., *Vaccination in tomorrow's society*, *Lancet Infect Diseases*, vol. 3., br. 7., 2003., str. 443.–447.
24. Larson, H. J., Figueiredo, A., Xiahong, Z., Schulz, W. S., Verger, P., Johnston, I. G., Cook, A. R., Jones, N. S., *The State of Vaccine Confidence 2016: Global Insights Through a 67-Country Survey*, *EBioMedicine*, vol. 12., 2016., str. 295.–301., dostupno na: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5078590/>, pristupljeno: 20. veljače 2018.
25. Parmet, W. E., *Informed Consent and Public Health: Are They Compatible When it Comes to Vaccines?*, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 8., br. 1, 2005., str. 71.–110.
26. Hiroki Nakatani, Tadashi Sano, Tsutomu Iuchi, *Review. Development of Vaccination Policy in Japan: Current Issues and Policy Directions.*, *Jpn. J. Infect. Dis.*, vol. 55., 2002., str. 101.–111.
27. Boncz I., Sebestyen A., *Compensation for vaccine injury in Hungary*, *Lancet*, vol. 367., br. 9517., 2006., str. 1144.
28. Sloan, F. A., *The Economics of Vaccines*, u: Danzon, P. M., Sean Nicholson, S., *The Oxford Handbook of the Economics of the Biopharmaceutical Industry*, Oxford University Press, New York, 2012.
29. Evans G., Levine E. M., Saindon E. H., *Legal issues*, u: Plotkin S. A., Orenstein W. A., Offit P. A., *Vaccines*, Saunders Elsevier, Philadelphia, 2008.
30. Tucak, I., *Legal and Ethical Justification of Compensation Regarding Compulsory Vaccination Injuries*. u: Bacher, U. et al. (ur.), *Interdisciplinary Management Research*, Ekonomski fakultet u Osijeku & Hochschule Pforzheim University of Applied Sciences, 2016., str. 783.–800.
31. Tucak, I., *Legal and Ethical Justification of Compensation Regarding Compulsory Vaccination Injuries*, *Facta Universitatis, Law and Politics*, vol. 15., br. 2., 2017., str. 145.–155.
32. Breen, E. A., *One Shot Deal: The National Childhood Vaccine Injury Act*, *Wm. and Mary L. Rev.*, vol. 41., br. 84., 1999., str. 309.–332.
33. Mariner, W. K., *Compensation Programs for Vaccine-related Injury Abroad: A Comparative Analysis*, *St. Louis U. L. J.*, vol. 31., 1987., str. 612.
34. Evans, G., *Vaccine Injury Compensation Programs Worldwide*, *Vaccine*, vol. 17., 1999., str. 25.–26.
35. Knol Radoja, K., *Obvezno mirenje – osvrt na rješenja iz komparativnog i hrvatskog prava*, *Pravni vjesnik*, vol. 31., br. 2., 2015., str. 111.–130.
36. Direktiva Vijeća 85/374/EEZ od 25. srpnja 1985. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode (SL 1985., L 210, str. 29.)
37. Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10., 5/14.
38. Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, *Narodne novine*, br. 79/07., 113/08., 43/09.
39. Obiteljski zakon, *Narodne novine*, br. 116/03., 17/04., 136/04., 107/07., 57/11., 61/11., 25/13., 75/14., 5/15.

40. Zakon o pravima pacijenata, Narodne novine, br. 37/08.
41. Zakon o lijekovima, Narodne novine, br. 76/13., 90/14.
42. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15.
43. Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 25/13., 89/14.
44. Kodeks medicinske etike i deontologije, Narodne novine, br. 55/08.
45. Strategija reforme pravosuđa za razdoblje od 2013. do 2018. godine, Narodne novine, br. 144/12.
46. Protection against infection act (Infektionsschutzgesetz - IfSG), 1045; 20 July 2000. Berlin: Federal Law Gazette; 2000., dostupno na: [http://www.rki.de/cln\\_162/nn\\_217358/EN/Content/Prevention/Inf\\_Dis\\_Surveillance/inf\\_dis\\_down.html?\\_\\_nnn=true](http://www.rki.de/cln_162/nn_217358/EN/Content/Prevention/Inf_Dis_Surveillance/inf_dis_down.html?__nnn=true), pristupljeno: 30. rujna 2017.
47. Dispositif de règlement amiable des dommages imputables à des vaccinations obligatoires (in French). Paris: Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux; 2004., dostupno na: <http://www.oniam.fr/vaccinations.php>, pristupljeno: 30. rujna 2017.
48. Act for the compensation of vaccination damages (Impfschadengesetz, BGBl nr. 371/1973) (in German). Vienna: Bundeskanzleramt; 1973., dostupno na: <http://www.ris.bka.gv.at/Ergebnis.wxe?Suchworte=371%2F1973&x=0&y=0&Abfrage=Gesamtabfrage>, pristupljeno: 30. rujna 2017.
49. The Danish Liability for Damages Act. Copenhagen: Patientforsikringen; 2010., dostupno na: <http://www.patientforsikringen.dk/en/Love-og-Regler/Lov-omklage-og-erstatningsadgang/Behandlingsskader.aspx>, pristupljeno: 30. rujna 2017.
50. The Undertaking (Indemnity rules). Stockholm: Lakemedelsforsakringen (LFF); 2009., dostupno na: <http://www.lakemedelsforsakringen.se/default.asp?id=10822&ptid=>, pristupljeno: 11. rujna 2017.+
51. Federal law from 18 December 1970 on communicable disease control (Epidemics act) 818.101. Berne: Federal Authorities of the Swiss Confederation; 1970. dostupno na: [http://www.admin.ch/ch/d/sr/c818\\_101.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c818_101.html), pristupljeno: 11. rujna 2017.
52. The Regulatory Reform (Vaccine Damage Payments Act 1979) Order 2002, Statutory Instrument 2002 no. 1592. London: Office of Public Sector Information; 2002., dostupno na: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2002/20021592.htm>, pristupljeno: 11. rujna 2017.
53. Finnish Pharmaceutical Insurance Pool [Internet site]. Helsinki: Finnish Pharmaceutical Insurance Pool; 2011., dostupno na: [http://www.lvp.fi/www/page/lvp\\_www\\_2090](http://www.lvp.fi/www/page/lvp_www_2090), pristupljeno: 11. rujna 2017.
54. Accident Compensation Act 1972, s. 2 § amended by Accident Compensation Amendment Act 2001. Wellington: New Zealand Legislation; 2001., dostupno na: <http://www.legislation.govt.nz>, pristupljeno: 11. rujna 2017.
55. Cabinet order no. 197 on implementation of immunization law, Tokyo, 1948., dostupno na: <http://hourei.ndl.go.jp>, pristupljeno: 30. rujna 2017.
56. National Childhood Vaccine Injury Act. 1986, dostupno na: <http://www.hrsa.gov/vaccinecompensation/authorizinglegislation.pdf>, pristupljeno: 30. rujna 2017.
57. Public Health Protection Act, RSQ, chapter S-2.2., dostupno na: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/S-2.2>, pristupljeno: 11. rujna 2017.
58. Law no. 238 of 25 July 1997, modifications and additions to the Law no. 210 of February 25 1992, relating to compensation to those harmed by mandatory vaccinations, blood transfusions and blood products, Rome: Ministry of Health; 1997., dostupno na: <http://www.normattiva.it>, pristupljeno: 11. rujna 2017.
59. Patient Injury Act of 15 June 2001 no. 53, Oslo: Ministry of Health; 2001., dostupno na: <http://www.lovdata.no/all/nl-20010615-053.html>, pristupljeno: 11. rujna 2017.
60. Prevention of Contagious Diseases Act, Law 6162, Seoul: Korean Centers for Disease Control and Prevention; 2009., dostupno na: <http://www.glin.gov/view.action?glinID=70100>, pristupljeno: 11. rujna 2017.



61. *Hungarian Health Code (1997. CLIV)*, dostupno na: <https://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwehun.htm#Health%20Law>, pristupljeno: 11. rujna 2017.
62. Act on patient insurance no. 111/2000. Reykjavik: Ministry of Welfare; 2000., dostupno na: <http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20366>, pristupljeno: 11. rujna 2017.
63. National Vaccine Injury Compensation Program, dostupno na: <https://www.in.gov/isdh/files/VICP.pdf>, pristupljeno 22. rujna 2017.
64. 42 U.S.C.A. § 300aa-21(b), dostupno na: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/300aa-21>, pristupljeno 26. rujna 2017.
65. Zakon o nalezljivih boleznih—uradno prečišćeno besedilo— ZNB-UPB1 (Uradni list RS, št. 33/06 z dne 30. 3. 2006); dostupno na: <https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/72546>, pristupljeno 15. studenog 2017.
66. Zakon o veterinarstvu, Narodne novine, br. 82/13., 148/13.
67. Uputa Ministarstva poljoprivrede—uprave za veterinarstvo i sigurnost hrane od 26. kolovoza 2016. godine o načinu postupanja kod nuspojava nastalih kao posljedica aplikacije cjepiva protiv bolesti kvrgave kože; dostupno na: [http://cijepjenje.info/wp-content/uploads/2016/09/postupanje.kod\\_nuspojave.uputa\\_.pdf](http://cijepjenje.info/wp-content/uploads/2016/09/postupanje.kod_nuspojave.uputa_.pdf), pristupljeno: 10. studenog 2017.
68. Ministarstvo poljoprivrede, dostupno na: <http://www.mps.hr/hr/novosti/mljekarima-isplaceno-19-milijuna-kuna-naknade-zbog-cijepjenja-zivotinja-protiv-bolesti-kvrgave-koze>, pristupljeno 12. studenog 2017.
69. Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske br.: U-I-5418/2008 od 30. siječnja 2014.
70. Odluka Ustavnog suda Republike Slovenije, U-I-127/01, Uradni list RS 25/2004., dostupno na: <https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/2004-01-1089/odlocba-o-ugotovitvi-da-prva-alineja-prvega-odstavka-22--clena-4--tocka-prvega-odstavka-57--clena-in-drugi-odstavak-57--clena-zakona-o-nalezljivih-boleznih-niso-v-neskladju-z-ustavo-in-o-ugotovitvi-neskladnosti-zakona-o-nalezljivih-boleznih-z-ustavo>; pristupljeno: 25. studenog 2017.
71. Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske br. Rev 79/07-2 od 10. lipnja 2009.
72. Primjeri nekoliko stranih i domaćih presuda dostupni su na: <http://www.cijepjenje.info/pravni-kutak/presude/>, pristupljeno: 15. studenog 2017.
73. Odluka VSRH br. Gzp 170/08-8 od 21. prosinca 2009. godine
74. Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske br. Rev 785/05-2 od 22. ožujka 2006. godine
75. Presuda Suda Europske unije C621/15, *W and Others v Sanofi Pasteur MSD SNC*, 21 June 2017.
76. Presuda Suda Europske unije u predmetu *Rosalba Alassini v. Telecom Italia SpA (C-317/08)*.
77. *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, Application no. 42527/98, od 12. srpnja 2001. godine
78. *State of the world's vaccines and immunization*, 3rd ed. Geneva: World Health Organization; 2009.; dostupno na: [http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241563864\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241563864_eng.pdf), pristupljeno: 23. studenog 2017.
79. Legal dictionary, dostupno na: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Informed+Consent>, pristupljeno: 11. rujna 2017.
80. Hrvatski zavod za javno zdravstvo, dostupno na: <https://www.hzjz.hr/sluzba-epidemiologija-zarazne-bolesti/nuspojave-cijepjenja-u-hrvatskoj/>, pristupljeno 21. veljače 2018.

**Katarina Knol Radoja\***

## Summary

**VACCINE INJURY COMPENSATION**

The recommendation of the majority of medical experts is regular preventive protection from infectious diseases, primarily through vaccination. However, like any other medical procedure and this entails certain risks, which sometimes can be fatal. In this case, the damaged individual and/or his family members, under certain conditions, may be entitled to compensation. However, when the compensation is claimed by a court, injured parties face a long-lasting judicial proceedings and expensive process of proving the causal connection between damage in the form of illness or death and received vaccine. Apart from inconvenience to the injured party, these court proceedings often represent negative publicity and a huge financial burden to the defendant, which is why there were delays in the supply of vaccines. Therefore a number of states have designed compensation programmes for serious injury or death due to the side effects of vaccination. The aim of the research is therefore focused on the analysis and recommendation of the programme of compensation for damage due to side effects of vaccination as an alternative dispute resolution opposed to the long-lasting and expensive civil litigation, except for rationalization of costs and reductions of the workload of the courts. The introduction of a vaccine injury compensation programme in the Republic of Croatia is especially advisable because vaccination is legally mandatory. In other words, although patients in the Republic of Croatia have general right to an informed consent before a medical intervention, when it comes to preventive vaccination, they have no choice. Furthermore, by forming the body conducting the programme we should remain careful and compile it with professionals from different areas of interest so that they can objectively examine adverse event from all perspectives, without favoring one side.

**Key words:** *Alternative Dispute Resolution, Vaccine Injury Compensation Program, Medical Disputes, Informed Consent.*

---

\* Katarina Knol Radoja, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of J. J. Strossmayer in Osijek; kknol@pravos.hr.

## Zusammenfassung

# ERSATZ DES DURCH DIE IMPFUNG VERURSACHTEN SCHADENS

Die meisten Ärzte empfehlen regelmäßige Vorbeugung von Infektionskrankheiten, vor allem durch die Impfung. Trotzdem trägt dieses medizinische Verfahren, wie auch alle anderen, bestimmte Risiken, die manchmal fatal sein können. In diesem Fall sind der Geschädigte und/oder seine Familie unter bestimmten Voraussetzungen zum Schadenersatz berechtigt. Falls sie aber zum Schadenersatz durch das Gerichtsverfahren zu erlangen versuchen, werden sie mit einem langen und teuren Verfahren der Nachweisung der Kausalität zwischen dem Schaden in Form der Krankheit oder des Todes und der bekommenen Impfung konfrontiert. Neben der Ungünstigkeiten für den Geschädigten rücken diese Verfahren auch den Schädiger in ein schlechtes Licht und stellen für ihn eine große finanzielle Belastung dar, weshalb sie oft zum Ausfall der Impfungsversorgung führen. Aus diesem Grund wurden in zahlreichen Staaten Programme des Schadenersatzes für schwere Verletzungen oder Tod wegen Nebenwirkungen der Impfung ausgearbeitet. Deshalb ist es das Ziel dieser Forschung diese Programme zu analysieren und ihre Empfehlungen zu erörtern, weil sie im Unterschied zum langen und teuren Zivilprozess einen alternativen Weg zum Schadenersatz darstellen. Außer wegen der Kostenrationalisierung und der Entlastung von Gerichten wird die Einführung von Programmen des Schadenersatzes wegen Nebenwirkungen der Impfung in der Republik Kroatien stark empfohlen, weil es hier für bestimmte Impfungen eine gesetzliche Impfpflicht besteht. Mit anderen Worten, obwohl die Patienten in der Republik Kroatien das Recht auf informierte Einwilligung vor einem medizinischen Eingriff haben, haben sie bei der Impfung keine Wahlfreiheit. Ebenfalls empfiehlt es sich, dass das für die Ausarbeitung des Programms zuständige Körper aus Experten in unterschiedlichen Bereichen besteht, so dass sie möglichst objektiver und aus allen Perspektiven den Schadenfall betrachten können, um die Begünstigung nur einer Partei zu vermeiden.

**Schlüsselwörter:** *alternative Streitbeilegung, Programme des Schadenersatzes wegen Nebenwirkungen der Impfung, medizinische Streitigkeiten, informierte Einwilligung.*

## Riassunto

**IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA VACCINAZIONE**

La maggioranza degli esperti medici raccomanda la profilassi preventiva contro le malattie infettive mediante somministrazione di vaccini. Nondimeno, come ogni altra procedura medica, anche questa comporta determinati rischi, che in alcuni casi possono essere anche dall'esito fatale. In tale caso il singolo danneggiato e/o i membri della sua famiglia, a determinate condizioni, possono avere diritto al risarcimento del danno. Tuttavia, quando tentano di soddisfare le pretese risarcitorie per le vie giudiziali, si trovano a dovere affrontare un procedimento lungo e costoso volto a dimostrare il nesso di causalità tra il danno sotto forma di patologia o di decesso e la somministrazione del vaccino. A parte gli svantaggi a carico della parte danneggiata, questi procedimenti giudiziari spesso sono fonte di pubblicità negativa e di un grande peso finanziario anche per la parte convenuta, in ragione del quale è capitato che ci fosse un blocco delle forniture di vaccini. Per questo motivo in molti paesi sono stati ideati programmi di risarcimento del danno da gravi lesioni o da morte a causa degli effetti collaterali del vaccino. Lo scopo dell'indagine è pertanto concentrato sull'analisi e sul sostegno del programma di risarcimento del danno a seguito degli effetti collaterali del vaccino, quale, rispetto ad una lunga e costosa causa civile, metodo alternativo di risarcimento. Tranne che per la razionalizzazione dei costi e per lo sgravio dei tribunali, l'introduzione del programma di risarcimento del danno da effetti collaterali dei vaccini nella Repubblica di Croazia sarebbe opportuna anche per il fatto che ivi la vaccinazione è obbligatoria per legge. In altre parole, benché i pazienti nella Repubblica di Croazia abbiano il diritto generale al consenso informato prima di una qualsiasi procedura medica, quando si tratta di una procedura preventiva di vaccinazione non hanno diritto di scelta. Ancora, in occasione della costituzione dell'organo che segue i programmi occorre rimanere cauti e comporlo di esperti provenienti da diversi campi, affinché possano mantenere una visione oggettiva circa l'evento dannoso da tutte le prospettive, anziché favorire una sola delle parti.

**Parole chiave:** *risoluzione alternativa delle controversie, programmi di risarcimento a causa degli effetti collaterali da vaccinazione, controversie mediche, consenso informato.*

## SUDSKA ZAŠTITA PRAVA POTROŠAČA – (NAJ)BOLJI PUT?

Doc. dr. sc. Paula Poretti\*

UDK 347.451.031:366.56  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.18>  
Ur.: 30. siječnja 2018.  
Pr.: 16. veljače 2018.  
Pregledni znanstveni rad

### Sažetak

*Jedno od otvorenih pitanja u raspravama o smjeru razvoja politike zaštite potrošača na EU razini jest pitanje učinkovitosti mehanizama kojima se ostvaruju i štite prava potrošača u nacionalnim pravnim sustavima država članica. Mjere i aktivnosti EU zakonodavca dovele su tako do situacije da su pravozaštitni mehanizmi trenutno gotovo 'konkurirajući', što objektivno otvara potrebu preispitivanja u kojoj se mjeri njihove funkcije preklapaju odnosno, je li moguće detektirati (naj)bolji put ostvarenja zaštite prava potrošača. Analiza u radu polazi od okolnosti da se politika zaštite potrošača razvija(la) u okviru mjera koje služe unaprjeđenju unutrašnjeg tržišta i harmonizaciji prava s jedne, te prepoznate potrebe zaštite potrošača kao društvenopolitičkog cilja, s druge strane. U tom smislu, ključno o čemu rad raspravlja i pokušava zaključiti jest može li se najnoviji razvoj na području zaštite potrošača, uključujući recentne odluke Suda Europske unije interpretirati kao odraz tendencije da se djelotvorna sudska zaštita (individualnih) prava potrošača ipak, odnosno ponovno postavi kao prioritet. U prvom dijelu rada prikazat će se dosadašnji razvoj i primjena mehanizama koji predstavljaju svojevrsan alternativni put ostvarenju pravne zaštite potrošača u odnosu na postupak pred sudom. Potom, u drugom dijelu rada razmatrat će se li sve prisutniji fokus na sudsku zaštitu prava potrošača na EU razini naznaka 'uspjelog eksperimenta koji je rezultirao neočekivanim ishodom'. Potrebna će se argumentacija priskrbiti, između ostalog osvrtnjem na trend 'proceduralizacije' odnosno 'europeizacije' nacionalnoga potrošačkog prava u praksi Suda Europske unije. Osobito će se analizirati utjecaj djelovanja odredbe članka 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima te njegovog zahtjeva za osiguranje učinkovite zaštite postupovnih prava pojedinaca u postupcima pred sudovima država članica. Istovremeno, u obzir će se uzeti i najnovije aktivnosti Europske komisije usmjerene na postupanje nacionalnih sudova te uklanjanje postojećih barijera u njihovom radu u pružanju sudske zaštite potrošačima.*

\* Dr. sc. Paula Poretti, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku; pporetti@pravos.hr.

**Ključne riječi:** *potrošač, sudska zaštita individualnih prava, alternativno rješavanje potrošačkih sporova, kolektivna pravna zaštita, Sud EU-a.*

## 1. UVOD

Nedvojbeno, jedno od otvorenih pitanja u raspravama o smjeru razvoja politike zaštite potrošača na razini EU-a jest pitanje učinkovitosti mehanizama kojima se ostvaruju i štite prava potrošača u nacionalnim pravnim sustavima država članica. Nije riječ o novoj pojavi, već o pitanju koje je aktualizirala okolnost da je u jednom trenutku postojao određeni broj inicijativa koje su rezultirale ili u zadiranju u postojeće instrumente na nacionalnoj razini ili razvoju novoga instrumentarija za zaštitu interesa potrošača na razini EU kojega su države članice bile dužne implementirati u nacionalno zakonodavstvo. Mjere i aktivnosti EU zakonodavca dovele su tako do situacije da su pravozaštitni mehanizmi trenutno gotovo 'konkurirajući', što objektivno otvara potrebu preispitivanja u kojoj se mjeri njihove funkcije preklapaju odnosno, je li moguće detektirati (naj)bolji put zaštite prava potrošača, u smislu njegove postupovne djelotvornosti u provedbi prava potrošača u okviru nacionalnoga pravnog sustava. Tomu u prilog govore najnoviji podatci potrošačkog semafora EK za 2017. godinu<sup>1</sup> prema kojima su potrošači u prvom redu podnosili pritužbe trgovcima ili pružateljima usluga (50 %, značajan pad od 12.5 postotaka u odnosu na 2014.), određeni broj obratio se javnim tijelima (6.5 %), postupak ARPS-a pokrenulo je tek manji broj potrošača (3.7 %), a tek vrlo mali broj potrošača odlučio se na pokretanje postupka pred sudom (1.2 %).<sup>2</sup>

Analiza u radu polazi od okolnosti da se politika zaštite potrošača razvija(la) u okviru mjera koje služe unaprjeđenju unutrašnjeg tržišta i harmonizaciji prava s jedne, te prepoznate potrebe zaštite potrošača kao društvenopolitičkog cilja, s druge strane. U tom smislu, ključno o čemu rad raspravlja i pokušava zaključiti jest može li se najnoviji razvoj na području zaštite potrošača, uključujući recentne odluke Suda Europske unije (dalje: Sud EU), interpretirati kao odraz tendencije da se djelotvorna sudska zaštita (individualnih) prava potrošača ipak odnosno ponovno postavi kao prioritet.

U prvom dijelu rada prikazat će se dosadašnji razvoj i primjena mehanizama koji predstavljaju svojevrsan alternativni put ostvarenju pravne zaštite potrošača u odnosu na postupak pred sudom. Naime, vođen idejom da specifična obilježja odnosa između potrošača i trgovca traže rješenja koja odstupaju od 'redovnog puta' ostvarenja pravne zaštite pred sudom, u tekućem programskom razdoblju EU zakonodavac uvelike se zalagao za korištenje europske pravosudne mreže za sporove

1 European Commission Directorate-General Justice and Consumers, Consumers Conditions Scoreboard "Consumers at home in the Single Market", Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017., str. 66. (dalje: Potrošački semafor iz 2017.) <[https://ec.europa.eu/commission/news/commission-publishes-2017-eu-justice-scoreboard-2017-apr-10\\_en](https://ec.europa.eu/commission/news/commission-publishes-2017-eu-justice-scoreboard-2017-apr-10_en)> 10.01.2018.

2 Ibid., str. 8.

male vrijednosti, alternativno rješavanje sporova te *online* rješavanje sporova.<sup>3</sup> Čak je i kolektivna pravna zaštita, premda u određenim svojim obilježjima specifična i posebno prilagođena za ostvarivanje potrošačkih prava, ali ipak mehanizam za ostvarenje zaštite u postupku pred sudom, bila zapostavljena.<sup>4</sup> U tom smislu, najprije ćemo ispitati pravozaštitni potencijal izvansudskog (alternativnog) i *online* rješavanja potrošačkih sporova te mehanizama kolektivne pravne zaštite u ostvarenju pravne zaštite potrošača. Potom, u drugom dijelu rada razmatrat ćemo je li sve prisutniji fokus na sudsku zaštitu prava potrošača na EU razini naznaka 'uspjelog eksperimenta koji je rezultirao neočekivanim ishodom'. Potrebnu ćemo argumentaciju priskrbiti, između ostalog i osvrtanjem na trend 'proceduralizacije' odnosno 'europeizacije' nacionalnog potrošačkog prava u praksi Suda Europske unije (dalje: Sud EU). Osobito će se analizirati utjecaj djelovanja odredbe članka 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima<sup>5</sup> (dalje: Povelja EU o temeljnim pravima) te njegovog zahtjeva za osiguravanje učinkovite zaštite postupovnih prava pojedinaca u postupcima pred sudovima država članica. Istovremeno će se uzeti u obzir i najnovije aktivnosti Europske komisije (dalje: EK) usmjerene na postupanje nacionalnih sudova te uklanjanje postojećih barijera u njihovom radu u pružanju sudske zaštite potrošačima.

## **2. (NE)DJELOTVORNOST MEHANIZAMA ZA OSTVARENJE PRAVNE ZAŠTITE POTROŠAČA ALTERNATIVNIH SUDSKOM POSTUPKU**

Budući da se pojam alternativnog rješavanja potrošačkih sporova (dalje: ARSP) veže za mehanizme kojima se izvansudskim putem ostvaruje zaštita prava potrošača, dok kolektivna pravna zaštita pretpostavlja (barem kada je riječ o modelu predviđenom u hrvatskom pravnom sustavu) pružanje (apstraktne) pravne zaštite interesa potrošača u postupku pred sudom, naočigled, njihovo svrstavanje u istovjetnu kategoriju, čini se bez osnove. Ipak, ovdje će se pod pojmom 'mehanizama alternativnih sudskom postupku' uzimati u obzir mehanizmi usmjereni na ostvarenje zaštite izvan 'redovnog puta' sudskog ostvarenja zaštite prava potrošača u individualnom sudskom postupku. Postoje razlozi koji opravdavaju ovakvu usporedbu. Tako treba uzeti da su se mehanizmi ARPS-a te kolektivna pravna zaštita u državama članicama EU-a razvijali kao svojevrsan 'odgovor' na poteškoće koje se javljaju u ostvarenju zaštite prava potrošača u postupku pred sudom. Naime, prema rezultatima potrošačkog semafora

3 Vidi Program zaštite potrošača za razdoblje 2014-2020 (A European Consumer Agenda-Boosting confidence and growth) te naglasak na razvoj mehanizama izvansudskog (alternativnog) i *online* rješavanja sporova. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and the Social Committee and the Committee of the Regions, A European Consumer Agenda – Boosting confidence and growth, COM(2012) 225 final.

4 Donesena je Preporuka Komisije 2013/396/EU od 11. lipnja 2013. o zajedničkim načelima postupaka kolektivne zaštite pokrenute tužbama na propuštanje i radi naknade štete u državama članicama koje se tiču povreda prava zajamčenih pravom EU, Službeni list EU L 201/60, 26.7.2013. (dalje: Preporuka iz 2013. godine) kao neobvezujući dokument, te do sada nije bilo drugih aktivnosti na ovom području.

5 Povelja Europske unije o temeljnim pravima, Službeni list EU C 202/389, 7.6.2016.

iz 2017. godine, usprkos osnovanosti tražbine, trećina potrošača u 2016. godini nije pokrenula postupak protiv trgovca odnosno pružatelja usluga, što je porast u odnosu na 2014. godinu (+ 6.1.). Glavni su razlozi mala vrijednost tražbine (34.6 %) te potencijalno predugo trajanje postupka (32.6 %). Stoga se podjednako, uvođenjem mehanizama ARSP-a i kolektivne pravne zaštite, željelo postići jednostavnije, brže i jeftinije provođenje postupka koji će rezultirati u odluci kojom se pruža zaštita interesa potrošača.<sup>6</sup>

Čini se kako je donedavno na razini EU-a više pažnje bilo usmjereno na mehanizme ARSP-a, koje se smatralo adekvatnijim načinom ostvarenja potrošačkih interesa. Naime, za razliku od mehanizama ARSP-a koji su usmjereni na ostvarenje individualnog interesa potrošača, kolektivna je pravna zaštita u većoj mjeri orijentirana prema pružanju zaštite *in abstracto*. U tom smislu, u postupku kolektivne pravne zaštite kojega pokrenu legitimirana tijela i osobe pruža se zaštita onih interesa potrošača koji oni najčešće, zbog male vrijednosti tražbine u odnosu na troškove postupka, straha od šikaniranja ili jačeg (ekonomskog) položaja protustranke, ne bi imali interesa pokrenuti samostalno (*rationales Desinteresse*, racionalna apatija).<sup>7</sup> Upravo okolnost da se sadržaj pružene pravne zaštite u postupku kolektivne pravne zaštite redovito očituje u nalaganju propuštanja određenog postupanja te zabrani takvog ili sličnog postupanja ubuduće, dok je naknadu štete potrebno ostvarivati u naknadno pokrenutom individualnom sudskom postupku, razlogom je dvojbi u teoriji<sup>8</sup> i praksi o njihovu pravozaštitnom potencijalu, što je EK pružilo dostatno argumenata za njezino marginaliziranje u proteklom razdoblju. Najnovije najave i tendencije EK-a vezano za uređenje kolektivne pravne zaštite na razini EU-a<sup>9</sup> ipak daju povoda za zaključak

6 Usporedi Cauffmann, C., *Critical remarks on the ADR Directive*, Maastricht, Maastricht European Private Law Institute Working Paper, br. 2016/13, str. 2.; Petrašević, T., Poretti, P., *Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj s posebnim osvrtom na ugovore sklopljene izvan poslovnih prostorija ponuditelja i ugovore na daljinu*, Sarajevo, Društveni ogledi, 3(2016)1, str. 31.

7 Usporedi Poretti, P., *Kolektivna pravna zaštita u parničnom postupku* (doktorska disertacija), Zagreb, 2014., str. 44. S obzirom na način na koji se vode i redovito okončavaju postupci protiv velikih tvrtki, kolektivna pravna zaštita ključna je za ostvarenje temeljnog “prava na učinkovito pravno sredstvo” (čl. 47. Povelje EU o temeljnim pravima). Troškovi i rizici podnošenja tužbe protiv velikih trgovaca mogu imati odvratajući učinak na prosječnog pojedinca, a uključuju iznimno skupa vještačenja, duža razdoblja plaćanja visokih odvjetničkih troškova, kao i konačno, opravdani strah od financijske propasti u slučaju gubitka spora. Stoga je za one čija su prava povrijeđena ili ugrožena kolektivna pravna zaštita jedini put ostvarenja prava na pristup pravosuđu, s obzirom na podjelu rizika i mogućnost udruživanja resursa. Tu je interpretaciju, između ostalog, dao Belgijski parlament, pri uvođenju vlastitog mehanizma kolektivne pravne zaštite, osobito naglašavajući kompatibilnost kolektivne pravne zaštite i prava na pristup pravosuđu. *Belgian Court Rules on recognition of U.S. Class Action Settlements* <<https://www.lexgo.be/en/papers/judicial-law/civil-procedure/belgian-court-rules-on-recognition-of-sclassaction-settlements,113101.html>>, 7. lipnja 2017., 10. siječnja 2018.

8 Vidi Harsagi, V., van Rhee, C.H., (ur.), *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, Maastricht, Intersentia, 2014.

9 Vidi Studiju EK o implementaciji Preporuke iz 2013. godine (Commission Report on the implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on collective redress) čija je objava najavljena uskoro u dokumentu *Inception impact assessment 'A New Deal for*



o relevantnosti njezinog uključivanja u analizu efikasnosti mehanizama u pružanju djelotvorne pravne zaštite koja se provodi u radu.<sup>10</sup>

Pritom, pojam 'efikasnosti' mehanizama u provedbi djelotvorne zaštite potrošača u postupcima pred nacionalnim sudovima i drugim tijelima u radu će se koristiti na način kako ga razumije procesnopravna teorija, dok će se o usklađenosti nacionalnih sustava država članica sa zahtjevima 'učinkovitosti' i 'ekvivalentnosti' u pravu EU-a tek podredno govoriti, u mjeri koliko je to potrebno da bi se naglasio njihov međudnos. Procesnopravna teorija tako polazi od pretpostavke da pravnoj zaštiti koja se pruža u nacionalnom postupku treba djelotvornost (*Effektivität*) koja se procjenjuje nizom kriterija, među kojima je i 'efikasnost', koja nalaže da se postupak provede uz minimalni utrošak rada, sredstava i vremena.<sup>11</sup>

Na razini prava EU-a, zahtjev učinkovitosti pravne zaštite proizlazi iz odredbe članka 19. Ugovora o Europskoj uniji da države članice osiguravaju pravne lijekove (sredstva)<sup>12</sup> dostatne za osiguranje učinkovite pravne zaštite u područjima obuhvaćenima pravom EU-a. Njegovo se djelovanje sastoji u tomu da se na razini država članica učine dostupni određeni postupci u kojima će se moći dosuditi mjere kojima će se na adekvatan način otkloniti povrede prava potrošača koja su zajamčena pravom EU-a. Na njega se nadovezuje zahtjev koji u svojoj judikaturi postavlja Sud EU-a, a tiče se učinkovite postupovne zaštite materijalnih prava potrošača koja izvire iz brojnih direktiva potrošačkog prava EU-a, s kojima je domaće pravo usklađeno, o čemu nacionalni sud mora voditi računa pri primjeni vlastitog nacionalnog postupovnog prava.<sup>13</sup> U svojoj biti, on objedinjuje test 'učinkovitosti i ekvivalentnosti'

---

Consumers-revision of the Injunctions Directive', Ref. Ares(2017)5324969 - 31/10/2017. (dalje: Impact assessment).

- 10 Inicijativa EK će se temeljiti na istraživanju prikladnosti europskog potrošačkog prava za zaštitu potrošača 'Fitness Check of EU Consumer and Marketing law' te procjeni implementacije Preporuke iz 2013. godine. Namjera je osigurati da se usporedno s "ciljanim izmjenama direktiva iz područja potrošačkog prava" osiguraju osnažena postupovna pravila za nacionalne i prekogranične povrede kojima se povrjeđuju kolektivni interesi potrošača. Obje inicijative bit će predstavljene kao paket koji doprinosi postizanju učinkovite primjene europskog potrošačkog prava kroz istovremeno: (1) poboljšanje javnopravnog puta ostvarenja pomoću kazni koje su učinkovite, proporcionalne i imaju odvratajući učinak, (2) osiguranje dostupnosti pravnog sredstva onima čija su prava povrijeđena nepoštenim poslovnim praksama na razini EU i (3) poboljšanje postupovnih mehanizama kojima se zaustavljaju povrede kojima se šteti kolektivnim interesima potrošača i uklanjanju njihovog učinka, uključujući mehanizme koje podnose potrošači. Impactassessment, str. 1.
- 11 Uzelac, A., *Kann die Effizienz der Justiz gemessen werden? –Versuch eines Vergleichs der europäischen Justiz systeme u: Gottwald, Effektivität des Rechsschutzes vor statlichen und privaten Gerichten, Bielefeld (Giesecking), 2006., str. 42.*
- 12 Ovdje bi svakako prikladnije bilo koristiti pojam 'pravno sredstvo' negoli u hrvatskoj jezičnoj verziji Ugovora o EU upotrebljenom pojmu 'pravni lijekovi', budući da se taj pojam u procesnopravnoj teoriji shvaća kao *parničnu radnju stranke ili druge ovlaštene osobe kojom od nadležnog suda traži da ukine ili da preinači odluku suda za koju tvrdi da je za nju nepovoljna, nepravilna i nezakonita*. Triva, S., Dika, M., *Gradansko parnično procesno pravo, Narodne novine, 2004., str. 658.*
- 13 Vidi tako Miščenić, E., Malnar Butorac, V., *Online rješavanje potrošačkih sporova, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. 8, br. 1, 2017., str. 135.*

nacionalnoga postupka (odnosno pravnoga sredstva ili puta kojim je u državi članici osigurano ostvarenje standarda pravne zaštite zajamčene potrošačima u pravu EU-a, a koji su preuzeti i u nacionalni pravni sustav). Pritom se 'učinkovitost' ogleda u zahtjevu da nacionalni postupak predviđen za ostvarenje prava potrošača proizašlih iz prava EU-a ne čini zaštitu tih prava nemogućom ili pak prekomjerno otežanom u praksi, a 'ekvivalentnost' zahtjev da uređenje postupanja ili provođenje postupka pred sudom odnosno tijekom kojemu je postupanje povjereno nije nepovoljnije od onoga u okviru kojega se ostvaruju slična ili ista prava potrošača predviđena nacionalnim pravom.<sup>14</sup> Na određeni način, 'učinkovitost' u pravu EU-a mogla bi se pojednostavljeno objasniti parafrazirajući Mak u vezi s judikaturom Suda EU-a, da je riječ o mogućnosti pravnih subjekata (bilo da govorimo o fizičkim ili pravnim osobama, a ovdje konkretno o potrošačima) da se u ostvarenju svojih prava zajamčenih pravom EU-a s kojim je ujednačeno nacionalno pravo, oslone na nacionalne sudove ili druga tijela uspostavljena u državi članici.<sup>15</sup> Pojednostavljeno, 'ekvivalentnost' bi pretpostavljala da nacionalni sudac mora *ex officio* primijeniti odredbe EU prava kad god nacionalno postupovno pravo predviđa *ex officio* obvezu suda na primjenu materijalnog prava.<sup>16</sup> Na određeni način moglo bi se reći da se kroz zahtjev 'učinkovitosti' u pravu EU postiže prvi korak, odnosno u državama članicama osigurava dostupnost pravnoga sredstva kojim se ostvaruju prava zajamčena potrošačkim pravom EU, dok se stvarna djelotvornost pravne zaštite zajamčene takvim 'zahtjevom' realizira u drugom koraku, odnosno na razini nacionalnog pravnog sustava, uspostavljanjem efikasnih nacionalnih postupaka. Premda je Sud EU u pojedinim predmetima proširio i uvećao ovlasti (koje prema nacionalnim postupovnim pravilima ima nacionalni sud) da *ex officio* preispita poštenost ugovornih odredaba, temeljeći ove intervencije na načelu 'učinkovitosti' (i *ex officio*), ipak je u tome načelo 'učinkovitosti' ograničeno svrhom, ulogom i položajem toga konkretnog pravila sukladno njegovu određenju u nacionalnom postupovnom pravu.<sup>17</sup> Tome u prilog govori i stajalište EK-a u pogledu nemogućnosti da se bavi pritužbama građana država članica da im u ostvarenju prava u postupku pred sudom nije pružena dostatna pomoć niti im je omogućen pristup besplatnoj pravnoj pomoći, zatim pritužbi u pogledu duljine ili troškova postupka koji su onemogućili adekvatan pristup pravosuđu, korumpiranosti te povredama načela ravnopravnosti i procesne ravnoteže stranaka (jednakost "oružja") te neovisnosti nacionalnih sudova i prava na pravično suđenje.<sup>18</sup> Naime, EK dajući odgovore na dostavljene pritužbe naglasila je kako se konkretnim postupovnim aspektima ne može baviti, budući da ona pripadaju

14 Mak, C., Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters, u: Micklitz, H-W., (ur), *Collected Courses EUI Summer School 'The Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, str. 5.<<http://ssrn.com/abstract=2126551>>, 14.01.2018.

15 Ibid., str. 13.

16 European Commission, Evaluation Study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law, JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082, European Union, 2017., str. 192. (dalje: Evaluacijska studija iz 2017. godine).

17 Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 194.

18 Ibid., str. 23.

u nadležnost država članica. Stvarna postupovna efikasnost u pružanju djelotvorne pravne zaštite pretpostavlja uspostavu uravnoteženih i koherentnih postupovnih mehanizama na nacionalnoj razini, usmjerenih na ostvarenje (provedbu) prava, koji je lišen svake kompleksnosti i nepotrebnoga troška, pouzdan je i omogućuje pravično rješenje spora u kratkome roku.<sup>19</sup> Upravo kroz prizmu efikasnosti dostupnih mehanizama za ostvarenje djelotvorne pravne zaštite Europska komisija za efikasnost pravosuđa (dalje: CEPEJ)<sup>20</sup> promatra funkcioniranje nacionalnih pravosudnih sustava, ocjenjujući sposobnost proizvođenja čim većeg broja odluka; procesiranja što većeg broja predmeta; na vođenje postupaka u što kraćem roku; ili pak na čim manju cijenu rada pravosuđa. Pri tome, CEPEJ podcrtava da ograničavanje na ove čimbenike, bez obzira na kvalitetu i djelotvornost rada pravosuđa, kao i na stupanj društvenog zadovoljstva radom pravosuđa može u cijelosti promašiti osnovni zadatak – osiguranje pravosuđa koje na najbolji mogući način zadovoljava interese građana. Pravosuđe može rješavati milijune predmeta, pa svejedno ne biti učinkovito; tisuće donesenih odluka, čak i ako nisu pogrešne, mogu biti statistički uspjeh, no ne moraju ostvariti svrhu pravosuđenja; postupci mogu trajati kratko, no ako je rezultat slabe kvalitete, on može potaknuti još snažnije nezadovoljstvo; cijena rada pravosuđa može biti niska, no rezultat svejedno može biti katastrofalan. Pri oblikovanju pitanja, zato se, kako i proizlazi iz pristupa CEPEJ-a, pozornost treba obratiti i na one elemente koji bi mogli poslužiti kao indikacija kvalitete rada i djelotvornosti pravne zaštite.<sup>21</sup> Stoga, promatrano s procesnopravnoga aspekta, primjerice o mehanizmima za ARPS kao mnogo 'učinkovitijem' sredstvu zaštite prava potrošača od sudskog puta, ne bi trebalo zaključivati isključivo na podlozi njihove brzine ili okolnosti da predstavljaju jeftiniji postupak rješavanja sporova.<sup>22</sup>

Za promatranje odnosa između zahtjeva 'učinkovitosti' u pravu EU-a i 'čisto' postupovne efikasnosti mehanizma, za koju su odgovorni nacionalni pravosudni

19 Eidenmüller, H., Fries, M., *Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe* u: Micklitz, H-W. Wechsler, A., (ur.), *The Transformation of Enforcement: European Economic Law in Global Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2016., str. 102.

20 Europska komisija za efikasnost pravosuđa (dalje: CEPEJ) CEPEJ je osnovan 18. rujna 2002. godine kao permanentno tijelo Vijeća Europe, a sastavljen je od eksperata iz 46 država članica. Njegovi osnovni njegovi zadatci jesu: komparativna analiza rezultata raznih pravosudnih sustava; izrada zajedničkih statističkih kriterija i drugih sredstava evaluacije; analiza problematičnih područja u kojima je potrebno poboljšati situaciju; te definirati konkretna sredstva za poboljšanje evaluacije i funkcioniranje zemalja članica Vijeća Europe. Područje rada CEPEJ-a obuhvaća i građansko i upravno i kazneno pravosuđe. U svome radu CEPEJ se nastoji povezati s korisnicima pravosudnih sustava: građanima i nevladinim organizacijama, a surađuje i s međunarodnim organizacijama i udrugama koje obuhvaćaju pojedine pravne profesije (suče, državne odvjetnike, odvjetnike, Rechtspflegere, sudske ovršitelje i sl.). Usp. Kod Uzelca *Albers*, *The role of the CEPEJ in promoting the efficiency of justice*, u: *Implementation of Human Rights: The Efficiency of Justice in the Council of Europe and its Member States*, Leiden, 2004., str. 51-56.; v. i <http://www.coe.int/cepej> (Presentation). Tako Uzelac, op. cit., str. 50.

21 Ibid.

22 Tako kod Mišćenić i Butorac Malnar o učinkovitost mehanizama ARPS-a u odnosu na sudski postupak zaključuje se isključivo na podlozi troškovne učinkovitosti te pretpostavke o brzini kojom se sporovi mogu riješiti tim putem. Mišćenić, E., Butorac Malnar, V., op. cit., str. 135.

sustavi država članica pri njihovu uređenju ali i kasnijem praćenju njihova funkcioniranja u provedbi zajamčenih prava, od značaja je da je teorija uočila pomak u transformaciji zahtjeva učinkovite pravne zaštite od 'općeg postulata EU-a prava' do temeljnog (postupovnog) prava primjenjivog u odnosu na institucije EU-a i države članice koje su uskladile nacionalno zakonodavstvo sa onim EU.<sup>23</sup> Naime, u ranijoj judikaturi Suda EU-a *ex officio* obveza primjene pravila zajamčenih Direktivom 93/13 odražavala je načela 'ekvivalentnosti' i 'učinkovitosti'. Međutim, u novijoj judikaturi ostvaruje se kao zasebno načelo postupovnog potrošačkog prava EU. Istovremeno, *ex officio* obveza od strane Suda EU tumači se čak i kao načelo koje osigurava učinkovitu sudska zaštitu.<sup>24</sup> Konkretno, u judikaturi Suda EU zamijećene su dvije dimenzije koje donosi interpretacija odredbe članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima, prva koja se tiče postupovnog zahtjeva osiguranja prava na pristup pravosuđu te druga koja je usmjerena na otklanjanje nedostataka učinkovitih pravnih sredstava. Pritom, pravna teorija ne dvoji o međudjelovanju između članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima te zahtjeva 'učinkovitosti' pravne zaštite čije osiguranje traži pravo EU-a.<sup>25</sup> No, zbog činjenice da se djelovanje članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima sastoji u osiguranju temeljnih (postupovnih) prava, odnosno učinkovite sudske zaštite<sup>26</sup>, njegov se učinak čak 'prelijeva' i preko granica postupovne autonomije država članica, zadirući u postupovni instrumentarij države članice. Premda je i pravna teorija zamijetila tendenciju Suda EU-a da koristi načelo učinkovite sudske zaštite kako bi potaknulo nacionalnog suca na nadilaženje okvira kojega postavljaju nacionalna postupovna pravila i ostvaruje ulogu aktivnog odnosno proaktivnog suca, ipak izbjegava izravno sugerirati na koji bi se to način u konkretnom predmetu imalo učiniti.<sup>27</sup> Iz toga je moguće zaključiti da se povezivanjem djelovanja zahtjeva 'učinkovitosti' u pravu EU-a i članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima u judikaturi Suda EU ojačava utjecaj na strogo postupovnu sferu provedbe zaštite potrošača, koja je do sada bila ostavljena državama članicama. Štoviše, uvođenje zahtjeva koje postavlja članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima u predmetima vezano uz interpretaciju Direktive 93/13 u judikaturi Suda EU-a u pravnoj se teoriji čak favorizira, kao potencijalno učinkovitiji put u preispitivanju nacionalnih postupaka i sredstava odnosno njihove 'djelotvornosti' u zaštiti prava potrošača u odnosu na test 'učinkovitosti i djelotvornosti'.<sup>28</sup> Ovakvo shvaćanje unosi novu dimenziju u usporedbu efikasnosti mehanizama 'alternativnih' ostvarivanju zaštite prava potrošača s onom redovitog sudskog postupka za zaštitu individualnih prava potrošača, te ćemo se njome detaljnije baviti u radu.

Pri analizi mehanizama, interpretacijom zakonodavnog okvira pokušat će se zaključiti o potencijalnim barijerama 'čisto' postupovnoj efikasnosti koje proizlaze iz njihovog uređenja, a u obzir će se uzeti i rezultati primjene u praksi (u mjeri u kojoj su podatci o tomu dostupni).

23 Mak, C., op. cit., str. 4.

24 Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 194.

25 Mak, C., op.cit., str. 2.

26 Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 196.

27 Ibid.

28 Mak, C., op. cit., str. 20.

## 2.1. Mehanizmi ARPS-a

Uvodno je potrebno osvrnuti se na odabranu terminologiju u zakonodavnim rješenjima kojima je u korpus hrvatskoga potrošačkog zakonodavstva implementirana Direktiva 2013/11/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2013. o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova<sup>29</sup> (dalje: Direktiva o ARPS-u) te učiniti potrebna razgraničenja od pojmova kojima se uvriježeno označavaju metode koje predstavljaju 'alternativu' sudskome postupku, odnosno 'alternativno' i 'izvansudsko' rješavanje sporova. Budući da je pojam 'alternativnog rješavanja sporova' (*alternative dispute resolution*, ADR) potekao iz anglosaksonskih država, pri preuzimanju u pravne sustave kontinentalnoeuropskoga kruga, uključujući i hrvatski, uz izraz ADR prihvaćena je i ideja da on obuhvaća izvansudske metode rješavanja sporova, uključujući u njih i arbitražu – suđenje pred nedržavnim sudom sastavljenim od osoba od povjerenja stranaka, kojima one svojim sporazumom daju pravo da donese obvezujuću odluku o njihovom sporu, koju stranke mogu po potrebi i prisilno izvršiti uz asistenciju državnog aparata prisile. Ipak, novija teorija i praksa ne uzimaju arbitražu kao metodu alternativnog rješavanja sporova, nego ubrajaju samo postupke u kojima sam rezultat nije obvezujuća odluka.<sup>30</sup> Iz toga jasno proizlazi razlikovanje između pojma 'izvansudskog rješavanja sporova' koji obuhvaća metode pregovaranja, mirenja (izvan sudskog postupka) te arbitražu kao šireg, te 'alternativnog rješavanja sporova' kao užeg pojma, koji uglavnom obuhvaća metode mirenja (koncilijacije, medijacije), a iz kojega je arbitraža isključena.<sup>31</sup> S obzirom na ustaljenost metode i prihvaćenost pojma 'ADR' na području rješavanja potrošačkih sporova<sup>32</sup>, procesnopravna teorija

29 Direktiva 2013/11/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2013. o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova, SL L 165/63, 18.6.2013.

30 Uzelac, A., *Mirenje kao alternativa suđenju*, str. 18. (s grupom autora) u: *Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovima*, Zagreb: TIM Press, 2004., str. 15-32., na str. 18.

31 U tom smislu, premda se poteškoće u razlikovanju pojmova u pravnoj teoriji veže uz akte EU-a koji spomenute pojmove nerijetko nesustavno i pogrešno koriste kao istoznačnice, (navodeći pritom prijašnji, kao i trenutno važeći hrvatski Zakon o zaštiti potrošača (ZZP), usklađen s Preporukom 98/257/EZ o načelima primjenjivim na tijela odgovorna za izvansudsko rješavanje potrošačkih sporova i Preporukom 2001/310/EZ o načelima izvansudskih tijela koja su uključena u sporazumno rješavanje potrošačkih sporova, u odredbama dijela Zakona o procesnopravnoj zaštiti potrošačkih prava govore o izvansudskom rješavanju potrošačkih sporova, dok Zelena knjiga Europske komisije o alternativnom rješavanju sporova u građanskom i trgovačkom pravu iz 2002. godine isključuje arbitražu iz alternativnih mehanizama rješavanja potrošačkih sporova) treba naglasiti da svi navedeni dokumenti, uz pretpostavku da se prihvati gore navedeno razgraničenje, ispravno koriste pojmove 'izvansudskog' odnosno 'alternativnog' rješavanja sporova, budući da također kao kriterij razlikovanja koriste arbitražu. Usporedi Mišćenić, E., Butorac Malnar, V., op.cit., str. 105.

32 Neki autori govoreći o ovom području koriste čak posebnu kovanicu CDR, kako bi naglasili uronjenost i općenitu prihvatljivost ove metode na području rješavanja potrošačkih sporova. Citirajući Hodgesa, Creutzfeldt navodi da je 'CDR' krovni ('kišobran') pojam za ADR koji se primjenjuje u potrošačkim sporovima, a citirajući OFT 2010, da kao dio 'krajobrazu zaštite potrošača' 'CDR' je pod utjecajem načela pristupa pravosuđu, zaštite potrošača i zakonodavstva koje uređuje trgovinu. Tako Creutzfeldt, N., *How Important is Procedural Justice for Consumer Dispute Resolution? A Case Study of an Ombudsman Model for European Consumers*, *Journal of Consumer Policy*, vol. 37, 2014., str. 527–546., na str. 530.

čak nije sklona njegovom prijevodu na hrvatski jezik, izrazima poput 'ARS', a upravo je to učinjeno pri implementaciji Direktive o ADR-u u hrvatsko zakonodavstvo.<sup>33</sup>

Pri oblikovanju rješenja koja donosi Direktiva o ADR-u, a koja su implementirana u nacionalno zakonodavstvo država članica, uključujući i zakonodavstvo RH, polazilo se od toga da je u velikom broju država članica EU-a već uspostavljen određeni sustav izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova. Pritom, RH nije među državama članicama u kojima je taj sustav osobito razvijen.<sup>34</sup> Tomu u prilog u prvom redu govori i okolnost da za sada nije osobito mnogo učinjeno kako bi se šire stimulirala lojalna nastojanja za postizanje izvansudskih rješenja, ali i činjenica da nisu uspostavljeni posebni sustavi prilagođeni potrebama pojedinih područja, npr. osnivanjem i širenjem specijaliziranih tijela za rješavanje potrošačkih sporova. Među intervencijama pogodnima za promicanje primjene mehanizama ARPS-a ubuduće bi bilo rješenje koje se trenutno razmatra vezano uz izmjene ZPP-a, da se pokušaj stranke da spor riješi mirnim putem neposredno odražava u odluci suda o troškovima postupka.<sup>35</sup> Time bi se stranke više motiviralo da prije obraćanja sudu pokušaju iscrpiti dostupne metode izvansudskog rješavanja spora. Uz to, specifično, kada je riječ o području zaštite potrošača, umjesto dosadašnje puke mogućnosti stranaka da prije pokretanja postupka kolektivne zaštite interesa potrošača, sukladno odredbi članka 106. stavka 2. ZPP-a, pokrenu postupak mirenja pred centrom za mirenje radi postizanja nagodbe, trebalo bi razmisliti o tomu da se mirno rješavanje spora učini procesnom pretpostavkom za pokretanje toga postupka. Za sada se, naime, u i onako oskudnom broju postupaka kolektivne pravne zaštite interesa potrošača<sup>36</sup> ta mogućnost nije iskušala. Tek bi propisivanjem obveze pokretanja postupka mirenja prije podnošenja tužbe u postupku zaštite kolektivnih interesa potrošača zakonodavac stvarno podcrtao važnost koju pridaje mirenju kao izvansudskom načinu rješavanja potrošačkih sporova, što do sada nije adekvatno učinilo.<sup>37</sup> Istovremeno, propisivanje

33 Sporadični pokušaji da se na domaće jezike prevede kratica ADR (npr. kao ARS) doimaju se nezgrapno i imaju male šanse za širim prihvaćanjem. Uzelac, A., Mirenje...cit., str. 18.

34 O dostupnim mehanizmima ARPS-a u RH vidi više Mišćenić, E., Butorac Malnar, V., op. cit., str. 105-107.

35 Intervju s prof. dr. sc. Alanom Uzelcem – o alternativnim načinima rješavanja sporova te o nekim predloženim izmjenama Zakona o parničnom postupku, Hrvatska pravna revija, srpanj-kolovoz 2017., str. 2-3.

36 Do sada se u postupku pred hrvatskim sudovima samo u jednom predmetu raspravljalo i odlučivalo o kolektivnoj zaštiti interesa potrošača. Vidi predmet *Franak*, presuda Trgovačkog suda u Zagrebu 26.P -1401/2012 od 4. srpnja 2013., presuda Visokog trgovačkog suda u Zagrebu 43.Pž-7129/13-4 te odluka Vrhovnog suda RH u povodu revizije Rev 300/13-2 od 17. lipnja 2015.

37 Usporedi Mišćenić, E., Butorac, Malnar, V., op. cit., str. 106. Ovdje je bitno napomenuti da je neutemeljeno shvaćanje da mirenje kao izvansudski način rješavanja sporova može predstavljati i dio sudskog parničnog postupka, s obzirom na to da čl.186.f. Zakona o parničnom postupku (ZPP) predviđa mogućnost za stranke u parničnom postupku obraćanja izabranom centru za mirenje. Riječ je o odvojenim, i po svojoj prirodi različitim postupcima, koji imaju različita obilježja, te rezultiraju u različitom načinu okončanja spora. Po svojoj prirodi, nagodba sklopljena u postupku mirenja je izvansudska nagodba, koja je u naravi građanskopravni ugovor. Postupak pred sudom može biti okončan donošenjem sudske presude ili sklapanjem sudske nagodbe među strankama, koja je izjednačena po učinku sa pravomoćnom presudom. U

obveze pokretanja postupka mirenja kao procesne pretpostavke bilo bi u skladu sa zahtjevima koje na tom području postavlja Preporuka iz 2013. godine.<sup>38</sup>

Intencija europskoga zakonodavca pri donošenju Direktive o ADR-u bila je otkloniti tri najveća nedostatka utvrđena u postojećim nacionalnim pravnim sustavima: a) neujednačenost u pogledu dostupnosti ADR metoda rješavanja potrošačkih sporova u svim geografskim područjima ili poslovnim sektorima, b) nedovoljnu informiranost potrošača i trgovaca o postojećim ADR metodama za rješavanje potrošačkih sporova te c) razliku u kvaliteti ADR metoda, što uzrokuje nepovjerenje potrošača u unutarnje tržište i suzdržavanje od prekogranične kupovine.<sup>39</sup> Pritom se mehanizmi usklađeni s Direktivom o ARPS-u imaju podjednako primjenjivati na izvansudsko rješavanje domaćih i prekograničnih potrošačkih sporova (arg. ex čl. 2. Direktive o ARPS-u), što ih čine pogodnima za usporedbu njihove učinkovitosti u odnosu na mehanizme kolektivne pravne zaštite uspostavljene u hrvatskom pravu, kao i nacionalne sudske postupke.

Međutim, ovdje izložena pravila o zajedničkim načelima za uređenje mehanizama ARPS-a daju povod za zaključak da implementacija Direktive o ARPS-u nije rezultirala željenim izmjenama. Štoviše, njihova interpretacija ostavlja dojam da se sustav ARSP-a na razini EU i dalje temelji na nacionalnim rješenjima, uz određena, minimalna unaprjeđenja.<sup>40</sup> Tome dodatno doprinosi i okolnost da je Direktiva o ARPS-u instrument koji donosi pravila minimalne harmonizacije, što ostavlja nacionalnim zakonodavcima dostatno prostora da zadrže ili uvedu pravila koja će jamčiti različitu razinu pravne zaštite među državama članicama.<sup>41</sup> U tom je smislu

prilog ovome razgraničenju govori i odredba čl. 18. Zakona o mirenju (NN 18/11) (dalje: ZM) koja uređuje odnos između mirenja i drugih postupaka o istom predmetu spora.

- 38 Usporedi recital (13) preambule Preporuke iz 2013. godine. Uz to, već je u predmetu *Alassini i dr.* (spojeni predmeti) *Rosalba Alassini protiv Telecom Italia SpA* (C-317/08), *Filomena Califano protiv Wind SpA* (C-318/08), *Lucia Anna Giorgia Iacono protiv Telecom Italia SpA* (C-319/08) i *Multi service Srl protiv Telecom Italia SpA* (C-320/08), ECLI:EU:C:2010:146 Sud EU podcrtao da obveza mirnog rješavanja spora, ako, između ostalog, ne rezultira u obvezujućoj odluci za stranke te ne otežava i ne onemogućuje kasnije pokretanje sudskog postupka, nije protivna načelima učinkovitosti i djelotvornosti (t. 53-56).
- 39 Benöhr, I., *EU Consumer Law and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013., str. 200. Isto tako Petrašević, T., Poretti, P., op. cit., str. 35.
- 40 U hrvatskoj pravnoj teoriji tako najviše se zamjera pristupu Direktive o ARPS-u koja 'ne donosi suštinske promjene u već postojeće postupke ARS-a'. Tome u prilog govori niz argumenata, kao što je okolnost da Direktiva o ARPS-u ne donosi nikakve nove postupke ARS-a, zatim činjenica da ne obvezuje države članice da prihvate neke posebne postupke ARS-a, ne obvezuje države članice da uspostave jedinstveni postupak ARS-a, ne dovodi u pitanje već postojeće postupke ARS-a niti već postojeća tijela ARS-a, ne obvezuje države članice da uspostave jedinstveno tijelo za ARS, državno tijelo za ARS niti posebno tijelo za ARS u svakom gospodarskom sektoru. Tako Baretić, Marko, *Alternativno rješavanje potrošačkih sporova u EU* (nakon donošenja ARS Direktive i ORS Uredbe), izlaganje na konferenciji 'Procedural aspects of EU law', Pravni fakultet Osijek, 6-7. travnja 2017. Tako Cauffmann, C., op. cit., str. 3-7.
- 41 Premda jedan od recentnijih instrumenata, Direktiva o ARPS-u kao instrument koji ne predviđa maksimalnu harmonizaciju, svojim pristupom nije usklađena s idejom EK da s obzirom na "unaprjeđenje unutrašnjeg tržišta i zaštite potrošača, zakonodavstvo ne bi trebalo, u okviru svoga područja primjene, ostavljati prostora za donošenje pravila na nacionalnoj razini". Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic

moguće uputiti kritiku u odnosu na pojedina pravila koja su u hrvatskom pravnom sustavu implementirana Zakonom o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova<sup>42</sup> (dalje: Zakon o ARPS-u), ali i neka rješenja koja su u neskladu s Direktivom o ARPS-u.<sup>43</sup> Prva slabost mehanizama ARPS-a, a koja proizlazi iz načela u skladu s kojima Direktiva o ARPS-u predviđa da bi trebalo (pre)oblikovati nacionalne mehanizme ARPS-a, očituje se u mogućnosti država članica da odaberu hoće li učiniti sudjelovanje u postupcima obveznim za trgovce. U tom smislu, hrvatski zakonodavac odabrao je srednji put, koji sukladno odredbi članka 22. stavka 1. Zakona o ARSP-u omogućuje trgovcima sa sjedištem u RH da odaberu hoće li se obvezati rješavati sporove sa potrošačima u postupcima ARPS-a, a samo u određenim slučajevima ih se propisima na to obvezuje, očituje isti nedostatak. Uz to, potencijalna 'neobveznost' odluke koju nadležno tijelo donosi u postupcima sukladno odredbama članka 18. stavka 2. i članka 19. stavka 2. Zakona o ARSP-u, a u hrvatski je režim izravno preuzeta kao mogućnost iz odredaba Direktive o ADR-u, također narušava učinkovitost mehanizama ARPS-a. Utemeljeno je tako shvaćanje da, iako je pri donošenju rješenja koje je obvezujuće za potrošača i trgovca nadležno tijelo obvezano zahtjevom zakonitosti (arg. *ex* članka 20. Zakona o ARPS-u), okolnost da ono nije u položaju podnositi zahtjeve za prethodnu odluku Sudu EU-a, u nekim slučajevima neizbježno će dovesti do nedoumica u pogledu tumačenja potrošačkoga zakonodavstva preuzetog iz EU prava.<sup>44</sup> Istovremeno, stoji i izraženi stav da rješenje koje predlaže nadležno tijelo, a koje nije obvezujuće za potrošača i trgovca, može biti nepovoljnije za potrošača od odluke koju bi donio sud.<sup>45</sup> Tvrdnja da je za potrošače dostupnost okončanja spora u okviru postupka ARPS-a prednost točna je, samo ako se pristane čak i na oslabljene garancije zaštite potrošača, u odnosu na postupak pred nacionalnim sudovima država članica. Naime, zavidna razina zaštite koju se garantira potrošačima u postupcima pred sudovima država članica proizlazi podjednako, iz primjene korpusa potrošačkog zakonodavstva EU-a, koji štiti potrošača kao slabiju stranku, ali i iz judikature Suda EU-a. U njegovim je odlukama, osobito u novije vrijeme, jasno vidljiva tendencija da inzistira na postupanju nacionalnih sudova, koje osigurava učinkovitu postupovnu zaštitu potrošača, imajući u vidu načela 'učinkovitosti' i 'ekvivalentnosti'. Za usporedbu, kada je riječ o mehanizmima ARPS-a, garancije ne sežu dalje od onih koje su zajamčene primjenom mjerodavnog prava.<sup>46</sup> U tom smislu, prigovoreno je da bi veliki broj sporova koji bi bili rješavani pomoću 'brzih, jeftinijih i dostupnijih' ARPS mehanizama, odnosno

---

and the Social Committee and the Committee of the Regions, EU Consumer Policy Strategy 2007-2013, Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them, COM (2007) 99 final.

42 Zakon o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova, (NN 121/16).

43 O kritici vezano uz personalno polje primjene vidi više Mišćenić, E., Butorac Malnar, V., op. cit., str. 108-115. (Ovdje treba napomenuti da je riječ o kritici rješenja koja su bila predviđena Prijedlogom Zakona o ARPS-u, (Prijedlog Zakona o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova, s konačnim Prijedlogom Zakona, travanj 2016. <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/2016/14%20sjednica%20Vlade//14%20-%201.pdf>), premda tekst govori o Zakonu o ARPS-u koji u to vrijeme još nije bio objavljen u Narodnim novinama i nije stupio na snagu).

44 Cauffmann, C., op. cit., str. 4.

45 Ibid.

46 Usporedi Cauffmann, C., op. cit., str. 5.



izvan redovite sudske procedure, te uz samo djelomičnu primjenu obvezujućeg potrošačkoga prava EU-a u biti osiguravali bi tek 'oslabljeno ostvarivanje prava'.<sup>47</sup> Unatoč zahtjevima Direktive o ARPS-u o 'stručnosti, neovisnosti i nepristranosti' tijela za ARPS (arg. ex članak 6.), dvojbeno je može li se u hrvatskom pravnom sustavu osigurati kvaliteta postupanja koja bi bila usporediva s onom sudaca u sudskom postupku.<sup>48</sup> Naime, dostatno je da osobe koje provode postupak pri tijelu za ARPS imaju kompetencije u području alternativnog rješavanja potrošačkih sporova, pri čemu će tijelo za ARPS propisati vlastitim aktom što se smatra kompetencijama tijela (arg. ex članak 10. stavak 2. u vezi sa stavkom 1. Zakona o ARPS-u). U svjetlu činjenice da je odredbom članka 6. stavka 4. Direktive o ARPS-u ostavljena mogućnost (a odredbom članka 14. stavka 1. Zakona o ARPS-u preuzeta u hrvatski pravni sustav) da pri tijelu za ARPS postupak provodi osoba koja je zaposlena ili dobiva bilo kakav oblik naknade isključivo od strukovne organizacije ili poslovnog udruženja u kojem je trgovac član, ako je država članica osigurala da ona, osim općih zahtjeva navedenih u stavicima 1. i 5., na raspolaganju ima i zasebni i namjenski proračun dovoljan za ispunjavanje svojih zadaća, opravdano je dvojiti o dometu garancije neovisnosti tijela za ARPS. U usporedbi sa sudskim postupkom, dostupnost postupka ARPS-a za potrošača trebala bi se ogledati u njihovoj besplatnosti. Budući da zahtjev transparentnosti, između ostalog, podrazumijeva obavještanje o troškovima koje stranke snose ili predujmaju (arg. ex čl. 7. st. 1. l. Direktive o ARPS-u u vezi s čl. 15. st. 1. Zakona o ARPS-u), čini se da se osiguravanje potpune 'nenaplatnosti' ipak napustilo. Transparentnost postupanja tijela za ARPS nadalje se osigurava obavještanjem putem mrežnih stranica o: (a) kontakt podacima tijela, uključujući poštansku adresu i adresu elektroničke pošte; (b) činjenici da su subjekti za ARPS navedeni u skladu s člankom 20. stavkom 2.; (c) fizičkim osobama nadležnim za ARPS, načinu njihovog imenovanja i trajanju njihovog mandata; (d) stručnom znanju, neovisnosti i nepristranosti fizičkih osoba nadležnih za ARPS, ako ih zapošljava ili plaća isključivo trgovac; (e) njihovom članstvu u mrežama subjekata za ARPS koji olakšavaju prekogranično rješavanje sporova, prema potrebi; (f) vrsti sporova koje su nadležni rješavati, uključujući sve pragove, prema potrebi; (g) postupnim pravilima koja uređuju rješavanje spora i razloge zbog kojih subjekt za ARPS može odbiti rješavanje određenog spora u skladu s člankom 5. stavkom 4.; (h) jezicima na kojima se mogu podnijeti pritužbe subjektu za ARPS i na kojima se vode postupci ARPS; (i) vrstama pravila koje subjekt za ARPS može koristiti kao osnovu za rješavanje spora (na primjer, pravne odredbe, poštovanje pravičnosti, kodekse ponašanja); (j) svim preliminarnim zahtjevima koje stranke možda moraju ispuniti prije pokretanja postupka ARS, uključujući zahtjev da potrošač riješi spor izravno s trgovcem; (k) mogućnosti stranaka da se povuku iz postupka; (m) prosječnoj duljini postupka ARS; (n) pravnim učincima ishoda postupka ARS-a, uključujući kazne za nepoštovanje u slučaju odluka koje imaju obvezujući učinak na stranke, prema potrebi; (o) izvršivosti

47 Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 207.

48 Kritika je u tom smislu upućena rješenju iz Direktive o ARPS-u da "osoba ne mora imati završen pravni fakultet nego je dostatno da ima potrebno znanje i vještine u području alternativnog ili sudskog rješavanja potrošačkih sporova, i opće poznavanje prava". Tako Cauffmann, C., op. cit., str. 6.

odluka ARPS, ako je relevantno (arg. ex članak 7. stavak 1. Direktive o ARPS-u u vezi s člankom 15. stavkom 1. Zakona o ARPS-a). No ponovno, u usporedbi sa sudskim postupkom, riječ je o oslabljenim postupovnim garancijama. Naime, nije jasno kako se, unatoč detaljno propisanim zahtjevima kojima se osigurava transparentnost postupanja, propustila osigurati obveza objavljivanja odluka tijela za ARPS. U pravnoj teoriji iznesena je zamjerka da se time umanjila transparentnost odluka koje donose tijela ARPS-a te predvidljivost ishoda spora za potencijalne buduće stranke u sporu.<sup>49</sup> Koji bi bili mogući razlozi omisije takve obveze iz odredbe članka 7. stavka 1. Direktive o ARPS-u? Je li europski zakonodavac pretpostavio da sadržaj takve odluke ne bi bio od interesa za širu javnost? Ili je pak *ratio* u svojevrsnom pogodovanju interesu trgovaca, čime se osigurava njihov pristanak na sudjelovanje u postupcima ARPS-a? Naime, moguće je zamisliti da bi trgovci bili skloni sudjelovati u postupku čiji ishod ne bi bio javno dostupan. Pristanak trgovca na rješavanje potencijalnog spora pred tijelima za ARPS povoljno utječe na povjerenje potrošača u toga trgovca. Istovremeno, zbog okolnosti da ishod postupka ostaje poznat isključivo strankama, nema nepovoljnog učinka za trgovca, te se tome štiti njegov interes i ugled na tržištu. Također, zagovornici ARPS-a ističu da su stranke redovito zainteresirane za postupke koji su kraći i jeftiniji, a istovremeno ne ugrožavaju uspostavljeni odnos između stranaka. To se uzima i kao ključni razlog zbog kojega se odlučuju na rješavanje spora u postupku alternativnog rješavanja sporova umjesto u sudskom postupku. Ipak, kada je riječ o održavanju uspostavljenog odnosa između trgovca i potrošača, čini se da bi on u većoj mjeri bio od interesa za trgovce, negoli za potrošače. Naime, priroda odnosa potrošača i trgovca sugerira da za potrošača napuštanje odnosa s određenim trgovcem ne bi imala bitnije posljedice, budući da on određene proizvode ili usluge može jednako tako pribaviti od drugoga trgovca na tržištu, dok je trgovac taj koji trpi određeni ekonomski gubitak.

U nastavku će se prikazati dostupni podatci o dosadašnjoj primjeni mehanizama ARPS-a u državama članicama. Pritom će se naglasak staviti na razinu informiranosti, učestalost primjene te sveukupno povjerenje potrošača i trgovaca u mehanizme ARPS-a dostupne na nacionalnoj razini.

U okviru istraživanja koje je provedeno za potrošački semafor iz 2017. godine, trgovci iz država članica su iznijeli da su, u pravilu, upoznati s mehanizmima ARPS-a (55,2 %), ali tek nešto ispod trećine njih spremno je sudjelovati u postupku (31,8 %) dok ih je oko šestina izjavila da u njihovom sektoru mehanizmi ARPS-a nisu dostupni (15 %). Njih 8,4 % izričito navodi da nisu spremni sudjelovati u postupcima ARPS-a. Iz navedenog proizlazi da se razina informiranosti o mehanizmima ARPS-a, unatoč implementaciji europskih instrumenata u nacionalno zakonodavstvo država članica te uložnim naporima na razini EU-a u obavještanje o načinu njihova funkcioniranja, podigla tek za skromnih 1,6 %.<sup>50</sup> Rezultati koji se odnose na hrvatske trgovce stavljaju RH u kategoriju država članica u kojima, unatoč informiranosti, tek je mali broj

49 Rühl, G., *Alternative and Online Dispute Resolution for (Cross-Border) Consumer Contracts: A Critical Evaluation of the European Legislature's Recent Efforts to promote Competitiveness and Growth in the Internal Market*, vol. 38, 2015., *Journal of Consumer Policy*, str. 17.; Cauffmann, str. 7.

50 *Potrošački semafor iz 2017. godine*, str. 66.

trgovaca spreman sudjelovati u postupcima ARPS-a.<sup>51</sup>

Najveći broj pritužbi od potrošača u vlastitoj državi članici trgovci dobivaju putem mehanizama (službe za potrošače) koje su sami uspostavili (71,2 %), potom od udruga za zaštitu potrošača (9,1 %), javnih tijela (8,3 %), sudova (8,1 %) te tijela za ARPS (7,5 %). Slično je i kada je riječ o prekograničnim pritužbama, koje trgovci dobivaju najčešće putem mehanizama koje su sami uspostavili (72,1 %), dok su sudovi ponovno nešto više zastupljeni (4,3 %) od tijela za ARPS (1,5 %).<sup>52</sup>

Od ukupno 46,8 % potrošača koji imaju povjerenja u dostupne mehanizme ostvarenja zaštite na EU razini, više od polovine smatra da je sporove s trgovcima moguće riješiti s mehanizmima ARPS-a (52 %), dok ih nešto manje to isto smatra za sudski postupak (41,5 %). Praćenjem *online* platforme ustanovljeno je da je do kraja 2016. godine bilo registrirano 250 tijela za ARPS iz 24 države članice. Tijekom te godine podneseno je 24 000 pritužbi pomoću *online* platforme.<sup>53</sup> S obzirom na poteškoće i kašnjenje RH u donošenju zakonodavnog okvira te uključivanje u rad *online* platforme, podatci ne uključuju pritužbe podnesene tijelima za ARPS u RH.

## **2.2. Mehanizmi kolektivne pravne zaštite**

Kada je riječ o kolektivnoj pravnoj zaštiti, u 2017. godini na razini EU-a započete su aktivnosti usmjerene, u prvom koraku, na procjenu stanja uređenja i funkcioniranja mehanizama kolektivne pravne zaštite u državama članicama. Sljedeći korak, kako je najavljeno, bit će usmjeren na mjere kojima će se unaprijeđenjem mehanizama kolektivne pravne zaštite osigurati da tvrtke i trgovci usklade svoje ponašanje na tržištu s europskim pravilima kojima se štite prava potrošača. To bi trebalo dovesti do umanjavanja povreda prava potrošača i doprinijeti ujednačenju uvjeta za poslovanje trgovaca.<sup>54</sup>

Najnoviji rezultati istraživanja kao jedan od razloga slabe mogućnosti individualnog ostvarenja prava potrošača u državama članicama navode malu vrijednost tražbine zbog koje bi bilo iracionalno utrošiti vrijeme te sredstva, kako bi se priskrbilo odvjetničko zastupanje te pristupilo sudu, čak i kada postoje posebni nacionalni postupci za sporove male vrijednosti. Uočeno je kako najčešće potrošači ne pokreću postupak ako vrijednost tražbine ne prelazi iznos od 2000 eura, s obzirom na to da troškovi postupka mogu biti suviše visoki s obzirom na vrijednost predmeta spora.<sup>55</sup> Primjerice, prosječni troškovi sudskog postupka u kojemu je vrijednost predmeta spora 500 eura u barem polovini od ukupnog broja slučajeva iznose i do 250 eura. Iz toga slijedi da će veliki broj potrošača, analizom koristi i troškova ocijeniti da nije svrsishodno pokrenuti postupak, što rezultira u ranije spomenutoj pojavi racionalne apatije. Takav zaključak podupiru i rezultati Eurobarometra iz 2010. godine prema kojima 43 % potrošača ne bi pokrenulo postupak ako je visina tražbine do 500 eura,

51 Ibid., str. 67.

52 Ibid., str. 57-58.

53 Ibid., str. 30.

54 Impact assessment, str. 3.

55 Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 97.

dok u europskim postupcima o sporovima male vrijednosti iz 2013. godine vrijednost tražbine zbog koje potrošači smatraju da bi pokrenuli postupak pred sudom jest 726 eura. Stoga se kao temeljna zapreka pristupu pravosuđu vidi mala vrijednost tražbine koja se ima ostvariti u sudskom postupku, u odnosu na njegove troškove.<sup>56</sup> Ponekad, zapreku čini i vrlo niska informiranost potrošača te slabo poznavanje pravila koja bi se imala primijeniti u postupku.<sup>57</sup> Navedeno sugerira da bi u državama članicama bilo mjesta za primjenu i ojačavanje mehanizama kolektivne pravne zaštite, osobito imajući u vidu njihova prethodno spomenuta obilježja.

Premda rezultati istraživanja usklađivanja režima kolektivne pravne zaštite država članica s Preporukom iz 2013. godine, kao što je ranije navedeno, još nisu dostupni, analiza mehanizma predviđenog u hrvatskom zakonodavstvu polazi od problema koji su uočeni na EU razini, a smatraju se ključnima za (ne)djelotvornost kolektivne pravne zaštite. Najvećim se nedostatkom tako smatra divergentna i neadekvatna priroda rješenja kojima se u državama članicama ostvaruje kolektivna pravna zaštita, i to podnošenjem tužbi na propuštanje i/ili tužbi za naknadu štete.<sup>58</sup> Ovdje treba dodati da ni sama mogućnost podnošenja tužbe na propuštanje i tužbe za naknadu štete nije jednako dostupna u svim nacionalnim pravnim sustavima. Smatra se da navedeni nedostaci izravno uvjetuju različitu razinu zaštite dostupnu potrošačima u državama članicama, i facilitiraju protupravno postupanje trgovaca njegovim propustom, da se ono sankcionira na ujednačen i učinkovit način.<sup>59</sup>

U hrvatskom pravnom sustavu mehanizam kolektivne pravne zaštite kojim se štite kolektivni interesi potrošača dostupan je od 2003. godine. Budući da je uveden u svrhu ispunjavanja zadaće implementacije Direktive 98/27/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača<sup>60</sup> (kasnije zamijenjenom Direktivom 2009/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača<sup>61</sup>), predviđeni mehanizam kolektivne pravne zaštite usmjeren je na traženje propuštanja određenog postupanja tuženika koje je protivno propisima o zaštiti potrošača, usvajanje mjera za otklanjanje štetnih posljedica te zabranu takvog ili sličnog postupanja ubuduće. Tek u naknadno pokrenutom individualnom postupku potrošač može, pozivajući se na odluku donesenu u postupku za zaštitu kolektivnih interesa potrošača u smislu postojanja povrede propisa zaštite potrošača (arg. *ex* članak 118. u vezi s člankom 106. stavkom 1. ZZP-a), zahtijevati naknadu štete. Slično rješenju predviđenom u hrvatskom pravnom sustavu, pri implementaciji Direktive 98/27/EZ u nacionalne sustave država članica uvedene su tužbe na propuštanje za zaštitu kolektivnih interesa potrošača. Uz to, u nekim državama članicama predviđena je i mogućnost naknade štete u okviru postupaka kolektivne pravne zaštite. Naknada štete u postupcima koje pokreću udruge moguća je u Austriji, Bugarskoj, Francuskoj,

56 Ibid., str. 115-116.

57 Ibid., str. 97.

58 Impact assessment, str. 2.

59 Ibid., str. 2.

60 Direktiva 98/27/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača, SL L 166 od 11.6.1998.

61 Direktiva 2009/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača, SL L 110/30 od 1.5.2009.

Njemačkoj i Grčkoj. U Bugarskoj, Danskoj, Francuskoj, Italiji, Nizozemskoj, Portugalu, Španjolskoj i Švedskoj pak svaki pojedini oštećenik je stranka u postupku kolektivne pravne zaštite u kojemu se zahtijeva naknada štete.<sup>62</sup> Ovako neujednačena slika stanja kolektivne pravne zaštite u državama članicama umanjuje garancije prava na pristup pravosuđu (eng. *access to justice*) u situacijama u kojima su povrijeđena prava potrošača zajamčena europskim potrošačkim pravom. Iz toga razloga, u Preporuci iz 2013. godine EK je predvidjela zajednička načela kolektivne pravne zaštite (mehanizama na propuštanje i naknadu štete) koja su trebala biti integrirana u nacionalna pravila kolektivne pravne zaštite do 2017. godine. Namjera je bila osigurati horizontalnu primjenu tih načela na područjima zaštite potrošača, tržišnog natjecanja, zaštite okoliša, zaštite osobnih podataka, financijskih usluga, zaštite investicija te bilo kojem drugom području na kojemu bi povreda pravila EU prava bila relevantna.<sup>63</sup> U primjeni nacionalnih rješenja u kojima su integrirana zajednička načela kolektivna pravne zaštite, i dalje bi u fokusu trebao biti postupak pred sudom. U tom smislu, Preporuka iz 2013. godine mehanizme ARPS-a ocjenjuje učinkovitima u ostvarenju zaštite u situacijama masovnih šteta, no njihovu primjenu vidi tek kao sporedni ili dobrovoljni element sudskog postupka za ostvarenje kolektivne pravne zaštite.<sup>64</sup>

Imajući u vidu zahtjeve koje u odnosu na način određivanja kruga tijela i osoba ovlaštenih na pokretanje postupaka kolektivne pravne zaštite, zatim dopuštenosti postupaka, informiranje o postupcima, snošenju troškova postupka te financiranju, kao i neke specifične zahtjeve koji se odnose na postupke koji se pokreću tužbama na propuštanje odnosno tužbama za naknadu štete, u nastavku ćemo se baviti tužbom za zaštitu kolektivnih interesa potrošača predviđenu hrvatskim pravom. Unatoč pojedinim intervencijama tijekom vremena<sup>65</sup>, ne čini se da je učinjeno imalo za posljedicu osnaživanje efikasnosti samoga mehanizma, niti rezultiralo u njegovoj značajnijoj primjeni u praksi. Barijere koje proizlaze iz samoga uređenja tužbe za zaštitu kolektivnih interesa potrošača, a koje bi bilo nužno otkloniti kako bi se postiglo usklađivanje s načelima predviđenima Preporukom iz 2013. godine, tiču se načina na koji je predviđen krug ovlaštenika na pokretanje postupka, izostanka izriječkom propisanih kriterija dopuštenosti pokretanja i vođenja postupka kolektivne pravne zaštite, nepoznavanja pravila o obvezi tužitelja da podatke o financiranju postupka učini dostupnima sudu te propusta da se predvidi posebno pravilo o hitnosti postupanja kao i procesna sredstva kojima će se to postići. Kritiku je tako moguće uputiti rješenju prema kojemu krug osoba i tijela ovlaštenih na pokretanje postupka za zaštitu kolektivnih interesa potrošača određen Odlukom o određivanju tijela i osoba ovlaštenih za pokretanje postupaka za zaštitu kolektivnih interesa potrošača<sup>66</sup>

62 Više Meller-Hannich, C., Kolektivna pravna zaštita u Europi i europska kolektivna pravna zaštita u: Garašić, J., (ur.), *Europsko građansko procesno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2013., str. 229-230. Civic Consulting, Part I: Main Report, str. 174. <[http://ec.europa.eu7consumers/redress\\_cons/finalreportevaluationstudy-part1-final2008-11-26.pdf](http://ec.europa.eu7consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudy-part1-final2008-11-26.pdf)> 16.01.2018.

63 Vidi recital (7) u vezi s recitalom (10) preambule Preporuke iz 2013. godine.

64 Vidi recital (16) u vezi s recitalom (21) preambule Preporuke iz 2013. godine.

65 Bilo je nekoliko intervencija u ovo područje, od kojih je posljednja učinjena pri donošenju ZZP iz 2014. godine.

66 Odluka o određivanju tijela i osoba ovlaštenih za pokretanje postupaka za zaštitu kolektivnih

Vlade RH čine četiri ministarstva, dvije regulatorne agencije te dvije udruge za zaštitu potrošača.<sup>67</sup> Takav zatvoren krug ovlaštenika, među kojima su četiri tijela državne uprave, među kojima i Ministarstvo gospodarstva koje, premda u svojoj nadležnosti ima politiku zaštite potrošača u RH, primarno se bavi poticanjem gospodarstva, trgovine i usluga, problematičan je s aspekta zahtjeva koje postavlja Preporuka iz 2013. godine. Naime, Preporuka iz 2013. godine donosi pretpostavke koje mora zadovoljiti tijelo ovlašteno za pokretanje postupka kolektivne pravne zaštite (uključujući neprofitni karakter, bavljenje aktivnostima usmjerenima na zaštitu prava i interesa za koje se u postupku tvrdi da su povrijeđeni ili ugroženi, ljudske i financijske resurse te dostatna pravna znanja i stručnost) (arg. ex članak 4. a, b, c Preporuke iz 2013. godine). Pritom, javna tijela bi trebalo tek podredno ili kao alternativu ovlastiti na pokretanje postupaka kolektivne pravne zaštite (arg. ex članak 7. Preporuke iz 2013. godine).

U okviru uređenja postupka koji se pokreće tužbom za zaštitu kolektivnih interesa potrošača nije predviđen poseban stadij u kojemu bi se preispitalo jesu li ispunjene pretpostavke za vođenje postupka kolektivne pravne zaštite, kako bi se izbjeglo vođenje postupaka bez osnove (arg. ex članak 8. Preporuke iz 2013. godine). Moguće je tek redovito ispitivanje jesu li pretpostavke za pokretanje postupka ispunjene, u stadiju prethodnog ispitivanja tužbe (arg. ex članak 277. i 278. ZPP-a). Sud eventualno može ispitati i je li osoba ili tijelo ovlašteno za podnošenje tužbe za zaštitu kolektivnih interesa potrošača prethodno pisano upozorila trgovca ili drugu osobu da će u slučaju da ne prekine s nedopuštenim ponašanjem, pokrenuti postupak kolektivne pravne zaštite (arg. ex članak 108. stavak 1. ZZP-a).

U hrvatskom pravu nisu posebno predviđena pravila o financiranju sudskog postupka. U tom smislu, nisu predviđena pravila kojima je tužitelj dužan učiniti dostupnima informacije o načinu na koji će financirati sudjelovanje u postupku. Također, budući da hrvatski pravni sustav ne poznaje pravila o financiranju postupaka od strane trećih osoba, izostali su i detaljno predviđeni uvjeti od kojih treće osobe ne mogu odstupiti, poput zabrane utjecaja na tužitelja u pogledu vođenja postupka, uključujući sklapanje nagodbe. Ispunjavanje zahtjeva koje postavlja Preporuka iz 2013. godine stoga bi tražila, osobito imajući u vidu obvezu uvođenja tužbe za naknadu štete, detaljnija pravila o postupanju suda u slučajevima kada treća osoba financira postupak kolektivne zaštite interesa potrošača (arg. ex članak 114., 115. i 116. ZZP-a).

Konačno, rješenje integrirano u hrvatski pravni sustav, koje omogućuje pokretanje postupka kolektivne pravne zaštite u kojemu se može tražiti propuštanje postupanja trgovca ili druge osobe koje je protivno propisima za zaštitu interesa potrošača, ali u kojemu nije moguće ostvariti naknadu štete koju su pretrpjeli pripadnici skupine potrošača, tek djelomično ispunjava zahtjeve iz Preporuke iz 2013. godine (arg. ex recital (11), (12) i (13) preambule Preporuke iz 2013. godine). Potpuna usklađenost postigla bi se uvođenjem mehanizma kojim bi se u postupku kolektivne pravne zaštite

interesa potrošača, (NN br. 105/14).

67 Među nadležnim tijelima su (1) Ministarstvo gospodarstva, (2) Ministarstvo financija, (3) Ministarstvo pomorstva, prometa i infrastrukture, (4) Ministarstvo zdravlja, (5) Agencija za elektroničke medije, (6) Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti, (7) "Potrošač" Hrvatski savez udruga za zaštitu potrošača, (8) Savez udruga za zaštitu potrošača Hrvatske.

ostvarivala naknada štete nastale protupravnim postupanjem trgovca, neovisno o prirodi odnosa između trgovca ili druge osobe te skupine pojedinaca čija su prava povrijeđena ili ugrožena. Smisao ovakvoga rješenja ogledao bi se u sankcioniranju povreda prava ili stjecanja protupravne koristi (profita), do kojega dolazi protupravnim postupanjem trgovaca ili drugih osoba, a koje ugrožava pravilno funkcioniranje unutrašnjeg tržišta.<sup>68</sup> Pritom bi trebalo optirati za horizontalni pristup za koji se u Preporuci iz 2013. godine zalaže EK (arg. *ex recital* (7) preambule Preporuke iz 2013. godine). Argument u prilog horizontalnom pristupu pružaju razlike u pravnoj tradiciji i procesnom pravnom uređenju među državama članicama EU, koje će neminovno uvjetovati određene razlike u primjeni načela mehanizama kolektivne pravne zaštite uspostavljenih prema Preporuci iz 2013. godine. Ako bi se tomu pridodao sektorijalan pristup, koji je redovito vezan uz rizik fragmentiranja zakonodavnog procesa te uzrokuje neujednačenost postupovnih pravila u različitim područjima prava na razini EU-a, cilj stvaranja ujednačenih mogućnosti pristupa pravosuđu u svim državama članicama mehanizmima kolektivne pravne zaštite bio bi bitno ugrožen (arg. *ex recital* (10) preambule Preporuke iz 2013. godine).

Za razliku od mehanizama ARPS-a, o čijoj su primjeni u nacionalnim pravnim sustavima već dostupni rezultati istraživanja, o efikasnosti mehanizama kolektivne pravne zaštite na razini EU-a moguće je zaključivati tek na temelju određenih indicija o konačnim rezultatima recentnog istraživanja. Poznato je tako da je učinak Preporuke iz 2013. godine na nacionalne mehanizme kolektivne pravne zaštite do sada bio ograničen. Tek u nekoliko država članica uvedeni su ili novelirani mehanizmi kolektivne pravne zaštite, a u devet država članica (uključujući RH) još uvijek ne postoji mogućnost ostvarenja naknade štete u postupku kolektivne pravne zaštite. U državama članicama gdje postoje mehanizmi kolektivne pravne zaštite koji omogućuju i naknadu štete, složenost, skupoća i dugotrajnost postupanja umanjuje njihovu efikasnost.<sup>69</sup> Također, uočena je podjednaka neefikasnost mehanizama kolektivne pravne zaštite na propuštanje i radi naknade štete, i osobito je naglašen nedostatak izravnog učinka tužbi na propuštanje na potrošače čija su prava povrijeđena ili ugrožena.<sup>70</sup> Među utvrđenim barijerama učinkovitosti jesti neujednačenost u trajanju postupaka kolektivne pravne zaštite pokrenutih tužbom na propuštanje.<sup>71</sup>

68 European Coalition for Corporate Justice, *EU Law for Collective Redress, Case for the environment, human rights and fair competition-position paper*, 2017., str. 6. <[http://corporatejustice.org/eccj\\_eu\\_law\\_for\\_collective\\_redress\\_position-paper2017.pdf](http://corporatejustice.org/eccj_eu_law_for_collective_redress_position-paper2017.pdf)>, 15.01.2018.

69 Impact assessment, *op. cit.*, str. 2.

70 Kao što je naznačeno u Impact assesment (str. 2.), evaluacija nacionalnih postupovnih prava i praksi u smislu njihovog utjecaja na slobodno kretanje odluka i načela jednakosti i djelotvornosti postupovne zaštite potrošača prema pravu EU-a, koju priprema konzorcij EU Sveučilišta, na čelu s Max Planck institutom za postupovno pravo bit će dostupna uskoro.

71 Potrošački semafor iz 2017. *op. cit.*, str. 30.

### **3. PREMA DJELOTVORNIJEM OSTVARENJU SUDSKE ZAŠTITE INTERESA I PRAVA POTROŠAČA U REDOVNOM (INDIVIDUALNOM) SUDSKOM POSTUPKU – PODUZETE MJERE I (NE)OPRAVDANA OČEKIVANJA**

Premda se potrošački semafor EK iz 2017. godine vrlo šturo bavi procjenom djelotvornosti sudskog puta ostvarivanja zaštite potrošača u državama članicama EU-a, rezultati koje donosi ipak mogu dati određeni uvid u problematiku. Tako je prema njegovim podacima u pretežnom broju država članica EU-a vidljiva tendencija smanjenja duljine trajanja prvostupanjskog postupka za zaštitu prava potrošača u razdoblju od 2010. do 2015. godine. Među državama članicama EU-a u kojima postupak još uvijek najduže traje su Malta (s više od 800 dana potrebnih za rješavanje spora), zatim Cipar, Slovačka, Grčka i RH (s više od 400 dana potrebnih za rješavanje spora). U više od polovine država članica (njih 13) za koje su podatci dostupni<sup>72</sup>, prosječno je trajanje postupka za zaštitu interesa potrošača pred sudom do 200 dana. Iz ovoga je moguće zaključiti o bitnom zaostatku u osiguranju učinkovitosti u postupanju u još uvijek velikom broju država članica, pri čemu RH pripada u skupinu država u kojima je taj problem najizraženiji.

Evaluacijska studija iz 2017. godine pak, analizirajući širi kontekst osiguravanja postupovne zaštite potrošača primjenom prava EU-a u državama članicama, između ostalog, primjenom načela 'ekvivalentnosti' i 'učinkovitosti', donosi niz relevantnih zaključaka. Podcrtava tako da unatoč dostupnosti različitih mehanizama za ostvarenje zaštite potrošača u državama članicama, građanski sudovi još uvijek imaju značajnu, čak i dominantnu ulogu u njezinoj realizaciji.<sup>73</sup> Istovremeno se naglašava da se više nije moguće osloniti na tradicionalnu podjelu između javnopravnog i privatnopravnog ostvarenja zaštite potrošača, s obzirom na ulogu koju u njezinom provođenju sve učestalije imaju udruge potrošača i ombudsmeni (odnosno pučki pravobranitelji).<sup>74</sup> Da su nacionalni sudovi zadržali središnje mjesto u pružanju zaštite potrošačima potvrđuju i iskustva odvjetnika i sudaca, koji čak procjenjuju da je u oko 20 % od ukupnog broja predmeta u kojima su sudjelovali, bila riječ o nepoštenim odredbama ugovora.<sup>75</sup> Pri usmjeravanju stranaka na ostvarivanje zaštite pred sudom odnosno pomoću mehanizama ARPS-a, odvjetnici uzimaju u obzir, redoslijedom prema važnosti, najprije troškove postupka, potom složenost postupka, trajanje postupka, vrijednost tražbine i nedostatak predvidljivosti.<sup>76</sup> Na trajanje i troškove sudskog postupka fokusirala se i Evaluacijska studija iz 2017. godine, u namjeri da se izvede zaključak o njihovom djelovanju kao potencijalnih barijera pri djelotvornom ostvarenju pravne zaštite potrošača u postupcima pred sudovima država članica. U usporedbi s troškovima postupka, kod ispitanika trajanje sudskog postupka izaziva veće nezadovoljstvo. Time se otvara prostora argumentu u prilog primjeni

72 Iz istraživanja su izuzete Bugarska, te Velika Britanija i Irska.

73 Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 104.

74 Ibid, str. 78.

75 Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 90-91.

76 Ibid, str. 94.



mehanizama ARPS-a, koji u odnosu na sudski postupak pružaju mogućnost bržeg rješavanja spora.<sup>77</sup> U odnosu na troškove postupka, premda se krenulo od preispitivanja sudskih troškova, uočeno je da faktički, potencijalnu prepreku u nekim nacionalnim postupcima, čine troškovi odvjetničkog zastupanja. Naime, tek određeni dio država članica nema u nacionalnom postupovnom pravu predviđenu obvezu odvjetničkog zastupanja u postupcima pred sudom. U dijelu država članica u kojima je obveza predviđena, određuje se s obzirom na vrijednost predmeta spora. Iz toga proizlazi, da s obzirom na pretežno malu vrijednost tražbina u potrošačkim sporovima, u većini nacionalnih sustava zastupanje odvjetnika ne bi bilo obvezno. Ipak, problem postoji u onim nacionalnim sustavima gdje je ta obveza određena već za sporove u kojima je riječ o maloj vrijednosti tražbine (kao što je Italija, gdje je dostatno da vrijednost spora prelazi 1500 eura). Dodatno, u instancijskim postupcima obveza odvjetničkog zastupanja mnogo je češće propisana, zbog čega je izražena bojazan da bi to moglo biti razlogom za 'zaustavljanje' većeg broja sporova na prvom stupnju, čemu u prilog govori i oskudan broj predmeta koji su do sada dospjeli do vrhovnih sudova država članica te Suda EU-a.<sup>78</sup> Tumačenje ovih zaključaka u svjetlu uređenja hrvatskoga postupovnog prava stavlja naglasak na trajanje postupka kao potencijalnu barijeru, dok zastupanje u postupku od strane punomoćnika ne bi trebalo imati ograničavajući učinak na ostvarivanje zaštite potrošača u postupku pred sudom. Naime, u našem pravu nema pravila po kojima bi stranke u parnici morali obvezatno u svim sporovima zastupati profesionalni punomoćnici, odnosno odvjetnici (tzv. *Advokatenzwang*).<sup>79</sup> Time se željelo izbjeći s jedne strane, monopolistički položaj odvjetnika u pravnom zastupanju, a s druge diskriminaciju i neravnopravnost postupovnog položaja onih stranaka koje nemaju dostatna sredstva za plaćanje nagrade odvjetnicima. Istovremeno, kako bi se osigurala efikasnost pružanja pravne pomoći, osobito nekim strankama u instancijskim postupcima, koji pretpostavljaju veću složenost i nužnu višu razinu pravnog znanja, stranka može podnijeti reviziju Vrhovnom sudu RH samo preko punomoćnika koji je odvjetnik. Iznimno, to može učiniti samostalno, ako ima položen pravosudni ispit ili to za nju kao opunomoćenik može učiniti osoba koja ima položen pravosudni ispit, a nije odvjetnik (arg. ex čl. 91. a st. 1. i 2. ZPP).<sup>80</sup>

77 Ibid, str. 96.

78 Ibid, str. 123.

79 Triva, S., Dika, M., op. cit., str. 327. Istovremeno, Evaluacijska studija iz 2017. godine pogrešno interpretira podatak iz hrvatskog nacionalnog izvješća koje navodi da je prema hrvatskom pravu obvezno (zakonsko) zastupanje poslovno nesposobnih osoba (misleći pritom na zastupanje od strane odvjetnika). Naime, hrvatski sustav na temelju toga navoda, smješta se u kategoriju sustava koji predviđaju obvezno zastupanje koje izravno povećava troškove sudjelovanja u postupku. No, kako zakonsko zastupanje, koje se sastoji u ovlaštenju na poduzimanje parničnih radnji pred sudom obično obavljaju roditelji za svoju maloljetnu (poslovno nesposobnu) djecu, zatim za djecu nakon punoljetnosti kojoj je oduzeta poslovna sposobnost ili centar za socijalnu skrbi sudjeluje kao zakonski zastupnik odsutnoj osobi nepoznatog boravišta i sl., jasno je da nije riječ o zastupanju koje utječe na podizanje troškova postupka. Mnogo više, ono služi zaštiti interesa osobe koja nije u mogućnosti to sama činiti. Premda obveza da zakonski zastupnik osigura odvjetničko zastupanje nije predviđena, zakonski zastupnik nije ograničen u mogućnosti da uzme odvjetnika. Usporedi Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 321.

80 Premda Evaluacijska studija iz 2017. godine govori o obvezi odvjetničkog zastupanja

Važan aspekt u olakšavanju pristupa sudu čini besplatna pravna pomoć, koja je velikom broju država članica dostupna potrošačima, bilo da sudjeluju u postupku kao tužitelji ili kao tuženici.<sup>81</sup> Temeljni su kriteriji za određivanje podobnosti za ostvarivanje besplatne pravne pomoći financijske mogućnosti podnositelja zahtjeva te osnovanost tužbenog zahtjeva.<sup>82</sup> Samo u malom broju država članica, mala vrijednosti tražbine kao i okolnost da najčešće nije riječ o složenim postupcima, mogu biti zapreka ostvarivanju prava na besplatnu pravnu pomoć.<sup>83</sup> Jedna od ideja koja se usporedbom rješenja prisutnih u državama članicama nametnula kao prikladna u olakšavanju pristupu sudu za potrošače, osobito za one slabijih financijskih mogućnosti, jest mogućnost prenošenja ovlasti na zastupanje udrugama za zaštitu potrošača. Za usporedbu, prenošenje ovlasti na regulatorna tijela bilo bi mnogo teže za ostvariti. U RH su određeni pomoci već učinjeni u tom pravcu na neformalnoj razini, angažmanom pojedinih odvjetnika koji se bave potrošačkim pravom, u udrugama za zaštitu potrošača.<sup>84</sup>

Jedan od ključnih nedostataka u uređenju postupka pred sudom, koji bitno utječe na djelotvornost u pružanju pravne zaštite potrošačima u RH jest izostanak mogućnosti da sudac aktivno vodi i usmjerava parnicu (tzv. *case management*). Sudac bi trebao moći odrediti precizan kalendar postupka te bi mu na raspolaganju trebale biti određene mjere kojima bi mogao poticati stranke da ga se pridržavaju, kako bi se postupak okončao bez nepotrebnih odugovlačenja i troškova. U RH 'aktivno' sudjelovanje suca<sup>85</sup> se može teško shvatiti kao 'gospodarenje parnicom' koje bi predstavljalo tzv. *case management*. Naime, hrvatski pravni sustav još uvijek u značajnoj mjeri podupire tradicionalna shvaćanja da je fleksibilnost sudova i sudaca u postupanju kao i prilagođavanje okolnostima svakoga pojedinog predmeta protivna striktnim postupovnim pravilima.<sup>86</sup> Osim što utječe na efikasnost individualnog postupka, ovaj nedostatak ozbiljno dovodi u pitanje sposobnost hrvatskih sudova da provode postupke kolektivne pravne zaštite.<sup>87</sup> Premda Evaluacijska studija iz 2017. godine sugerira da bi u svrhu osiguravanja dostupnosti sudskog postupka potrošačima

---

u instancijskim postupcima u nekim državama članicama, RH nije uvrštena među njih. Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 321.

81 Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 128.

82 Ibid, str. 132.

83 Ibid, str. 141.

84 Ibid, str. 146. Vidi primjer "Potrošača" Društva za zaštitu potrošača Hrvatske, Razvojne organizacije zaštite potrošača (ROZP).

85 Premda Evaluacijska studija iz 2017. godine na temelju izjave da je "sudac ili predsjednik vijeća aktivni sudionik parničnog postupka" smješta hrvatski sustav među one pravne sustave koji su izvršili pomak prema položaju suca kao 'gospodara postupka', u RH bit će potrebno uložiti značajne napore kako bi se to i ostvarilo. Prvenstveno, bilo bi potrebno potaknuti suce na korištenje metoda koje doprinose aktivnom vođenju postupka, poput određivanja kalendara postupka, kontrole načina postupanja stranaka, kako bi se postupak provodio brzo i učinkovito. Usporedi Evaluacijsku studiju iz 2017. godine, str. 164-165.

86 Uzelac, A., Why no class actions in Europe? A view from the side of dysfunctional justice systems, in: Harsagi, V., van Rhee, C.H., (ur.), Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?, Maastricht, Intersentia, 2014., str. 15.

87 Loc. cit.

uklanjanjem potrebe odvjetničkog zastupanja nacionalni zakonodavci trebali pristupati izradi propisa na nomotehnički manje složen i tehnički pristupačniji način, treba izraziti određenu sumnju u pogledu realnosti da bi ovakav zahtjev prihvatile država članica.<sup>88</sup>

Dok će kod otklanjanja barijere trajanja sudskog postupka biti potrebni značajniji zahvati u nacionalne pravosudne sustave država članica, ostale barijere, koje umanjuju garancije adekvatnog ostvarenja sudske zaštite za potrošače, a na čije je uklanjanje usmjerena EK svojim legislativnim djelovanjem, a Sud EU-a u svojoj judikaturi, kako se čini, postavljat će ipak manji izazov. Usporedno s tim nastojanjima, određeni će učinak na djelotvornost pravne zaštite koja se pruža na razini nacionalnih sudova imati i pojava u praksi Suda EU-a tzv. 'proceduralizacije' ili 'europeizacije' europskih instrumenata iz područja zaštite potrošača, konkretno Direktive 93/13. Riječ je sustavnom praćenju rada nacionalnih sudova potaknutih nizom zahtjeva za prethodnu odluku Suda EU te intervencijama u tumačenje relevantnih odredaba Direktive 93/13, u svrhu uklanjanja zapreka učinkovitoj postupovnoj zaštiti potrošača. Istovremeno, sve je naglašenija uloga članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima koji postavlja 'čisto' procesni zahtjev ostvarenjapostupovnih garancija u judikaturi Suda EU-a, u pogledu nacionalnih postupaka sukladno Direktivi 93/13. Iz toga proizlazi da se značajan potencijal za pomake u smjeru uklanjanja barijera ostvarenju djelotvorne zaštite potrošača u nacionalnim sudskim postupcima može nalaziti upravo u judikaturi Suda EU-a, odnosno njezinom učinku na promjene u praksi postupanja sudova država članica.

U nastavku će se, na podlozi nekoliko recentnih odluka Suda EU donesenih u postupku u povodu zahtjeva za prethodnu odluku, prikazati interakcija zahtjeva koje u osiguranju postupovne zaštite prava potrošača pred nacionalne sudove stavlja zajednička interpretacija relevantnih odredaba Direktive 93/13 te članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima. U biti, želi se ispitati nudi li, u svjetlu ovih zahtjeva, postupanje nacionalnih sudova u potrošačkim sporovima jamstva djelotvornosti pravne zaštite, različita od onih dostupnih u postupcima pokrenutima 'alternativnim' mu mehanizmima. Premda je praksa Suda EU-a u vezi s ovim pitanjima opsežna,<sup>89</sup> zadržat ćemo se na aspektima nekoliko novijih odluka, koje pružaju argumente odlučne za analizu.

Najprije, treba poći od pravozaštitnih standarda koje, prema interpretaciji Suda

88 Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 149.

89 Predmet C-372/10 *Hypotečni banka protiv Lindner*, ECLI:EU:C:2011:745; predmet C-433/11 *SKP protiv Polhošová*, ECLI:EU:C:2012:702; predmet C-472/11 *Banif Plus Bank protiv Csaba Csipai*, ECLI:EU:C:2013:88; predmet C-470/12 *Pohotovost' protiv Vašuta* ECLI:EU:C:2014:101; predmet C-92/14 *Tudoran protiv SC Suport Colect*, ECLI:EU:C:2014:2051; predmet C-169/14 *Sánchez Morcillo protiv BBVA*; predmet C-34/13 *Kušionová protiv SMART Capital*, ECLI:EU:C:2014:2189; predmet C-539/14 *Sánchez Morcillo protiv BBVA*, ECLI:EU:C:2015:508; predmet C-49/14 *Finanmadrid EFC SA protiv Albán Zambrano*, ECLI:EU:C:2016:98; predmet C-7/16 *Banco Popular Español protiv Giráldez Villar*, ECLI:EU:C:2016:523; predmet C-380/15 *Garzón Ramos protiv Banco de Caja España de Inversiones*, ECLI:EU:C:2016:112; predmet C-119/15 *Biuropodrózy 'Partner' protiv Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, ECLI:EU:C:2016:987; predmet C-503/15 *Margarit Panicello protiv Hernández Martínez*, ECLI:EU:C:2017:126.

EU-a, postavlja Direktiva 93/13 u postupku pred nacionalnim sudovima. Na njih je, u kontekstu postupaka izvansudske ovrhe na temelju hipoteke podsjetio Sud EU-a u recentnom predmetu C-598/15 *Banco Santander*.<sup>90</sup> Polazišna je točka tako idejada se potrošač nalazi u slabijem položaju u odnosu na prodavatelja robe ili pružatelja usluga u pogledu, i pregovaračke moći, i informiranosti, što je situacija koja ga navodi na to da pristane na uvjete koje je ranije sastavio prodavatelj robe ili pružatelj usluge, a da na njih ne može utjecati (arg. ex para. 42 *Banco Santander*). U velikom je broju predmeta iz područja primjene Direktive 93/13, Sud EU-a tako razmatrao odredbe nacionalnoga prava koje omogućuju vjerovnicima pokretanje ovršnog postupka protiv dužnika, za ostvarenje tražbine proizašle iz ugovora o kreditu osiguranog hipotekom. Prema shvaćanju Suda EU-a dužnik, koji je ujedno potrošač, mora imati mogućnost preispitivanja odredaba ugovora na temelju kojega se provodi ovrha, pred sudom. Upravo obveza *ex officio* preispitivanja nepoštenosti ugovornih odredaba koju je interpretacijom Direktive 93/13 u svojoj praksi Sud EU-a nametnuo nacionalnim sudovima<sup>91</sup>, prema shvaćanju pravne teorije, služi kao podloga razvoju autonomnog EU prava iz područja kontrole nepoštenih ugovornih odredaba te je istovremeno temelj autonomnog EU postupovnoga potrošačkog prava.<sup>92</sup> U tom je smislu, ona zapravo postala točka interakcije i frikcije EU prava i nacionalnog prava.<sup>93</sup>

Najpoznatiji među predmetima koji odražavaju ovaj pristup Suda EU-a je predmet *Aziz*.<sup>94</sup> U predmetu *Aziz*, Sudu EU-a postavljen je zahtjev za prethodnu odluku, između ostalog i u vezi s pitanjem treba li odredbe Direktive 93/13 tumačiti u tom smislu da su one u suprotnosti sa španjolskim nacionalnim pravnim propisom, kao što je onaj koji je predmet glavnog postupka koji, iako u nacionalnom postupku ovrhe ne omogućuje podnošenje prigovora nepoštenosti odredbe ugovora sklopljenog između potrošača te prodavatelja robe ili pružatelja usluge (konkretno ugovora o hipotekarnom kreditu sklopljenog između gospodina Aziza i španjolske banke *Catalunyacaixa*), ne predviđa mogućnost da sud nadležan za provođenje deklaratornog postupka i utvrđenje nepoštenosti ugovorne odredbe, donese mjeru kojom će se ostvariti učinkovitost zaštite koja se pruža potrošaču. Prema shvaćanju Suda EU-a, španjolsko zakonodavstvo nije usklađeno s načelom djelotvornosti, u dijelu u kojemu u ovršnom postupku kojega pokreće prodavatelj robe ili pružatelj usluge protiv potrošača, ne omogućuje ili otežava pružanje zaštite potrošača koja mu se jamči Direktivom 93/13. Kao što je nezavisna odvjetnica Kokott u t. 50 svoga mišljenja iznijela, ako u ovršnim postupcima, kao onaj koji je predmet glavnog postupka, koji je proveden prije okončanja deklaratornog postupka u kojemu se utvrđuje nepoštenost odredbe ugovora na kojemu se temelji

90 Predmet C-598/15 *Banco Santander*, ECLI:EU:C:2017:945.

91 Vidi *Pannon GSM*, t. 31. i 32. te *Banco Español de Crédito*, t. 42. i 43.

92 Micklitz, *Mohamed Aziz –sympathetic and activist, but did the Court get it wrong?*, 2013., str. 1. <[http://www.ecln.net/tl\\_files/ECLN/Florence%202013/Micklitz%20%20The%20ECJ%20gets%20it%20wrong%20Aziz-30-11-14.pdf](http://www.ecln.net/tl_files/ECLN/Florence%202013/Micklitz%20%20The%20ECJ%20gets%20it%20wrong%20Aziz-30-11-14.pdf)> 20.11.2015.

93 van Duin, A., *Metamorphosis? The role of 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in cases concerning national remedies and procedures under Directive 93/13/EC*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper br. 2017-37, Amsterdam, 2017., str. 4.

94 Predmet C-415/11, *Mohamed Aziz v Caixa'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, ECLI:EU:C:2013:164.

hipoteka i čiji rezultat poništava učinke ovršnog postupka, ne bi postojala mogućnost *ex officio* preispitivanja ugovornih odredaba, zaštita koja bi se pružila potrošaču imala bi isključivo naknadni kompenzatorni učinak, što bi bilo nepotpuno i nedostavno, te ne bi predstavljalo niti adekvatno niti djelotvorno sredstvo za sprječavanje kontinuirane primjene te odredbe, što je protivno odredbi čl. 7/1. Direktive 93/13.

Specifičnost judikature Suda EU-a u vezi s interpretacijom Direktive 93/13, dakle leži u okolnosti da, u namjeri da osigura podršku ostvarenju harmoniziranih prava zajamčenih potrošačima, Sud EU-a zapravo je proizveo potpuno neočekivan učinak, svojevrsne 'hibridizacije' postupovnih sredstava te zahtjeva u vezi s postupanjem nacionalnih sudova. Naime, način na koji će se pravila o 'neobvezujućoj naravi nepoštenih odredaba ugovora za potrošače' (arg. *ex* članak 6/1 Direktive 93/13) te 'primjerenih i djelotvornih sredstava za sprečavanje stalnog korištenja nepoštenih odredaba u ugovorima koji prodavatelji robe i pružatelji usluga sklapaju s potrošačima' (arg. *ex* članak 7/1 Direktive 93/13) implementirati u nacionalne sustave ostavljen je državama članicama. U tom smislu, pravilima Direktive 93/13 nisu izravno predviđena materijalnoppravna sredstva niti procesni instrumenti kojima će se navedena pravila ostvarivati, što načelno ostavlja prostor državama članicama urediti ih u skladu s nacionalnim postupovnim pravom. No, interpretirajući Direktivu 93/13 Sud EU-a postavlja u odnosu na postupanje nacionalnih sudova, sasvim konkretan zahtjev *ex officio* preispitivanja odredaba ugovora, kako bi se u slučaju utvrđenja njihove nepoštenosti, ostvarila pravozaštitna svrha odredbe o 'neobvezujućoj naravi nepoštenih odredaba ugovora za potrošača' što sukladno pravilima nacionalnog parničnog postupka država članica, sudovi ne bi nužno bili ovlašteni činiti. Pritom se u prvim odlukama iz korpusa zahtjeva za prethodnom odlukom u vezi s tumačenjem Direktive 93/13, poput predmeta *Océano*<sup>95</sup>, *ex officio* preispitivanje nepoštenosti ugovorne odredbe odnosilo na stadij redovitog parničnog postupka iz kojega proizlazi tražbina, dok se postupno taj zahtjev proširio i na stadij ovršnoga postupka, ako sud za to nije imao prilike u ranijim stadijima postupka.<sup>96</sup> Inzistiranjem na postojanju 'primjerenih i djelotvornih sredstava za sprečavanje stalnog korištenja nepoštenih odredaba u ugovorima koji prodavatelji robe i pružatelji usluga sklapaju s potrošačima' (arg. *ex* članak 7/1 Direktive 93/13) u svojoj judikaturi, Sud EU-a čak je u nekoliko predmeta (koji su prethodili predmetu *Kušionová*) intervenirao u sferu nacionalnoga

95 Spojeni predmeti C-240/98 i C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA protiv Roció Murciano Quintero* (C-240/98) i *Salvat Editores SA protiv José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) i *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98), ECLI:EU:C:2000:346.

96 Predmet C-415/11 *Mohamed Aziz protiv Caixad'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, ECLI:EU:C:2013:164; predmet C-473/00, *Cofidis SA protiv Jean-Louis Fredout*, ECLI:EU:C:2002:705; predmet C-243/08, *Pannon GSM Zrt. protiv Erzsébet Sustikné Győrfi*, ECLI:EU:C:2009:350; predmet C-76/10, *Pohotovost's.r.o. protiv Iveta Korčkovská*, ECLI:EU:C:2010:685; predmet C-618/10, *Banco Español de Crédito SA protiv Joaquín Calderón Camino*, ECLI:EU:C:2012:349; predmet C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt protiv Csaba Csipai i Viktória Csipai*, ECLI:EU:C:2013:88. Više o tome Poretti, Paula, *Consumer Protection in Enforcement Proceedings in Light of the Recent CJEU Case Law*, u: *SEE I EU Cluster of Excellence in European and International Law* (ed.), South Eastern Europe and the European Union-Legal Aspects, Verlag Alma Mater, Saarbrücken, 2015., str. 171-185.

postupovnog prava, i to na način da je tražio uspostavljanje privremenih mjera koje nisu bile imanentne nacionalnom postupku, kako bi se stvorili uvjeti za zaštitu prava potrošača zajamčenu pravom EU-a. To je potaknulo raspravu o ulozi sudova u kreiranju prava te ovlastima Suda EU-a da oblikuje 'nova' pravozaštitna sredstva.<sup>97</sup>

Tako, premda s obzirom na usmjerenost na ostvarenje *effet utile* Direktive 93/13 Sud EU u svojim odlukama ne čini razliku između materijalnopравnih sredstava i postupovnih instrumenata kojima se zaštita potrošača ima ostvariti, učinci na nacionalni sudski postupak su evidentni.<sup>98</sup> Ovdje se otvara pitanje je li i u kojoj mjeri ovakvo zadiranje u autonomiju država članica u sferi postupovnog prava opravdano, ako je učinjeno u namjeri da se osigura specifična zaštita prava potrošača. Ovakav pristup Suda EU-a naišao je na razjedinjene stavove u pravnoj teoriji, od podržavajućih do kritizirajućih, koji mu najviše zamjeraju invanzivnost te orijentiranost isključivo na krajnji cilj zaštite potrošača.<sup>99</sup> U zaključnim razmatranjima detaljnije ćemo se osvrnuti na ova pitanja.

U svjetlu prikazanog razvoja u judikaturi Suda EU-a iz područja interpretacije Direktive 93/13, interesantno je promotriti još jednu pojavu imanentnu recentnim predmetima. Riječ je o uvođenju<sup>100</sup> pitanja usklađenosti postupanja nacionalnih sudova u predmetima iz područja primjene Direktive 93/13 s odredbom članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima. U interakciji s odredbom članka 19/1/2 Ugovora o Europskoj uniji, iz koje proizlazi obveza država članica na uspostavljanje učinkovitih pravozaštitnih mehanizama, odredba članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima osnova je učinkovite postupovne zaštite pojedinaca, kao temeljnog ljudskog (postupovnog) prava na razini EU-a. U podlozi odredbe članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima su odredbe članaka 13. i 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda,<sup>101</sup> pa se standardi postupka pred sudom njome propisani, tiču osiguranja prava na 'učinkovito pravno sredstvo' te 'pravično suđenje' u 'razumnom roku' (arg. ex članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima). U postupku pred nacionalnim sudovima, primjenjujući vlastito pravo koje je usklađeno sa pravnom stečevinom EU-a, suci se istovremeno nalaze u poziciji nacionalnih i EU sudaca. Pri tome, jamstva pravičnoga suđenja, u skladu sa odredbom članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima, dijelom su standarda koja nacionalni sudovi primjenjujući pravo EU-a moraju poštovati, no njegovo djelovanje ovisi o interpretaciji koje u vezi s tom odredbom u svojoj judikaturi daje Sud EU-a. Stoga, odredba članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima nema izravno (horizontalno) djelovanje na odnos među strankama u postupku pred nacionalnim sudom države članice te se stranke ne mogu

97 Van Duin, A., op. cit., str. 8.

98 Ibid., str. 5.

99 Loc. cit.

100 Naime, samo u predmetu *Sánchez Morcillo* postavljeno pitanje obuhvaća i usklađenost sa odredbom člankom 47. Povelje EU o temeljnim pravima, dok je u predmetu *Kušionová* ono 'ugrađeno' intervencijom Suda EU-a. Za usporedbu, u predmetu *Finanmadrid* postavljeno je pitanje, između ostalog, bilo usmjereno na preispitivanje odredbe članka 47. Povelje o temeljnim pravima EU-a, no Sud EU-a nije našao za svrsishodno na njega i odgovoriti.

101 (Europska) konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN MU, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10).

na nju pozivati, već se njezin učinak sastoji u posrednom (vertikalnom) djelovanju, koje proizlazi iz zahtjeva u pogledu kvalitete postupanja koju nacionalnim sudovima nameće Sud EU-a.<sup>102</sup>

U tom je smislu interesantno osvrnuti se na pristup Suda EU-a u vezi s tumačenjem odredbe članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima u predmetima iz područja Direktive 93/13.

U predmetu *Kušionová*<sup>103</sup> tako Sud EU-a se izjasnio u pogledu pitanja treba li, s obzirom na članak 38. Povelje EU o temeljnim pravima, odredbe Direktive 93/13 tumačiti u tom smislu da su one u suprotnosti s nacionalnim pravim propisom kao što je onaj koji je predmet glavnog postupka koji dopušta ispunjenje tražbine, koja se temelji na eventualno nepoštenim ugovornim odredbama, izvansudskim ostvarivanjem založnog prava na nekretnini koju je potrošač dao u osiguranje. Ako je odgovor potvrđan, sud koji je uputio zahtjev želio je znati treba li, u skladu sa sudskom praksom koja proizlazi iz presude *Simmenthal* (EU:1978:49), odbaciti te odredbe nacionalnog prava. Unatoč tomu što je u prvom pitanju navedena isključivo odredba članka 38. Povelje EU o temeljnim pravima koja nameće zahtjev da politike EU osiguravaju visoku zaštitu potrošača, Sud EU-a je ocijenio potrebnim okolnosti predmeta razmatrati i u vezi sa člankom 47. Povelje EU o temeljnim pravima kojim se jamči pravo na učinkovit pravni lijek (arg. ex t. 45. i 47. *Kušionová*). U predmetu *Sánchez Morcillo*<sup>104</sup> Sudu EU upućeno je pitanje treba li člankom 7. stavkom 1. Direktive 93/13, zajedno s člankom 47. Povelje EU o temeljnim pravima, tumačiti na način da se protivi sustavu ovrhe kao što je onaj u glavnom postupku, koji predviđa da sudac koji odlučuje o meritumu ne može odgoditi ovrhu na temelju hipoteke, pri čemu može svojom konačnom odlukom, u najboljem slučaju, dodijeliti odštetu za štetu koju pretrpi potrošač, u mjeri u kojoj se potonji kao ovršenik ne može žaliti na odluku kojom se odbija njegov prigovor na tu ovrhu, dok se prodavatelj ili pružatelj kao ovrhovoditelj može koristiti žalbom protiv odluke kojom se nalaže okončanje postupka ili se nepoštena odredba proglašava neprimjenjivom.

U predmetu *Kušionová* Sud EU-a se referirao na odredbu članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima, kako bi naglasio nužnost uspostavljanja takvog nacionalnog postupka za izvansudsko ostvarivanje založnog prava na nekretnini koju je potrošač dao u osiguranje (a ona predstavlja njegov dom), koji ne čini nemogućim ili pretjerano teškim očuvanje prava koja ta direktiva priznaje potrošaču. Dakle, djelovanje postupovnih garancija u smislu odredbe članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima, ovdje je poslušilo isključivo kako bi se podcrtala nužnost uspostavljanja djelotvornog

102 U tom smislu, rečeno je kako u ostvarivanje prava EU-a, nacionalni sudovi dosuđuje razinu zaštite koju traži pravo EU, a Sud EU-a je taj koji određuje koja je to razina, interpretacijom člankom 47. Povelje EU o temeljnim pravima. Time se nacionalne pravne poretke ugrađuje EU standard učinkovite sudske zaštite. Tako Safjak, Marek, A Union of Effective Judicial Protection. Addressing a multi-level challenge through the lens of Article 47 CFREU, King's College London, 2014., <<https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/speech-KINGS COLLEGE.pdf>>, 15.01.2018.; Slično o tome Mak, C., op. cit., str. 1-26.

103 Predmet C-34/13 *Monika Kušionová protiv SMART Capital, a.s.*, ECLI:EU:C:2014:2189.

104 Predmet C-169/14 *Juan Carlos Sánchez Morcillo i María del Carmen Abril García protiv Banco BilbaoVizcaya Argentaria SA*, ECLI:EU:C:2014:2099.

postupovnog sredstva, kakva je privremena mjera u pitanju, kojom se postiže razina zaštite potrošača predviđena Direktivom 93/13. Zasebnim učinkom odredbe članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima, koji bi pretpostavljao ispitivanje postupovnih garancija dostupnih objema strankama u postupku, kao što je onaj u glavnom postupku, Sud EU se nije bavio. Da je to kojim slučajem učinio, postupovne garancije koje proizlaze iz tumačenja odredbe članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima razmatrale bi se i s aspekta zaštite prava vjerovnika u postupku. Tako bi u pitanje bila dovedena potencijalna opravdanost (vremenskog) ograničenja prava na podnošenje tužbe u svrhu osiguranja učinkovitosti ovršnog postupka te zadiranje u pravo na osobni i obiteljski život potrošača kao dužnika (članka 7. Povelje EU o temeljnim pravima), kao nužno i proporcionalno, u svjetlu ostvarenja prava vjerovnika na brzo provođenje ovršnog postupka.<sup>105</sup> U predmetu *Sánchez Morcillo* Sud EU-a naveo je da članak 7. stavak 1. Direktive 93/13, zajedno s člankom 47. Povelje EU o temeljnim pravima, treba tumačiti u smislu da se protivi sustavu ovrhe kao što je onaj u glavnom postupku, koji predviđa da sudac koji odlučuje o meritumu ne može odgoditi ovrhu na temelju hipoteke, pri čemu može svojom konačnom odlukom, u najboljem slučaju, dodijeliti odštetu za štetu koju pretrpi potrošač, u mjeri u kojoj se potonji kao ovršenik ne može žaliti na odluku kojom se odbija njegov prigovor na tu ovrhu, dok se prodavatelj ili pružatelj kao ovrhovoditelj može koristiti žalbom protiv odluke kojom se nalaže okončanje postupka ili se nepoštena odredba proglašava neprimjenjivom. Ovdje je Sud EU-a doveo u izravnu vezu djelovanje odredbe članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima sa izjednačavanjem nejednakog postupovnog položaja, već i onako nejednakih stranaka (vidjeti *per analogiam* presudu *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, EU:C:2013:800, t. 50.). Također, ponovno se Sud EU-a poslužio postupovnim jamstvima članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima kako bi naglasio potrebu otklanjanja barijera koje postoje u nacionalnom postupovnom sustavu, a sastoje se u nejednakosti dostupnih postupovnih instrumenata, kako bi se zajamčila sudska zaštita koju potrošači trebaju uživati temeljem odredaba Direktive 93/13 (vidjeti u tom smislu presudu *Aziz*, EU:C:2013:164, t. 62.). Istovremeno, u predmetu *Finanmadrid* Sud EU-a nije našao da je potrebno odgovoriti na postavljena pitanja treba li odredbu članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima tumačiti na način da se protivi nacionalnom propisu, koji predviđa postupak izdavanja platnog naloga i postupak ovrhe sudskih odluka, a kojim se ne predviđa u svim slučajevima sudski nadzor tijekom deklaratorne faze postupka niti se dopušta da u fazi ovrhe sudac pred kojim se vodi postupak provede nadzor nad obrazloženom odlukom *Secretaría Judicial* kao i nacionalnom propisu koji ne dopušta nadzor po službenoj dužnosti poštovanja prava na saslušanje jer je odluka postala pravomoćna. Ovakav je stav Suda EU-a možda potaknut zaključkom nezavisnog odvjetnika Szpunara, koji je u svome mišljenju iznio da se uočena neusklađenost španjolskog nacionalnog propisa te Direktive 93/13 i načela djelotvornosti ne može temeljiti samo na članku 47. Povelje EU o temeljnim pravima. U tom smislu, čini se da se NO Szpunar udaljava od dosadašnjeg shvaćanja u praksi Suda EU (vidi *Sanchez Morcillo*) da djelotvornost ostvarenja zaštite zajamčene Direktivom 93/13 u pogledu korištenja nepoštenih

<sup>105</sup> Van Duin, A., op. cit., str. 9.



odredbi podrazumijeva zahtjev adekvatne postupovne zaštite, koji je također propisan člankom 47. Povelje EU o temeljnim pravima, a koji je nacionalni sud dužan poštovati (premda ga, istovremeno, ne negira). Ovo razlučivanje između razine zaštite zajamčene Direktivom 93/13 te članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima NO Szpunar temelji na procjeni da je razina sudske zaštite prava koja potrošači imaju prema Direktivi 93/13 šira od one koja proizlazi iz članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima za svaku stranku u građanskom sporu koji uključuje pravo EU-a. To temelji na spoznaji da članak 47. Povelje EU o temeljnim pravima općenito nije protivno to da određene odluke iz područja izvršavanja sudske funkcije donosi nesudsko tijelo, ako te odluke *a posteriori* mogu biti predmet sudskog nadzora. S druge strane, pravo na sud propisano člankom 47. Povelje EU o temeljnim pravima kao takvo ne uključuje zahtjev da sud po službenoj dužnosti provede ispitivanje kako bi se sačuvala prava koja stranke imaju na temelju prava EU-a. Ovdje je, kako se čini, NO Szpunar djelovanje pravila izraženoga u odredbi čl. 47. Povelje EU o temeljnim pravima promatrao u njegovu (izvornom) postupovnome značenju, ne ograničavajući njegov domet isključivo na 'potporu' realizaciji onih prava koje jamči Direktiva 93/13 u postupku pred sudom. Stoga, ne čudi njegov zaključak da je razina sudske zaštite prema Direktivi 93/13 šira od one koja proizlazi iz članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima. U prilog tome govori u judikaturi Suda EU-a ranije uočena tendencija 'kreiranja' postupovnih sredstava koja do tada nisu bila dostupna u nacionalnom sustavu države članice, kao i proširenje ovlasti nacionalnoga suda na *ex officio* preispitivanje nepoštenosti ugovornih odredaba, čak i u stadiju ovršnoga postupka, kojemu to nije nužno imanentno prema pravilima nacionalnoga postupovnog prava, a sve u svrhu očuvanja i ostvarenja prava koja se potrošačima jamče Direktivom 93/13. Ovakav zaključak otvara novi aspekt promišljanja u raspravi o zaštiti prava potrošača u individualnom sudskom postupku kao (naj)boljem putu. Stoga, zaključno će se razmotriti nosi li ova pojava novu perspektivu naspram uloge i zadaća nacionalnih sudova? Ima li članak 47. Povelje EU o temeljnim pravima potencijal ponuditi 'novu učinkovitost' pravne zaštite potrošača koja se ostvaruje u postupcima pred sudom, a koja već (ni)je u dovoljnoj mjeri zajamčena tumačenjem Direktive 93/13 u praksi Suda EU-a?

#### 4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Budući daje mogućnost zaštite prava nužna pretpostavka za njihovu egzistenciju,<sup>106</sup> u radu smo željeli istražiti može li se o nekom od međusobno 'konkurirajućih' puteva ostvarivanja zaštite prava potrošača govoriti kao (naj)boljem. Pritom smo kao mjerilo koje se najčešće apostrofira uzeli efikasnost pojedinog mehanizma da u okviru nacionalnoga sustava država članica omogući ostvarivanje djelotvorne pravne zaštite. Krenuli smo od pretpostavke pod kojom je EK pokušala napustiti tradicionalan put ostvarenja zaštite potrošača u postupku pred sudom uvodeći mehanizme ARPS-a, da oni nude jednostavno, brzo i jeftino izvansudsko rješavanje sporova.<sup>107</sup> Unatoč tomu što je primjena mehanizama ARPS-a koji su usklađeni sa načelima koje donosi

<sup>106</sup> Triva, S., Dika, M., op. cit., str. 4.

<sup>107</sup> Rühl, G., op. cit., str. 2.

Direktiva o ARPS-u predviđena podjednako za domaće i prekogranične sporove, u analizi smo se ograničili na primjenu u nacionalnim sustavima država članica. Stoga, određeni argumenti koji bi govorili u prilog učinkovitosti mehanizama ARPS-a u osiguranju zaštite prava potrošača u prekograničnim sporovima, ovdje se neće uzimati u obzir.<sup>108</sup> Iz provedene usporedbe funkcioniranja nacionalnih mehanizama ARPS-a proizlazi bitna neujednačenost te nedostatno razumijevanje mehanizama ARPS-a na razini država članica, što umanjuje njihov pravozaštitni potencijal. Samo u državama članicama u kojima mehanizmi ARPS-a imaju dugu tradiciju, su efikasni, osiguravaju jednostavan, besplatan ili jeftin te brz i učinkovit pristup rješavanju spora između potrošača i trgovaca.<sup>109</sup> U tom smislu, trenutno stanje funkcioniranja mehanizama ARPS-a ne ulijeva povjerenje da će implementacija načela koje donosi Direktiva o ADR-u postići željeni učinak uspostavljanja režima ARPS-a na razini EU-a za učinkovito rješavanje domaćih i prekograničnih potrošačkih sporova. Izvršena analiza novouvedenih načela na čijoj bi se podlozi trebali urediti mehanizmi ARPS-a nije otkrila značajniji pravozaštitni potencijal, unatoč velikoj posvećenosti EK ideji razvoja metoda alternativnog rješavanja potrošačkih sporova na EU razini. Učinak očekivanih kvaliteta mehanizama ARPS-a u smislu jednostavnog, brzog i jeftinog postupanja koje bi trebali osigurati sklonost potrošača rješavanju spora u postupku ARPS-a, u okviru predviđenog zakonodavnog okvira kojim su uvedeni njihovi temeljni postulati, teško je ostvariv. Neki od problematičnih aspekata su pritom, mogućnost odabira trgovca hoće li pristati na postupak ARPS-a, potencijalna neobveznost konačnog rješenja spora te potencijalna naplatnost postupka (u neutvrđenim iznosima u odnosu na subjekte koji postupaju u pojedinim državama članicama). Međutim, najveći prigovori tiču se upravo kvalitete pravne zaštite koja je dostupna potrošačima, točnije, oslabljenih postupovnih garancija samih postupaka ARPS-a. Naime, treba poći od naravi postupaka ARPS-a, u kojima fokus nije (isključivo) na donošenju meritorne odluke kojim se okončava spor među strankama, već na pronalaženju rješenja na koje će obje stranke pristati. Takav se postupak vodi pred osobom koja nije nužno sudac te ne posjeduje potrebna pravna znanja, donosi se rješenje koje čak nije nužno obvezujuće među strankama, te u tom smislu, potrošaču će ponovno radi ostvarenja zaštite, u konačnici jedini preostali pravni put za ostvarenje zaštite biti postupak pred sudom. Istodobno se postavlja pitanje hoće li ga, s obzirom na nezadovoljstvo ishodom postupka ARPS-a potrošač biti spreman pokrenuti. Također, proces odlučivanja osobe koja vodi postupak ARPS-a, koji uključuje i interpretaciju prava EU-a koji se primjenjuje u postupcima, uskraćen je za interakciju sa Sudom EU-a.

Za usporedbu, mehanizmi kolektivne pravne zaštite u nacionalnim sustavima država članica posjeduju sva obilježja i kvalitete imanentne sudskome postupku, no trenutno je njihov najveći nedostatak, kao i zapreka učinkovitosti, u ograničenom dometu zaštite koju potrošačima mogu pružiti. Pritom se ponajprije misli na ograničenje pravozaštitnog zahtjeva koji se u postupcima kolektivne pravne zaštite, u većini nacionalnih pravnih sustava, može podnijeti isključivo na propuštanje, te *in*

108 O argumentima koji govore u prilog učinkovitosti mehanizama ARPS-a u osiguranju zaštite potrošača u prekograničnim sporovima vidi više, Rühl, G., op. cit., str. 16-18.

109 Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 308.

*abstracto* pravne zaštite koju se njime može realizirati. Bez uvođenja mogućnosti naknade štete, mehanizmi kolektivne pravne zaštite, nažalost, ostat će 'bezubi',<sup>110</sup> bez stvarnog doprinosa učinkovitosti u pružanju pravne zaštite potrošača.

Međutim, čini li sve to utemeljenim zaključak o sudskoj zaštiti individualnih prava potrošača kao (naj)boljem putu? Analiza nacionalnih sudskih postupaka, očekivano, kao najveće barijere podcrtava duljinu trajanja te troškove postupka, osobito imajući u vidu malu vrijednost tražbine u potrošačkim sporovima. Ipak, u usporedbi s mehanizmima ARPS-a, njihova je tradicija mnogo dulja te nude jamstva razvijenijeg, koherentnog i ujednačenog sustava za ostvarenje pravne zaštite. Taj sustav omogućuje donošenje odluke čije djelovanje nije ograničeno isključivo na rješavanje spora između potrošača i trgovca, nego ima i širi društveni značaj u provedbi potrošačkog prava EU-a. Uz to, odluke sudova nižeg stupnja podložne su preispitivanju od viših sudova, kako bi se otklonili eventualni nedostaci. U promišljanju mogućih unaprjeđenja mehanizama ARPS-a, u smislu podizanja kvalitete odluka odnosno nagodbi kojima se okončava postupak čak se pojavila ideja o njihovu upućivanju na provjeru i odobravanje od strane suda.<sup>111</sup> Očigledno, povjerenje koje uživa odluka koju donosi nacionalni sud, nije standard kojega mehanizam koji mu je 'alternativan' može tako jednostavno zadovoljiti.

Budući da podjednako, svaki od analiziranih puteva ostvarenja zaštite prava potrošača očituje određene prednosti i nedostatke, opravdano je, u potrazi za (naj) boljim putem upitati se što bi bilo prikladno mjerilo? Treba li se zadovoljiti načelnim obećanjima brzog, jednostavnog i jeftinog postupanja koje bi trebalo osigurati djelotvornu pravnu zaštitu? Moguće, ako se jednako tako pristaje i na načelne barijere koje izostanak takvih mehanizama stvara u realizaciji pravne zaštite potrošačima na unutrašnjem tržištu. Naime, jednako kao što je, pretežno na podlozi generalnih zaključaka i analiza, bez empirijskih dokaza, argumentirano uvođenje mehanizama ARPS-a kao ključnih za uklanjanje barijera zbog nepovjerenja potrošača u mogućnost ostvarenja pravne zaštite tradicionalnim putem<sup>112</sup>, isto je tako jednostrano ocijenjeno da se ključ njihove efikasnosti krije u jednostavnosti, brzini i lakšoj dostupnosti. Pritom se zaboravlja da se djelotvornost podjednako ogleda i u postupanju u kojemu se inzistira na postupovnim garancijama, koje bi zbog njihova slabijeg položaja u odnosu na protustranku, za potrošače čak trebale biti jače, nego za druge pojedince. U tom smislu usporedba mehanizama otkriva određenu podvojenost na razini EU-a, između pokušaja da se ponude mehanizmi, gotovo ogoljeni od temeljnih postupovnih kvaliteta, poput jamstva suđenja koji provodi profesionalni sudac, javnosti, djelovanja *res iudicata*, pravne sigurnosti i dr., te težnja da se u individualnim sudskim postupcima zajamči zaštita prava potrošača, koja negdje čak izlazi iz okvira jamstava koja pruža interpretacija nacionalnih postupovnih pravila u skladu s člankom 47. Povelje EU o temeljnim pravima. Tako, ako se promatra zahtjev za osiguranje učinkovitosti postupanja nacionalnih sudova u svrhu pružanja pravne zaštite potrošača kroz

110 Uzelac, A., *Why no...* cit., str. 62.

111 Evaluacijska studija iz 2017. godine, str. 305.

112 O nedostatku empirijskih dokaza u recitalima i obrazloženjima Prijedloga Direktive o ARPS-u iz 2011. godine kao i nedostatnosti argumenata koji bi govorili u prilog legislativnim rješenjima vidi više Rühl, G., op. cit., str. 9.

dimenziju interpretacije Direktive 93/13 u judikaturi Suda EU, opravdano se može govoriti o tendenciji da razina zaštite dostupne potrošačima, čak i u postupovnom smislu, ne bude uvjetovana (isključivo) pravilima sudskoga postupka koji se provodi pred nacionalnim sudom. Naime, zahtjevi koje interpretacija Direktive 93/13 u vezi s člankom 47. Povelje EU o temeljnim pravima postavlja, trebali bi služiti tek kako bi se unaprijedila i ugodila nacionalna pravna sredstva i postupovni instrumenti kojima se ostvaruje pravo EU-a, u slučaju da se njihov pravozaštitni učinak procjenjuje manjkavim ili nedostatnim.<sup>113</sup> Ipak, kao što je u predmetu *Finanmadrid* zamijetio NO Szpunar, inzistirajući na visokoj razini sudske zaštite prava potrošača sukladno Direktivi 93/13 Sud EU je u svojoj judikaturi postavio zahtjeve koji čak nadilaze one iz odredbe članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima. U tom smislu, čini se da će u narednom razdoblju biti potrebno zauzeti jasan stav u pogledu pitanja, hoće li zahtjev za ostvarenje zaštite prava potrošača primjenom EU prava pred nacionalnim sudovima biti opravdanje posrednog, ali svejedno zamjetnog zadiranja u nacionalno postupovno pravo kroz judikaturu Suda EU. Može li to biti zalag djelotvornosti zaštite prava potrošača u sudskome postupku, koja se (za sada) unatoč naporima, ne uspijeva u dostatnoj mjeri osigurati mehanizmima koji čine alternativu sudskome postupku? Ili će pak postupno, potraga za ostvarenjem učinkovite pravne zaštite prava potrošača kroz zahtjeve koje u svojoj judikaturi postavlja Sud EU kroz interpretaciju člankom 47. Povelje EU o temeljnim pravima naići na svoja ograničenja, kao što se nazire iz predmeta *Finanmadrid* i *Banco Santander*, ostaje za vidjeti. Ako bi do toga i došlo, to ne mora nužno značiti slabljenje jamstava učinkovite pravne zaštite za potrošače, uz pretpostavku jačeg angažmana nacionalnih sudova u interpretaciji zahtjeva Direktive 93/13 u vezi s člankom 47. Povelje EU o temeljnim pravima u postupanju, što je i njihova izvorna uloga.

Izvršena analiza ne pruža dostatnu podlogu kako bi se odredio (naj)bolji put za ostvarenje zaštite prava potrošača u nacionalnim sustavima država članica. Štoviše, umjesto njihova međusobnog suprotstavljanja, oportunističnije bi bilo razmišljati u smjeru balansirano uređenja njihovog međudjelovanja. Svakako ne bi bilo uputno napuštati uspostavljene sustave ostvarenje pravne zaštite potrošača u individualnom postupku, osobito imajući u vidu standarde pravičnog suđenja, instancijske kontrole i podložnosti preispitivanju od strane Europskog suda za ljudska prava te Suda EU-a, koji su ugrađeni u te sustave. Osobito bi trebalo cijeniti napore Suda EU-a u osiguranju učinkovite pravne zaštite potrošača interpretacijom načela 'učinkovitosti' i 'efikasnosti' u pravu EU-a te zahtjeva koje postavlja odredba članka 47. Povelje EU o temeljnim pravima. Stoga, umjesto da ih se u potpunosti zamijeni privatnopravnim sustavima mehanizama ARPS-a koji, osim neujednačenosti na nacionalnom planu država članica, uvelike pate od nedostataka u kvaliteti pravne zaštite koju pružaju<sup>114</sup>, trebalo bi iskoristiti postojeći potencijal nacionalnih individualnih sudskih postupaka, uključujući i sumarne postupke u sporovima male vrijednosti te ih primjereno reformirati. Istodobno, uspostavljene sustave mehanizama ARPS-a te kolektivne pravne zaštite trebalo bi i dalje osnaživati, kako bi bili dostupni za rješavanje onih

113 Van Duin, A., op. cit., str. 15.

114 Eidenmüller, H., Fries, M., op. cit., str. 113.

sporova za koje individualni sudski postupak nije pogodan.<sup>115</sup> U odnosu na mehanizme ARPS-a, to bi se najprije odnosilo na jačanje potencijala za rješavanje prekograničnih sporova. Tek bi takav složen i sofisticiran sustav, oslanjajući se u svome funkcioniranju na međusobno isprepletene mehanizme za ostvarenje pravne zaštite potrošača (u određenim kategorijama sporova), mogao biti polog stvarne djelotvornosti zaštite koja će se na razini država članica pružati potrošačima.

---

115 Rühl, G., op. cit., str. 18.

## LITERATURA

## Knjige

1. Benöhr, I., *EU Consumer Law and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
2. Harsagi, V., van Rhee, C.H., (ur.), *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, Maastricht, Intersentia, 2014.
3. Meller-Hannich, C., *Kolektivna pravna zaštita u Europi i europska kolektivna pravna zaštita u: Garašić, J., (ur.), Europsko građansko procesno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2013., str. 229-230.*
4. Poretti, P., *Kolektivna pravna zaštita u parničnom postupka (doktorska disertacija)*, Zagreb, 2014.
5. Triva, S., Dika, M., *Gradansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004.*

## Članci

1. Cauffmann, C., *Critical remarks on the ADR Directive*, Maastricht, Maastricht European Private Law Institute Working Paper vol.13., 2016., str. 1-7.
2. Creutzfeldt, N., *How Important is Procedural Justice for Consumer Dispute Resolution? A Case Study of an Ombudsman Model for European Consumers*, *Journal of Consumer Policy*, vol. 37, 2014., str. 527–546.
3. Eidenmüller, H., Fries, M., *Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe u: Micklitz, H-W. Wechsler, A., (ur.), The Transformation of Enforcement: European Economic Law in Global Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2016., str. 87-113.
4. Mak, C., *Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, u: Micklitz, H-W., (ed), *Collected Courses EU Summer School 'The Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, str. 1-26., <<http://ssrn.com/abstract=2126551>>, 14.01.2018.
5. Mišćenić, E., Malnar Butorac, V., *Online rješavanje potrošačkih sporova*, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. 8., br. 1/2017., str. 103-142.
6. Petrašević, T., Poretti, P., *Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj s posebnim osvrtom na ugovore sklopljene izvan poslovnih prostorija ponuditelja i ugovore na daljinu*, *Sarajevo, Društveni ogledi*, 3(2016)1, str. 9-54.
7. Poretti, Paula, *Consumer Protection in Enforcement Proceedings in Light of the Recent CJEU Case Law*, u: *SEE I EU Cluster of Excellence in European and International Law (ed.)*, *South Eastern Europe and the European Union-Legal Aspects*, Verlag Alma Mater, Saarbrücken, 2015., str. 171-185.
8. Rühl, G., *Alternative and Online Dispute Resolution for (Cross-Border) Consumer Contracts: A Critical Evaluation of the European Legislature's Recent Efforts to promote Competitiveness and Growth in the Internal Market*, *38 Journal of Consumer Policy*, 2015., str. 1-36.
9. Uzelac, A., *Kann die Effizienz der Justiz gemessen werden? –Versuch eines Vergleichs der europäischen Justizsysteme u: Gottwald, Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten, Bielefeld (Gieseking)*, 2006., str. 41-72.
10. Uzelac, A., *Mirenje kao alternativa sudenju*, str. 18. (s grupom autora) u: *Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovima*, Zagreb: TIM Press, 2004., str. 15-32.
11. Uzelac, A., *Why no class actions in Europe? A view from the side of dysfunctional justice systems*, u: Harsagi, V., van Rhee, C.H., (ur.), *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, Maastricht, Intersentia, 2014., str. 53-74.

12. van Duin, A., *Metamorphosis? The role of 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in cases concerning national remedies and procedures under Directive 93/13/EC*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper br. 2017-37, Amsterdam, 2017., str. 1-16.

#### Pravni akti

1. Direktiva 98/27/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača, OJ L 166 od 11.6.1998.
2. Direktiva 2009/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača, OJ L 110/30 od 1.5.2009.
3. Direktiva 2013/11/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2013. o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova, SL L 165/63, 18.6.2013.
4. Odluka o određivanju tijela i osoba ovlaštenih za pokretanje postupaka za zaštitu kolektivnih interesa potrošača (NN 105/14).
5. Povelja Europske unije o temeljnim pravima, Službeni list EU C 202/389, 7.6.2016.
6. Preporuka Komisije 2013/396/EU od 11. lipnja 2013. o zajedničkim načelima postupaka kolektivne zaštite pokrenute tužbama na propuštanje i radi naknade štete u državama članicama koje se tiču povreda prava zajamčenih pravom EU, Službeni list EU L 201/60, 26.7.2013.
7. Zakon o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova (NN 121/16).

#### EU dokumenti

1. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and the Social Committee and the Committee of the Regions, EU Consumer Policy Strategy 2007-2013, Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them, COM (2007) 99 final.
2. European Commission, Evaluation Study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law, JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082, European Union, 2017.
3. Inception impact assessment 'A New Deal for Consumers-revision of the Injunctions Directive', Ref. Ares(2017)5324969 - 31/10/2017.
4. Program zaštite potrošača za razdoblje 2014-2020 (A European Consumer Agenda-Boosting confidence and growth) te naglasak na razvoj mehanizama izvanuskog (alternativnog) i *online* rješavanja sporova. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and the Social Committee and the Committee of the Regions, A European Consumer Agenda-Boosting confidence and growth, COM(2012) 225 final.

#### Vrela s interneta

1. Belgian Court Rules on recognition of U.S. Class Action Settlements <<https://www.lexgo.be/en/papers/judicial-law/civil-procedure/belgian-court-rules-on-recognition-of-classes-action-settlements,113101.html>>, 7. lipnja 2017., 10. siječnja 2018.
2. Civic Consulting, Part I: Main Report, str. 174. <[http://ec.europa.eu7consumers/redress\\_cons/finalreportevaluationstudy-part1-final2008-11-26.pdf](http://ec.europa.eu7consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudy-part1-final2008-11-26.pdf)> 16.01.2018.
3. European Commission Directorate-General Justice and Consumers, Consumers Conditions Scoreboard »Consumers at home in the Single Market«, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017., <[https://ec.europa.eu/commission/news/commission-publishes-2017-eu-justice-scoreboard-2017-apr-10\\_en](https://ec.europa.eu/commission/news/commission-publishes-2017-eu-justice-scoreboard-2017-apr-10_en)> 10.01.2018.

4. European Coalition for Corporate Justice, *EU Law for Collective Redress, Case for the environment, human rights and fair competition-position paper*, 2017., str. 6. <[http://corporatejustice.org/eccj\\_eu\\_law\\_for\\_collective\\_redress\\_position-paper2017.pdf](http://corporatejustice.org/eccj_eu_law_for_collective_redress_position-paper2017.pdf)>, 15.01.2018.
5. Safjak, Marek, *A Union of Effective Judicial Protection. Addressing a multi-level challenge through the lens of Article 47 CFREU*, King's College London, 2014., <<https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/Speech-KINGSCOLLEGE.pdf>>, 15.01.2018.

#### Praksa Suda Europske unije

1. Predmet C-598/15 Banco Santander ECLI:EU:C:2017:945.
2. Predmet C-169/14 Juan Carlos Sánchez Morcillo i María del Carmen Abril García protiv Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, ECLI:EU:C:2014:2099.
3. Predmet C-415/11, Mohamed Aziz v Caixad' Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), ECLI:EU:C:2013:164.
4. Predmet C-34/13 Monika Kušionová protiv SMARTCapital, a.s., ECLI:EU:C:2014:2189.



**Paula Poretti\***

Summary

## **JUDICIAL PROTECTION OF CONSUMER RIGHTS – THE (MOST) APPROPRIATE WAY?**

At EU level, discussions on the future direction of development of consumer protection policy revolve around the open question of efficiency of mechanisms for protection and realisation of consumer rights in national legal systems of EU Member States. Measures and activities of the EU legislator resulted in ‘competing’ mechanisms, which objectively creates a need for examination of the extent to which their functions overlap as well as if it is possible to detect the (most) appropriate way for protection of consumer rights. The analysis in the paper starts from the presumption that the consumer protection policy was developed within the measures aimed at integration of the Single Market and harmonization of consumer laws, on the one side and the recognized need of consumer protection as a social and political goal, on the other side. In this sense, the main point discussed in the paper is whether the recent development in the field of consumer protection, including the recent judgments of the European court could be interpreted as a reflection of the notion that the efficient judicial protection of (individual) consumer rights is (yet) again a priority at EU level. In the first part of the paper the development and application of mechanisms which represent a certain kind of alternative to the judicial consumer protection will be presented. In the second part of the paper, we will consider if the all the more present focus on judicial protection of consumer rights at EU level is an indication of a ‘successful experiment which resulted in unexpected outcome’. The required argumentation will be provided through monitoring of the trend of ‘proceduralization’ or ‘europeanisation’ of the national consumer law in the jurisprudence of the European court. The effect of Article 47 EU Charter of Fundamental Rights and its requirement of efficient protection of procedural rights of individuals before national courts of EU Member States will be analysed in detail. At the same time, the recent activities of the European Commission directed at court proceedings before national courts and removal of barriers in their work in the field of consumer protection will be taken into account.

**Keywords:** *consumer, judicial protection, alternative resolution of consumer disputes collective redress, European court.*

---

\* Paula Poretti, Assistant Professor, Faculty of Law, University of J. J. Strossmayer in Osijek; pporetti@pravos.hr.

### Zusammenfassung

## GERICHTLICHER SCHUTZ DER VERBRAUCHERRECHTE – DER BESTE ODER BESSERE WEG?

Eine der Fragen in den Diskussionen über die Entwicklungstendenz der Politik des Verbraucherschutzes in der EU ist die Frage der Wirksamkeit von Mechanismen, durch welche die Verbraucherrechte in den Rechtssystemen der EU-Mitgliedstaaten verwirklicht und geschützt werden. Die Maßnahmen und die Aktivitäten des EU-Gesetzgebers haben dazu geführt, dass rechtsschützende Mechanismen derzeit fast konkurrenzfähig sind. So stellt es sich die Frage, zu welchem Ausmaß die Funktionen dieser Mechanismen überlappen, und ob man einen besseren oder den besten Weg zum Schutz der Verbraucherrechte finden kann. Die in der Arbeit durchgeführte Analyse geht davon aus, dass die Politik des Verbraucherschutzes im Rahmen von Maßnahmen, welche einerseits zu einem integrierten Binnenmarkt und Harmonisierung des Rechtes und andererseits zur Verwirklichung des sozialen Ziels des Verbraucherschutzes dienen, entwickelt wurde. Deshalb bespricht man in der Arbeit die Frage, ob man die neuesten Entwicklungen im Bereich des Verbraucherschutzes, einschließlich der Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union, als eine Tendenz zur Prioritätssetzung des gerichtlichen Schutzes individueller Verbraucherrechte auslegen sollte. Im ersten Teil der Arbeit werden die bisherige Entwicklung und die Anwendung von Mechanismen des im Vergleich zum gerichtlichen Schutz alternativen Verbraucherschutzes dargestellt. Anschließend wird besprochen, ob der Fokus auf gerichtlichen Schutz der Verbraucherrechte auf EU-Ebene ein Zeichen des erfolgreichen Experiments mit unerwarteten Folgen sei. Das Letztgenannte wird man durch die Berücksichtigung der „Prozeduralisierung“, beziehungsweise der „Europäisierung“ des nationalen Verbraucherrechts in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union argumentieren. Besonderen Wert legt man in der Arbeit auf die Auswirkung des Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, beziehungsweise auf die Anforderung zur Sicherung eines effektiven Schutzes prozessualer Rechte von Einzelnen vor Gerichten der EU-Mitgliedstaaten. Die neuesten Aktivitäten der Europäischen Kommission, welche auf die Verfahren vor nationalen Gerichten und die Aufhebung von Barrieren beim gerichtlichen Schutz der Verbraucherrechte gerichtet sind, werden auch in Betracht gezogen.

***Schlüsselwörter:** Verbraucher, gerichtlicher Schutz individueller Rechte, alternative Verbraucherstreitbeilegung, kollektiver Rechtsschutz, Gerichtshof der Europäischen Union.*

Riassunto

## LA TUTELA GIUDIZIALE DEI DIRITTI DEI CONSUMATORI: LA VIA (MIGLIORE)?

Una delle questioni aperte nei dibattiti sulla direzione di sviluppo delle politiche volte a tutelare i consumatori a livelli dell'UE è quella concernente l'efficienza dei meccanismi mediante i quali si realizzano e si tutela i diritti dei consumatori negli ordinamenti nazionali dei singoli Stati membri. Le misure e le attività del legislatore europeo hanno così condotto fino alla situazione in cui i meccanismi di tutela legale al momento sono "concorrenti"; il che oggettivamente risalta la necessità di interrogarsi in che misura le loro funzioni si sovrappongano, ovvero se sia possibile riconoscere la via (migliore) per la realizzazione della tutela dei diritti dei consumatori. L'analisi condotta nel lavoro parte dal presupposto che la politica di tutela dei consumatori (si sviluppò) e si sviluppa nell'ambito delle misure che servono all'evoluzione del mercato interno ed all'armonizzazione del diritto, da un lato, e la riconosciuta esigenza di tutela dei consumatori quale scopo politico e sociale, dall'altra. In tale senso, un punto centrale del lavoro è sul quale si tenta di giungere ad una conclusione è se si possa interpretare il recente sviluppo in materia di tutela dei consumatori, includendovi le recenti decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea, quale espressione della tendenza che la tutela giudiziaria (individuale) dei diritti dei consumatori sia nuovamente una priorità. Nella prima parte del lavoro si presenterà lo sviluppo della materia fino ad ora, come anche l'applicazione di meccanismi che rappresentano una via alternativa alla realizzazione della tutela legale dei consumatori rispetto al procedimento giudiziario. Successivamente, nella seconda parte del lavoro si analizzerà se la crescente attenzione per la giurisprudenza in materia di consumatori a livello europeo sia un segnale "di un riuscito esperimento dall'esito inaspettato". Rinverremo l'argomentazione necessaria, tra l'altro, osservando il trend della 'proceduralizzazione', ovvero della 'europeizzazione' del diritto dei consumatori nazionale nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. In particolare, si analizzerà l'influenza dell'operato della disposizione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la conseguente esigenza di garanzia di una tutela efficiente dei diritti processuali del singolo nei procedimenti dinanzi alle corti degli Stati membri. Al tempo stesso, verranno prese in considerazione anche le più recenti attività della Commissione europea relative all'operato delle corti nazionali ed alla eliminazione delle esistenti barriere nel loro operato nel prestare tutela giudiziaria ai consumatori.

**Parole chiave:** *consumatore, tutela giudiziaria degli interessi dei singoli, risoluzione alternative dei contenziosi in materia dei consumatori, tutela giudiziaria collettiva Corte di giustizia dell'Unione europea.*



## UREĐIVANJE ZEMLJIŠNOKNJIŽNOG STANJA POJEDINAČNIM ISPRAVNIM POSTUPKOM

Doc. dr. sc. Dinka Šago\*

UDK 347.235

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.19>

Ur.: 16. siječnja 2018.

Pr.: 13. veljače 2018.

Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Pojedinačni ispravni postupak institut je zemljišnoknjižnog prava predviđen za pojedinačno sređivanje nesređenog zemljišnoknjižnog i katastarskog stanja. Osnovna intencija zakonodavca donošenjem novela Zakona o zemljišnim knjigama 2013. i 2017. godine je da se novim i kvalitetnijim zakonskim rješenjima unaprijedi zemljišnoknjižni sustav evidentiranja nekretnina i prava na nekretninama te doprinese sređivanju zemljišnih knjiga, a samim tim i sigurnosti pravnog prometa nekretnina. Cilj je ovog rada prikazati izmjene u provođenju pojedinačnog ispravnog postupka, koje imaju za svrhu pojednostaviti, ubrzati i pojeftiniti ovaj postupak, kako bi se pravnim subjektima olakšalo ažuriranje knjižnog stanja njihovih nekretnina, ali i realizirao javni interes da se zemljišne knjige kao javni registri usklade sa stvarnim stanjem nekretnina.*

**Ključne riječi:** zemljišnoknjižni sud, zemljišna knjiga, pojedinačni ispravni postupak.

### **1. UVOD**

Osnovni smisao katastarske izmjere i obnove zemljišnih knjiga sređivanje je vlasništva nad nekretninama i njihovo ekonomsko aktiviranje. Novelom Zakona o zemljišnim knjigama iz 2013. godine<sup>1</sup> redefinirani su instituti osnivanja, obnove i dopune zemljišnih knjiga, kao i pojedinačnog ispravnog postupka u cilju pojednostavljenja i ubrzanja postupka i jedinstvene primjene procesnog i materijalnog prava, jer su u nedostatku jedinstvene sudske prakse sudovi različito tumačili i primjenjivali pravne propise. Jasno su propisana pravila za sastavljanje z.k. uložaka što će onemogućiti različite prakse sudova u tom postupku, te onemogućiti da su u zemljišnoj knjizi budu upisane osobe koje ne mogu biti nositelji knjižnih prava (umrle fizičke osobe i pravne osobe koje ne postoje). Konačni cilj postupaka obnove i osnivanja zemljišne knjige upisivanje je stvarnih vlasnika na nekretnini ili barem osobe protiv koje je moguće pokrenuti odgovarajuće postupke pred parničnim sudom

\* Dr. sc. Dinka Šago, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu; dsago@pravst.hr.

1 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Narodne novine, br. 55/2013.

radi utvrđenja vlasnika.

U zemljišnoknjižnom postupku sud postupa po pravilima izvanparničnog postupka, a podredno po pravilima parničnog postupka (čl. 91. st. 1. Zakona o zemljišnim knjigama).<sup>2</sup> Republika Hrvatska nema jedinstveni i zakonski uređen izvanparnični postupak, već se primjenjuju pravila bivšeg Zakona o sudskom vanparničnom postupku i Uvodnog zakona o sudskom vanparničnom postupku iz 1934. godine<sup>3</sup>, sukladno Zakonu o načinu primjene pravnih pravila donesenih prije 6. travnja 1941. godine.<sup>4</sup> Međutim, pravna pravila iz akata donesenih prije 6. travnja 1941. godine mogu se primjenjivati samo na odnose koji nisu uređeni pozitivnim propisima Republike Hrvatske i ako su u skladu s Ustavom Republike Hrvatske<sup>5</sup> i zakonima (čl. 2. Zakona o načinu primjene pravnih pravila donesenih prije 6. travnja 1941. godine). Budući da se zapravo radi o suštinski jednovrsnom postupku, bilo da je riječ o ispravnom postupku za cijelu katastarsku općinu bilo za pojedini određeni zemljišnoknjižni uložak, svrha je i jednog i drugog postupka usklađivanje stvarnog (faktičnog) i knjižnog stanja glede nekretnina i knjižnih prava na nekretninama u određenom zemljišnoknjižnom ulošku. Razlike jedino postoje u pravilima zemljišnoknjižnog prava koja uređuju pretpostavke za ispravak upisa u pojedinačnom ispravnom postupku i u postupku obnove i dopune zemljišne knjige za cijelu katastarsku općinu.

## **2. DOPUNA I OBNOVA ZEMLJIŠNE KNJIGE**

Zemljišna knjiga će se obnoviti kad je uništena, izgubljena ili je postala neupotrebljiva.<sup>6</sup> Ako su uništeni samo pojedini njezini dijelovi, obnova će se ograničiti samo na te dijelove. Obnova će se provesti i kad zemljišna knjiga nije potpuno uništena, već su upisi još čitljivi, ali je knjiga neprikladna za trajnu uporabu. Ako se zemljišna knjiga obnavlja samo djelomično, o pokretanju postupka obnove osobnom će se dostavom obavijestiti svi upisani nositelji knjižnih prava ako se mogu razabrati

2 Zakon o zemljišnim knjigama, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13, 108/17. (dalje; ZZK).

3 Službene novine, br. 175 – XLV/1934.

4 Narodne novine, br. 73/91.

5 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014.

6 Kad je u ratu uništen dio zemljišne knjige u kojem su bile upisane nekretnine koje su predmet zemljišnoknjižnog postupka, s prijedlogom za upis prava vlasništva treba postupati kao s prijedlogom za polaganje isprava, a ne prijedlog odbiti zbog smetnje u zemljišnoj knjizi. "Iz obrazloženja pobijanog rješenja proizlazi da je dio zemljišne knjige za k.o. i to za zk. ul. 149. k.o., s prijedlogom za upis u zemljišnu knjigu, a s obzirom na to da se taj prijedlog odnosi na zemljište koje nije upisano u zemljišnu knjigu, treba postupati kao s prijedlogom za polaganje isprava čl. 117. Zemljišnoknjižnog poslovnika." Županijski sud u Dubrovniku, Gž – 1569/06 od 17. 7. 2008., Ing SP 2009., 1, 0, 3, str. 9. Vidi Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, prateći propisi, pravna pravila, sudska praksa, napomene, prilozi, kazala, Organizator, Zagreb, 2014., str. 1378. (dalje: Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama).

iz čitljivih listova. Na postupak obnavljanja zemljišne knjige primjenjuju se pravila iz članka 198. i 199. ZZK-a, te odgovarajuće odredbe Zemljišnoknjižnog poslovnika (dalje: ZP).<sup>7</sup>

Zemljišna će se knjiga po službenoj dužnosti dopuniti daljnjim zemljišnoknjižnim ulošcima kad u nju nisu upisana sva zemljišta katastarske općine za koju se knjiga vodi, koja su se po službenoj dužnosti morala upisati u zemljišnu knjigu pri osnivanju. Dopunjavanje se provodi sastavljanjem zemljišnoknjižnih uložaka za neupisana zemljišta. Zemljišna će se knjiga dopuniti i kad osoba koja na tome ima pravni interes zahtijeva da se u zemljišnu knjigu upiše zemljište koje je opće dobro. Zemljišnoknjižni uložak sastavlja se po pravilima o sastavljanju zemljišnoknjižnih uložaka u postupku osnivanja, a glede sastavljenog uložka provodi se ispravnim postupak po pravilima o ispravnom postupku kod prvog osnivanja zemljišne knjige.

Zakonom o izmjenama i dopunama ZZK-a 2013. izmijenjeni su i članci 198. i 199. Jasno se definiraju pojmovi osnivanja, obnove i dopune zemljišne knjige, određuje se nadležnost za provođenje tih postupaka i određuju se osobe koje te postupke provode. Propisuje se da se bilo koji od ovih postupaka može provesti i za pojedini dio jedne katastarske općine, kao i to da se zemljišna knjiga može osnivati postupno na područjima za koja se vodi karton zemljišta. Provođenje nekog od ovih postupaka za dio katastarske općine utemeljeno je na činjenici koju je pokazala dosadašnja praksa, a to je da takvi postupci u katastarskim općinama koje imaju veći broj katastarskih čestica (preko 1000) traju u pravilu dugo, što onemogućava da se zemljišnoknjižni ulošci koji su osnovani stave u funkciju dok se ne osnuje i zadnji zemljišnoknjižni uložak u toj katastarskoj općini.<sup>8</sup>

Na isti način i katastarski operati mogu se staviti u funkciju tek dovršenjem osnivanja cijele katastarske općine.<sup>9</sup> Postupno osnivanje do sada nije bilo izričito propisano. Praksa pokazuje da će se time omogućiti brže i učinkovitije stavljanje u promet uložaka koji su sastavljeni i time omogućiti nastup načela povjerenja u zemljišnu knjigu. Uvodi se bitna novina time da se kartoni zemljišta smatraju također postupnim osnivanjem zemljišne knjige čime se oni izjednačavaju s osnovanom zemljišnom knjigom u smislu pravnih učinaka takvih registara.<sup>10</sup>

Ako predsjednik suda procijeni da je to učinkovito, može dopustiti i ovlaštenom

7 Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova (Zemljišnoknjižni poslovnik), Narodne novine, br. 81/1997, 109/2002, 153/2002, 123/2002, 14/2005, 60/2010, 60/2010, 55/2013, 108/2017.

8 Tako Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, ožujak, 2013., str. 44.

9 Sve to traje predugo, pa se nakon određenog broja sastavljenih uložaka povećava broj ažuriranja podataka koji su promijenjeni u zemljišnoj knjizi koja je na snazi, a smanjuje broj novo sastavljenih uložaka. Kod ažuriranja podatka sastavlja se novi zapisnik o već sastavljenom ulošku te se mijenjaju podatci promijenjeni u postojećoj zemljišnoj knjizi, kako bi nova knjiga prikazivala posljednje pravno stanje. To znači da se jednom dovršeni postupak osnivanja zemljišnoknjižnih uložaka mora često puta ponavljati zbog protoka vremena otkada su oni ažurirani do vremena kada je nova zemljišna knjiga osnovana.

10 Vidi Kontrec, D., *Novela Zakona o zemljišnim knjigama iz 2013. i pravna sredstva za zaštitu od nevaljanih i nezakonitih upisa u zemljišnoj knjizi*, Pravo u gospodarstvu, god. 53, sv. 2, Zagreb, ožujak, 2014., str. 286 - 287.

zemljišnoknjižnom referentu da obavlja pojedine radnje iz nadležnosti suca ili sudskog savjetnika, kao i da nadzire rad zemljišnoknjižnog referenta u pojedinim radnjama postupka. Time se smanjuje potreba za sudjelovanjem suca ili sudskih savjetnika u pojedinim dijelovima postupka osnivanja, a istodobno se te osobe usmjeravaju na rješavanje složenijih postupaka.<sup>11</sup>

Pri prenošenju ručno vođenih zemljišnih podataka u digitalni oblik sa stanjem zadnjeg ručno provedenog upisa, dio zemljišnoknjižnih uložaka nije mogao biti prepisan zbog nečitkosti, oštećenja ili uništenja zbog uporabe ručno vođene zemljišne knjige. U tim slučajevima zemljišnoknjižni ulošci će se prevesti u digitalni oblik nakon provedbe postupka rekonstrukcije starog zemljišnoknjižnog uloška ili provedenog zemljišnoknjižnog ispravnog postupka i osnivanja novog zemljišnoknjižnog uloška.

Poslovi osnivanja, obnove ili dopune zemljišnih knjiga nastavak su dovršenih postupaka katastarskih izmjera za pojedine katastarske općine.<sup>12</sup> Budući da je za te postupke zainteresiran veliki broj gradova i općina koje su spremne sufinancirati ili financirati ne samo katastarske izmjere, već i postupke osnivanja, obnove ili dopune zemljišnih knjiga, bilo potrebno urediti pravni okvir za tu vrstu financiranja. Naime, poslovi osnivanja, obnove ili dopune zemljišnih knjiga poslovi su od interesa za Republiku Hrvatsku jer se njima sustavno uređuju imovinski odnosi i usklađuju katastarski i zemljišnoknjižni podatci i to za sve nositelje knjižnih prava, pa nema utemeljene osnove da te poslove ne financiraju i gradovi ili općine, ili pravne osobe koje upravljaju javnim dobrom u općoj uporabi, kao i pravne osobe koje obavljaju djelatnosti određene posebnim zakonom kao javne usluge koje su posebno zainteresirane za sređivanje imovinskih odnosa jer upravljaju tom imovinom. Tim više što se i poslovi katastarske izmjere financiraju već duže vrijeme iz tih izvora.<sup>13</sup> Ovom odredbom definira se na razini države značaj poslova osnivanja, obnove i dopune zemljišne knjige, ali i pojedinačnog preoblikovanja zemljišne knjige, te se određuju i mogući izvori financiranja.

Do novele ZZK-a 2017. godine od članka 198. do 199.a propisivalo se

- 11 Tako Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, ožujak, 2013., str. 45.
- 12 Kod osnivanja, dopune ili obnove zemljišne knjige, podatci katastra nekretnina i zemljišne knjige moraju biti podudarni i međusobno povezani. Katastarski operat katastra nekretnina stavlja se u primjenu danom otvaranja zemljišne knjige na temelju odluke ravnatelja Državne geodetske uprave koji donosi odluku o stavljanju u primjenu katastarskog operata katastra nekretnina na temelju obavijesti ministra nadležnog za poslove pravosuđa o danu otvaranja zemljišne knjige za katastarsku općinu o kojoj je riječ, odnosno na temelju obavijesti o tomu da su za dio katastarske općine za koji je provedena katastarska izmjera ili tehnička reambulacija sastavljeni svi zemljišnoknjižni ulošci. Prije stavljanja u primjenu katastarskog operata katastra nekretnina, u isti se preuzimaju potrebni podatci zemljišne knjige. Odlukom o stavljanju u primjenu katastarskog operata katastra nekretnina za cijelu katastarsku općinu ili njezin dio izvan uporabe stavlja se dotadašnji cijeli katastarski operat katastra zemljišta ili dio tog operata. Katastarski operat ili dio tog operata stavljen izvan uporabe pohranit će se u nadležnom područnom uredu za katastar, odnosno uredu Grada Zagreba (čl. 47. st. 1.-5. Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina). Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina, Narodne novine, br. 16/07, 152/08, 124/10, 56/13, 121/16, 09/17.
- 13 Vidi Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, ožujak, 2013., str. 48.



različito postupanja zemljišnoknjižnog suda, ovisno o usklađenosti stanja zemljišne knjige sa stanjem postojećeg katastarskog operata. Izmjene propisuju isti postupak za sve stupnjeve usklađenosti, jer prijašnje odredbe nisu točno određivale stupanj usklađenosti (nisu postojali kriteriji za određivanje različitosti u podacima, npr. što znači “ne odgovaraju u velikoj mjeri” ili “djelomično odgovaraju”). Stoga je bilo moguće da se unutar jedne katastarske općine zemljišnoknjižni ulošci sastavljaju na najmanje tri različita načina. Situacije koje su moguće, a bile su opisane u prijašnjim člancima 199. b, 199. c i 199. d sada su opisane u člancima 185. st. 2., 198. i 199.

### 3. POJAM POJEDINAČNOG ISPRAVNOG POSTUPKA

Pojedinačni ispravni postupak učinkovit je i brz način usklađivanja nepotpunog zemljišnoknjižnog stanja sa stvarnim pravnim stanjem nekretnina u već osnovanim zemljišnim knjigama u svim slučajevima kad izvanknjižni stjecatelj može nekom ispravom učiniti vjerojatnim da mu pripada pravo koje nije upisano u njegovu korist, a radi se o ispravi koja ne ispunjava sve pretpostavke određene u ZZK-u za provedbu uknjižbe ili predbilježbe u korist izvanknjižnog nositelja prava na nekretnini.<sup>14</sup> U pojedinačnom ispravnom postupku i svi ostali izvanknjižni nositelji prava na nekretninama<sup>15</sup> koji nisu pokrenuli ispravni postupak imaju mogućnost zahtijevati upis svojih izvanknjižno stečenih prava.<sup>16</sup>

Pojedinačni ispravni postupak u našem je pravu uveden još 1997. godine u Zakonu o zemljišnim knjigama. Bitno je noveliran 2013. godine. Sve do novele ZZK-a iz 2013. bila je riječ o jednom jedinom zakonskom članku. Tako je to bilo dulje od 16 godina. Tek je navedenom novelom taj članak 200. dobio svoje podčlanke, od 200. a do 200. g. Navedeno je rezultiralo da se pojedinačni ispravni postupci koji su se u početku nerado pokretali sada pokreću gotovo rutinski.

Zakonodavac je prepoznao pojedinačni ispravni postupak kao mogućnost efikasnog uređenja stanja zemljišnih knjiga, pa ga je detaljnije uredio, nadovezujući se na odredbe kojima je uređen postupak osnivanja i obnove zemljišne knjige.<sup>17</sup>

14 Tako Josipović, T., Izvanknjižno stjecanje i prestanak stvarnih prava na nekretninama – usklađivanje zemljišnoknjižnog stanja, u: Brežanski, J., Jelčić, O., Josipović, T., Kontrec, D., Perkušić, A., Nekretnine kao objekti imovinskih prava – aktualnosti u stjecanju i raspolaganju pravima na nekretninama, opća redakcija Olga Jelčić, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 23.

15 Kad je izvlaštenje izvršeno od izvanknjižnog vlasnika, rješenje upravnog tijela temelj je za provođenje pojedinačnog ispravnog postupka. Županijski sud u Varaždinu, Gž – 472/07-2 od 2.5. 2007., NIZK (2), NI 119, str. 179.

16 O sukobu zemljišnoknjižnog i izvanknjižnog pravnog stanja nekretnine vidi Josipović, T., u Gavela, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., Stvarno pravo, svezak I., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 322-323. (dalje: Josipović, T. i dr., Stvarno pravo).

17 Primjerice, kada su u zemljišnoj knjizi vlasnici s kraja 19. ili početka 20. stoljeća, odnosno kada je riječ o “starim” upisima, a u katastru je upisan posjednik koji česticu uživa (sam ili po pravnim prednicima) dulje od 20 godina, a ne raspolaže ispravom kojom se može uknjižiti kao vlasnik u zemljišnu knjigu. Upravo taj posjednik može pokrenuti pojedinačni ispravni postupak, o svom trošku. Kontrec, D., Končić, A - M., Končić, F., Vodič za rješavanje imovinskopravnih odnosa na nekretninama u Republici Hrvatskoj u provedbi projekata EU, Zagreb, travanj 2014., str. 59.

Pojedinačni ispravni postupak je onaj u kojem se u određenom zemljišnoknjižnom ulošku u već osnovanoj zemljišnoj knjizi ispravljaju zemljišnoknjižni upisi po pravilima o ispravnom postupku kod prvog osnivanja zemljišne knjige. Na pojedinačni ispravni postupak se na odgovarajući način primjenjuju sva pravila o sastavljanju uložaka i ispravnom postupku (čl. 200. a – 200. g, 186 – 197. ZZK-a), te pravila iz čl. 108 – 114. Zemljišnoknjižnog poslovnika.

Nakon stupanja na snagu novele ZZK-a 2013., brisana je odredba o nemogućnosti provođenja pojedinačnog zemljišnoknjižnog ispravnog postupka glede zemljišnoknjižnih uložaka u zemljišnim knjigama koje su osnovane, obnovljene, dopunjene ili preoblikovane u skladu sa ZZK-om, pa proizlazi da i nakon osnivanja, obnove, dopune ili preoblikovanja zemljišne knjige postoji mogućnost vođenja pojedinačnog ispravnog postupka u tako osnovanim ili dopunjenim zemljišnoknjižnim ulošcima.<sup>18</sup>

Pojedinačni ispravni postupak provodi se kad za to postoji opravdani razlog,<sup>19</sup> a može se provesti glede jednog ili više zemljišnoknjižnih uložaka.<sup>20</sup> ZZK - om 2013 izričito je propisano da se pojedinačni ispravni postupak može provesti i glede više zemljišnoknjižnih uložaka, izostavljeno je ograničenje otvaranja pojedinačnog ispravnog postupka u pogledu zemljišnoknjižnih uložaka u osnovanim, obnovljenim, dopunjenim ili preoblikovanim zemljišnim knjigama, izričito je propisano da predlagatelj nije dužan u prijedlogu za pokretanje pojedinačnog ispravnog postupak naznačiti protustranke te su preciznije određene pretpostavke za ispravak upisa u posjedovnici i vlastovnici zemljišnoknjižnog uložka. Riječ je o pokušaju zakonodavca da stvori uvjete za usklađivanje stvarnog stanja s onim zemljišnoknjižnim.<sup>21</sup>

## **4. POKRETANJE POJEDINAČNOG ISPRAVNOG POSTUPKA**

### **4.1. Postojanje opravdanog razloga**

Prema ZZK-u postupak se pokreće ako sud ocijeni “da za to postoji opravdani razlog”, a o tomu je li ili nije opravdan zaključuje na osnovi podnesenog prijedloga osobe koja prema tome ima pravni interes (u pravilu će biti riječ o osobi koja smatra

18 Tako Golub, A., Pojedinačni zemljišnoknjižni ispravni postupak – mogućnost usklađivanja zemljišnoknjižnog i stvarnog stanja nekretnina, Hrvatska pravna revija, 2014., str. 24.

19 Osoba koja ne raspolaže ispravom podobnom za zemljišnoknjižni upis prava vlasništva može pokrenuti pojedinačni ispravni postupak ako za to ima opravdani razlog. Županijski sud u Zagrebu, Gž – 381110/1 od 22.1. 2002., Ing. SP 4/2002., 2.

20 Ovdje je bitno razlikovati tužbu za ispravak i brisovnu tužbu. Tužbom za ispravak pobijaju se upisi izvršeni u postupku osnivanja, obnove ili dopune zemljišne knjige, odnosno upisi obavljani u pojedinačnom ispravnom postupku, dakle pobijaju se upisi koje je zemljišnoknjižni sud izvršio u postupku osnivanja, obnove, dopune zemljišne knjige, odnosno u pojedinačnom ispravnom postupku, pri čemu ti upisi ne moraju biti obavljani samo uknjižbom, već i drugim zemljišnoknjižnim upisima, dok se kod brisovne tužbe pobijaju upisi obavljani uknjižbom, koji su ujedno i provedeni u zemljišnoj knjizi, dakle uknjižbe kojima su povrijeđena prava nositelja knjižnog prava.

21 U hrvatskom se priobalju zemljišnoknjižno stanje gotovo u pravilu usklađivalo sudskim presudama koje su se najčešće donosile ‘zbog izostanka’ odnosno ‘zbog ogluhe’.

da bi morala biti uknjižena, a nije). Opravdani razlog za vođenje pojedinačnog zemljišnoknjižnog ispravnog postupka postoji kad je nekom ispravom učinjeno samo vjerojatnim<sup>22</sup> da nekoj osobi pripada pravo koje nije upisano u njezinu korist i zbog čijeg bi upisa trebalo ispraviti određene zemljišnoknjižne upise, a radi se o pravu koje po odredbama ZZK-a može biti predmet zemljišnoknjižnog upisa (čl. 200. a st. 3. ZZK-a, čl. 108. st. 2. ZP-a).<sup>23</sup>

Dakle, nema više izraza - javnom ili javnoovjerovljenoj ispravom, već je određeno da je dovoljan dokaz samo isprava. Mogli bi tumačiti da opravdani razlog postoji uvijek kada je očito da postoji nesuglasje zemljišnoknjižnog stanja sa stvarnim stanjem. Takvu tvrdnju predlagatelj mora dokazati. Sada bi kao dokaz mogle poslužiti i isprave na kojima, primjerice, nema ovjere potpisa.<sup>24</sup>

Pojedinačni ispravni postupak otvorit će se na prijedlog osobe u čiju bi se korist trebao provesti upis odnosno na prijedlog osobe koja za provedbu nekog upisa ili ispravak već provedenog upisa ima pravni interes (čl. 109. st. 1. ZP-a). U prijedlogu za otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka mora biti točno naznačeno u kojem se smislu zahtijeva ispravljanje zemljišnoknjižnog uložka, na koji način i u čiju korist bi se upisi trebali ispraviti (čl. 109. st. 2. ZP-a). Prijedlogu treba priložiti isprave iz kojih proizlazi opravdanost pokretanja pojedinačnog ispravnog postupka.

#### **4.2. Sadržaj prijedloga za pokretanje pojedinačnog ispravnog postupka**

Pojedinačni ispravni postupak pokreće se na prijedlog osobe koja ima pravni interes. U prijedlogu za otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka treba biti točno označeno u kojem se smislu zahtijeva ispravljanje zemljišnoknjižnog uložka, koji bi se zemljišnoknjižni upisi u tom uložku, na koji način i u čiju korist trebali ispraviti. U prijedlogu za otvaranje moraju se navesti činjenice na kojima se prijedlog temelji (npr. temelj stjecanja, povijest stjecanja i slično). Uz prijedlog se može podnijeti i nacrt ispravljenog zemljišnoknjižnog uložka (čl. 200. a st. 2. ZZK-a).

Jednim se prijedlogom može zahtijevati više upisa pod pretpostavkom da o svim upisima odlučuje isti zemljišnoknjižni sud, osim ako bi zakonom bilo izričito određeno da se jednim prijedlogom može zahtijevati upis u zemljišnim knjigama koje vode različiti zemljišnoknjižni sudovi.<sup>25</sup> Jednim prijedlogom može se zahtijevati više

22 Primjerice, podatci nekog ugovora koji nije zbog formalnih nedostataka sposoban za zemljišnoknjižni upis, odnosno podatci katastra o dugotrajnom posjedu, mogu biti valjan dokaz kojim se čini vjerojatnim postojanje opravdanog razloga za pokretanje pojedinačnog ispravnog postupka. Tako Crnić, J., Končić, A - M., u Crnić, J., Končić, A - M., Kontrec, D., Osnivanje, obnavljanje, dopunjavanje i preoblikovanje zemljišne knjige, Novi informator, Zagreb, 2005., str. 115.

23 Tako Kontrec, D., Novine u zemljišnoknjižnom pravu prema Konačnom prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama 2013., Hrvatska gospodarska komora - sektor za trgovinu devetnaesti forum poslovanja nekretninama, str. 55.

24 No, mora se istaknuti da zakonodavac vjerojatno nije mislio samo na te isprave jer je u praksi sudova poznato da su one, koje zbog strogo formalnog zemljišnoknjižnog postupka nisu ispunjavale uvjet za upis u zemljišnu knjigu, bile prihvaćane kao jedan od dokaza u pojedinačnom ispravnom postupku, ali nikada kao jedini dokaz.

25 Vidi Crnić, J., Končić, A-M., *op. cit.* (bilj. 23.), str. 116.

različitih upisa ako se oni temelje na istoj ispravi, a moraju se provesti u istom ili različitim zemljišnoknjižnim ulošcima. Jednim prijedlogom može se zahtijevati upis istog knjižnog prava u više zemljišnoknjižnih uložaka, upis više različitih prava u isti uložak, a koja se temelje na istoj ispravi ili različitim ispravama.<sup>26</sup> Predlagatelj koji zahtijeva više upisa može odrediti i njihov međusobni prvenstveni red.<sup>27</sup> Smisao je onemogućiti podnošenje prijedloga koji su po sadržaju komplicirani i zahtijevaju mnogobrojne upise u zemljišnu knjigu te njihovo mnogostrano povezivanje, što ima za posljedicu nepreglednost izvršenih upisa.<sup>28</sup> Međutim, pri odlučivanju o prijedlogu nije uvijek moguće poštovati to pravilo, posebice pri upisu uzajamnih prava i zajedničkih hipoteka gdje se jednim prijedlogom zahtijeva nekoliko upisa u različitim ulošcima koji mogu biti u nadležnosti različitih sudova.

Uredan prijedlog mora sadržavati: naznaku da se radi o zemljišnoknjižnom predmetu; naziv općinskog suda kojemu se prijedlog podnosi; ime i prezime, adresu i osobni identifikacijski broj osobe u čiju se korist traži ispravak upisa u zemljišnoj knjizi; oznaku katastarske čestice i katastarske općine u kojoj leži čestica; knjižno pravo koje je predmet upisa. U prijedlogu se ne moraju navesti osobe protiv kojih se traži ispravak upisa (protustranke).<sup>29</sup> Dio odredbe koji govori o tome da u prijedlogu nije potrebno navoditi protustranke (protivnike upisa) temelji se na činjenici da je često riječ o osobama bez adresa, osobama sa starim adresama i slično te da je često riječ o velikom broju osoba.<sup>30</sup>

Prijedlog za otvaranje ispravnog postupka može sadržavati i prijedlog da se nakon okončanja postupka protiv osobe u čiju je korist na temelju odluke suda donesene na raspravi za ispravak upisano knjižno pravo provede određeni upis (uknjižba, predbilježba, zabilježba).

U članku 200. a stavak 5. ZZK-a pobliže se određuje koje se isprave prilažu prijedlogu. Prijedlogu treba priložiti isprave kojima se dokazuje njegova osnovanost, pri čemu je zakonodavac samo primjериčno naveo o kojim bi to ispravama mogla biti riječ, pa tako navodi da prijedlogu treba priložiti:

- isprave iz kojih proizlazi opravdanost pokretanja pojedinačnog ispravnog postupka, odnosno isprave kojima se dokazuje osnovanost prijedloga (npr. isprave o prijenosu ili osnivanju knjižnih prava u korist podnositelja prijedloga koje ne ispunjavaju sve pretpostavke za valjanost tabularne isprave,
- izvadci iz katastra zemljišta o posjedniku nekretnine,
- javno ovjerovljene izjave zemljišnoknjižnog vlasnika ili njegovih nasljednika kojima se potvrđuje pravo predlagatelja i sl.).<sup>31</sup>

26 Primjerice upis zajedničke hipoteke ili upis prava vlasništva u više zemljišnoknjižnih uložaka.

27 Vidi Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb, 2001., str. 280.

28 Tako Žuvela, M., Ružička, B., *Zakon o zemljišnim knjigama*, Organizator, Zagreb, 2003., str. 240. (dalje: Žuvela, M., Ružička, B., ZZK).

29 Za potpunost prijedloga kojim se sudu predlaže provedba pojedinačnog ispravnog postupka nije nužno da je u njemu označena osoba protustranke. U to smislu: Županijski sud u Bjelovaru, Gž – 1580/10-2 od 30. 5. 2011., Ing. SP 2011., 5, 0, 3, str. 87.

30 *Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama*, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, ožujak, 2013., str. 48.

31 Iako je predlagatelj ispravama dostavljenim uz prijedlog učinio vjerojatnim da mu pripada

Zakonodavac ne navodi izjave susjeda, rodbine predlagatelja, onih koji se ubrajaju u kategoriju tzv. prijateljskih svjedoka ili svjedoka po profesiji. Stoga autorica smatra da se takve isprave ne bi smjele koristiti u postupku. Međutim, u praksi se stranke često pozivaju na izjave tih svjedoka.

Svršishodno bi bilo priložiti svaku ispravu koja može poslužiti kao dokaz tvrdnji predlagatelja, te predložiti po potrebi i saslušanje svjedoka ili, primjerice, geodetskog vještaka radi identifikacije nekretnine. U pojedinačnom ispravnom postupku dopušteno je, za razliku od postupka ispravljanja upisa u povodu osnivanja ili obnavljanja zemljišne knjige, zahtijevati i promjenu podataka u posjedovnici u odnosu na površinu, oblik, broj i izgrađenost pojedinih dijelova zemljišnoknjižnog tijela; tada prijedlogu treba priložiti prijavni list kojeg je ovjerilo tijelo nadležno za poslove katastra o nastaloj promjeni, što proizlazi iz odredbe članka 200. a stavak 6. ZZK-a.<sup>32</sup>

Ako bi se u ispravnom postupku morali promijeniti podatci u posjedovnici glede broja, površine, oblika, načina uporabe i izgrađenosti katastarske čestice, prijedlogu treba priložiti prijavni list kojeg je ovjerilo tijelo nadležno za poslove katastra. Najčešće predlagatelj u ovoj vrsti postupka ne raspolaže ispravama koje su inače potrebne da bi sud odlučio o osnovanosti prijedloga, stoga ne može dokazati neprekinuti niz izvanknjižnih stjecanja (čl. 41. ZZK-a) ili ne raspolaže ispravama koje udovoljavaju pretpostavkama iz članka 43., 44. te članka 52. do 55. ZZK-a ili nije ispunjeno pravilo knjižnog prednika zbog jednog ili više neažuriranih upisa. U tim slučajevima zemljišnoknjižni sud ne može na temelju mjerodavnog stanja zemljišne knjige i priloženih isprava dopustiti upis u zemljišnu knjigu. U tim situacijama bilo bi dobro priložiti svaku ispravu koja može poslužiti kao dokaz tvrdnji predlagatelja te predložiti po potrebi i saslušanje svjedoka ili geodetskog vještaka radi identifikacije nekretnine.<sup>33</sup>

---

pravo koje u njegovu korist nije upisano u zemljišnoj knjizi, u konkretnom slučaju ne postoji opravdan razlog da bi se proveo pojedinačni ispravni postupak. Naime, nedostaci u ispravi – kupoprodajnom ugovoru od 1. kolovoza 1984., zbog kojih nije niti moguće dopustiti uknjižbu prava vlasništva na predmetnoj nekretnini za korist predlagatelja, takve su prirode da se oni zaključenjem dodatka (aneksa) tom ugovoru mogu naknadno otkloniti, i to točnim opisom zemljišta te ovjerom potpisa prodavateljice odnosno njezinih pravnih sljednika. Dakle. Kako predlagatelj još uvijek svoje pravo može ostvariti putem redovnog zemljišnoknjižnog postupka, nema opravdanog razloga da se u konkretnom slučaju otvori i provede pojedinačni ispravni postupak čija je svrha osigurati mogućnost upisa prava onim osobama koje ni na jedan drugi način ne mogu ostvariti svoje pravo odnosno koje ga ne mogu ostvariti putem redovnog zemljišnoknjižnog postupka. Županijski sud u Zagrebu, Gž – 4226/07 od 8.1. 2009., izv. Vidi Žuvela, M, Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, str. 1389.

32 Tako Kontrec, D., Novine u zemljišnoknjižnom pravu prema konačnom prijedlogu Novele Zakona o zemljišnim knjigama 2013, Pravo u gospodarstvu, vol. 52, br. 3, Zagreb, svibanj, 2013., str. 610.

33 Tako Jurin Bakotić, V., Paić, I., Martinović, M., Pojedinačno sređivanje nesređenog zemljišnoknjižnog stanja kroz institut pojedinačnog ispravnog postupka, str. 66.

### **4.3. Otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka**

Na temelju prijedloga za otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka sud donosi rješenje o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka, a s prijedlogom da se u daljnjem tijeku ispravnog postupka postupa kao s prigovorom, odnosno prijavom podnesenom u ispravnom postupku (čl. 109. st. 7. ZP-a). Na temelju rješenja o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka u natpisu zemljišnoknjižnog uložka zabilježuje se da je otvoren pojedinačni ispravni postupak (čl. 110. st. 1. ZP-a). Otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka mora se objaviti javnim oglasom da je glede određenog zemljišnoknjižnog uložka otvoren pojedinačni ispravni postupak (čl. 186. ZZK - a, čl. 111. ZP-a). Time se osigurava javnost pojedinačnog ispravnog postupka.

Više se lokacija propisuje za objavu javnog oglasa o otvaranju roka za ispravak, kako bi se postigla što veća javnost postupka. Do novele ZZK - a 2013. vrlo je općenito bila regulirana objava oglasa. Tako se od novele ZZK-a 2013. temeljem članka 200. d stavak 3. ZZK-a oglas objavljuje na trošak predlagatelja u službenom glasilu Republike Hrvatske te na oglasnoj ploči suda, nadležnog ureda za katastar, jedinice lokalne samouprave, kao i na mrežnoj stranici Ministarstva pravosuđa ili na drugi odgovarajući način. Propisuje se objava i na internetskim stranicama, i sadržaj oglasa, a izraz "Narodne novine" zamjenjuje se riječima "službeno glasilo Republike Hrvatske".

Navedena odredba mijenjana je i novelom ZZK-a 2017. godine,<sup>34</sup> pa je tako sada člankom 200. d stavak 3. propisano da će se oglas objaviti na trošak predlagatelja na e-Oglasnoj ploči, oglasnoj ploči suda, nadležnog ureda za katastar, jedinice lokalne samouprave ili na drugi odgovarajući način.

S obzirom na to da u vrijeme izmjena iz 2013. godine još nije bila uspostavljena javna usluga e - Oglasna ploča, oglasili su se objavljaljivali na mrežnim stranicama Ministarstva pravosuđa. Zbog toga se opterećivala internet stranica Ministarstva pravosuđa jer, osim što sudovi objavljuju na e - Oglasnoj ploči koja je vidljiva i na web stranici Ministarstva, još dodatno dostavljaju i za objavu na mrežnoj stranici Ministarstva. Stoga se novelom ZZK-a 2017. briše mrežna stranica iz teksta i zamjenjuje se s e - Oglasnom pločom.<sup>35</sup>

Autorica smatra da se upravo uvođenjem ove novine da se oglas ne mora objavljaljivati u Narodnim novinama, ubrzava postupak i znatno smanjuju troškovi postupka, a načelo javnosti je zadovoljeno upravo korištenjem danas dostupnih načina informiranja.

Kod objave oglasa potrebno je koristiti lokalne medije i novinske i lokalnu televiziju, odnosno radio postaje. Naime, činjenica je da službena glasila čitaju uglavnom osobe kojima je to posao, a ne svaki građanin. Međutim, lokalne tjednike ili pak televizijski program na lokalnim televizijama čita, odnosno gleda veliki broj građana s tog područja. Mišljenje autorice je da bi bilo korisno oglase o otvaranju nove zemljišne knjige i početku ispravnog postupka u njoj objaviti i na oglasnoj

34 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Narodne novine, br. 108/17.

35 Vidi Obrazloženje nacrta Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, lipanj, 2017., str. 20.

ploči mjesnih odbora koje pokriva katastarska općina za koju je proveden postupak osnivanja nove zemljišne knjige.<sup>36</sup>

Kad se otvori pojedinačni ispravni postupak, zemljišnoknjižni sud će po službenoj dužnosti, bez odgađanja, objaviti javnim oglasom:

- da je glede zemljišnoknjižnog uloška br. ----, katastarska općina ----- u kojem su u korist ----- (podatci o knjižnom vlasniku) upisana zemljišta (katastarske čestice) broj ----- na prijedlog ----- (podatci o predlagatelju) otvoren pojedinačni ispravni postupak kojim predlagatelj zahtijeva da se u navedenom ulošku provedu i isprave sljedeći upisi: ----- (navesti sve navode iz prijedloga glede upisa koji se zahtijevaju u vezi sa zemljišnoknjižnim uloškom, a po potrebi navesti i nacrt ispravljenog zemljišnoknjižnog uloška);

- da se sve osobe koje se protive da se zemljišnoknjižni uložak na predloženi način ispravi, koje smatraju da bi u zemljišnoknjižni uložak trebalo upisati nešto što nije predloženo ili da bi trebalo izmijeniti ili ispraviti neki upis pozivaju da stave zemljišnoknjižnom sudu svoje prijave prijedloga za upis odnosno svoje prigovore u određenom roku (rok za ispravak) čiji početak i kraj moraju u oglasu biti izričito navedeni određivanjem kalendarskog dana (čl. 200. d st. 1. ZZK - a).

U oglasu se pozivaju sve zainteresirane osobe da u roku za ispravak podnesu prigovore protiv ispravka upisa koji je zatražen prijedlogom za otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka kako je to predloženo u prijedlogu za pojedinačni ispravni postupak, te prijave da bi u zemljišnoknjižni uložak trebalo upisati i nešto drugo što nije predloženo ili da bi trebalo izmijeniti ili ispraviti i neke druge upise u tom zemljišnoknjižnom ulošku (čl. 111. st. 1. ZP - a). Rok za podnošenje prigovora ili prijava ne može biti kraći od trideset dana niti dulji od šest mjeseci (čl. 200. d st. 2. ZZK - a, čl. 111, st. 2. ZP - a), a u oglasu se mora točno navesti zadnji kalendarski dan roka za ispravak. Rok se računa od dana objave oglasa.<sup>37</sup> Oglas će se objaviti na trošak predlagatelja na e - Oglasnoj ploči, oglasnoj ploči suda, nadležnog ureda za katastar, jedinice lokalne samouprave ili na drugi odgovarajući način.

36 Tako Kontrec, D., Uvod, u: Crnić, J., Končić, A-M., Kontrec, D., Osnivanje, obnavljanje, dopunjavanje i preoblikovanje zemljišne knjige, Novi informator, Zagreb, 2005., str. 79.

37 Primjerice, ako je datum otvaranja onaj dan koji je određen odlukom Ministarstva pravosuđa. To izaziva određene probleme u praksi, jer oglas nije moguće objaviti u službenom glasilu istog dana kada je Odluka donesena, pa je u tom trenutku nemoguće odrediti početak i završetak roka za ispravak. Navedeno je važno iz razloga što dok rok za ispravak ne istekne, na svim izvatcima i drugim ispravama koje zemljišnoknjižni sud izdaje na osnovi podataka iz zemljišne knjige glede koje taj rok teče, učinit će se to vidljivim, uz točnu oznaku zadnjega kalendarskog dana toga roka. Praksa sudova je da dok javni oglas ne bude objavljen, napomena na izvatcima sadržava samo podatak o danu otvaranja ispravnog postupka, roku trajanja ispravnog postupka, kao i podatak da je u tijeku ispravni postupak, pa da se slijedom toga upisi u zemljišnu knjigu ne smatraju istinitima i potpunima, te da se nitko ne može pozivati na to da je postupao s povjerenjem u zemljišnu knjigu, ali bez navođenja posljednjeg dana roka za ispravak. Nakon objave javnog oglasa, tekst napomene se upotpunjuje. Vidi Končić, A - M., Raskrižja u postupcima osnivanja, obnove i dopune zemljišne knjige – putovi do načela povjerenja u potpunost i istinitost zemljišne knjige, u: Jelčić, O., Končić, A-M., Kontrec, D., Mihelčić, G., Pahić, D., Sarvan, D., Nekretnine – aktualnosti zakonodavstva i prakse, problemi i dvojbe iz prakse, novi propisi, Novi informator, Zagreb, 2008., str. 83.

Upravo je za pravnu sigurnost važno da dok rok za ispravak određen oglasom ne istekne, upisi u zemljišnu knjigu ne smatraju se istinitim i potpunim, pa se nitko ne može pozivati na to da je postupao s povjerenjem u njihovu istinitost. Dok rok za ispravak ne istekne na svim izvadcima i drugim ispravama koje zemljišnoknjižni sud izdaje na osnovi podataka iz zemljišne knjige glede koje taj rok teče, to će se učiniti vidljivim,<sup>38</sup> uz točnu oznaku zadnjega kalendarskog dana tog roka. Međutim, niti nakon isteka roka za ispravak neće se smatrati da je zemljišna knjiga istinita i potpuna glede onih uložaka, odnosno upisa u njih kod kojih je zabilježeno da je stavljena prijava ili prigovor, sve dok oni ne budu izbrisani. Banke smatraju da takve napomene na izvadcima čine njihovo potraživanje neizvjesnim, odnosno da je hipoteka na nekretninama tijekom postupka osnivanja, odnosno da je tijekom ispravnog postupka zasnivanje založnog prava nesigurno. Međutim, praksa je pokazala da nema većih problema u realizaciji hipoteka na takvim nekretninama.<sup>39</sup>

Rješenje o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka zajedno s primjerkom prijedloga za otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka i primjerkom oglasa dostavlja se i svim osobama u čiju su korist provedeni upisi u zemljišnoknjižnom ulošku glede kojeg je otvoren pojedinačni ispravni postupak (čl. 112. st. 1. ZP-a). Nakon isteka roka određenog oglasom provodi se rasprava za ispravak.

#### 4.4. Postupanje s prijedlogom

ZZK ne traži dostavu prijedloga upisanim zemljišnoknjižnim suvlasnicima, to ne propisuje čak ni za rješenje kojim se dopušta otvaranje postupka (“... rješenje o otvaranju ispravnog postupka dostavit će se podnositelju prijedloga, osobama iz čijeg se upisa nedvojbeno zaključuje da bi dostava bila moguća te osobama koje su upise u zemljišnu knjigu zahtijevale nakon zabilježbe iz čl. 200. b ZZK-a”) (čl. 200. e ZZK-a), što može dovesti do određenih problema. Naime, sasvim je sigurno da zemljišnoknjižni suvlasnici svaki dan ne pregledavaju e-oglasnu ploču ili oglasnu ploču suda. Mišljenje autorice je da je možda nepotrebno posebno propisati da će se rješenje dostavljati samo “osobama iz čijeg se upisa nedvojbeno zaključuje da bi dostava bila moguća”, posebice jer nije ni propisano niti se traže pri uknjižbi podatci o adresi za dostavu. Ovakva odredba ima samo dodatnu publicitetnu funkciju. Naime, temeljem stavka 4. članka 120. ZZK-a, kad se osoba ne zatekne na adresi iz prijedloga, dostavljač tada ostavlja pismeno kod punoljetne osobe zatečene na adresi ili u poštanskom pretincu. U tom se slučaju mora naznačiti dan i način dostave, čime se odstupa od pravila parničnog postupka. Smatra se da je dostava obavljena protekom roka od 30 dana od dana dostave pismena. Ako dostavljač pri pokušaju dostave sazna da postoje razlozi zbog kojih pismeno uopće nije moguće uručiti naslovljenoj osobi, npr. nepoznat, odselio, umro i sl., tada mora vratiti pismeno sudu uz naznaku razloga

38 O značenju pojma “učiniti vidljivim” u zemljišnoknjižnom pravu vidi: Josipović, T. i dr., *Stvarno pravo*, str. 317.

39 Naime, građani i tvrtke uzimaju kredite i nemaju vremena čekati da se okonča postupak osnivanja zemljišnih knjiga, a nakon toga se još mora čekati i rok za ispravak zemljišne knjige kako bi se podatci smatrali potpunim i istinitim. Tako Kontrec, D., *op. cit.* (bilj. 36.), str. 80.



zbog kojih ga nije moguće dostaviti. Prema stavku 7. istog članka ako je pismeno vraćeno s naznakom nepoznat ili odselio, sud će pribaviti podatak iz evidencije Ministarstva unutarnjih poslova (MUP) o adresi primatelja i pismeno dostaviti na tu adresu. Ako MUP obavijesti sud da ne raspolaže adresom primatelja, tada će se pismeno dostaviti na oglasnu ploču suda.

Činjenica da je dostava neuredna ili da nije uopće provedena ne daje pravo samo zbog toga osporavati valjanost upisa provedenih u ispravnom postupku.<sup>40</sup> Rok za podnošenje prijave ili prigovora i u odnosu na osobe kojima je rješenje osobno dostavljeno, teče od dana određenog javnim oglasom, na što će se izričito upozoriti u rješenju.<sup>41</sup>

Dakle, u rješenju o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka sud mora objasniti zašto prijedlog smatra osnovanim, odnosno zašto smatra da za to postoji opravdan razlog. To bi u svakom konkretnom slučaju moralo značiti ne samo navođenje neke isprave (npr. rješenja o nasljeđivanju) nego i stajalište suda kako to pridonosi zaključku o opravdanom razlogu. U praksi, sud samo nabraja isprave, što bi trebalo biti dostatno kao obrazloženje.

O osnovanosti prijedloga, odlučuje zemljišnoknjižni sud odnosno zemljišnoknjižni sudac. Protiv rješenja o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka nije dopuštena posebna žalba,<sup>42</sup> osim ako odredbama ZZK-a nije drukčije propisano.<sup>43</sup> Navedena odredba samo pojačava obvezu da se rješenje donese isključivo kad je potpuno sigurno da iza prijedloga ne stoji nikakav pokušaj zlouporabe (onaj komu je prijedlog odbijen uvijek može pokrenuti i parnicu da dokaže svoja prava).<sup>44</sup>

40 Propust predlagatelja da označi ime i adresu protustranke nije takav nedostatak da se po prijedlogu za pokretanje pojedinačnog ispravnog postupka ne bi moglo postupiti jer se dostava rješenja o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka nositeljima knjižnih prava dostavlja isključivo radi obavijesti, pa činjenica da je dostava neuredna ili da nije uopće provedena ne daje pravo samo zbog toga osporavati valjanost upisa provedenih u ispravnom postupku. Županijski sud u Dubrovniku, Gž – 682/10 od 2.12. 2010., Ing. SP 2011., 2, 0, 1, str. 41.

41 Ovršni sud dužan je dostaviti rješenja o određivanju ovrhe ili takvih mjera osiguranja donesenih protiv osobe u čiju bi se korist u pojedinačnom ispravnom postupku trebalo upisati vlasništvo zemljišnoknjižnog tijela. S dostavljenim rješenjima postupa se kao s prijavama i prigovorima podnesenim u roku za ispravak. Vidi čl. 112. Pravilnika o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova (Zemljišnoknjižni poslovnik).

42 Protiv rješenja o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka, kao i protiv rješenja o otvaranju ispravnog postupka, nije dopuštena posebna žalba, dok se protiv upisa u novoosnovanim ulošcima mogu izjaviti prigovori. Županijski sud u Bjelovaru, Gž – 2094/01 od 18.10. 2001., IO VSRH 1/2002., 15, Ing. SP 1/2002., 1, 9.

43 U povodu prijedloga za otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka, posebna žalba nije dopuštena protiv rješenja o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka, dok je dopuštena protiv rješenja kojim je odbijen prijedlog za otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka (čl. 110. Zemljišnoknjižnog poslovnika). Županijski sud u Bjelovaru, Gž – 393/08-2 od 5.6. 2008., Ing SP, 200., 3, 0..2, str. 39. Vidi kod Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, str. 1389.

44 U jednom primjeru iz prakse sud je imao na raspolaganju primjerak tužbe zemljišnoknjižnih suvlasnika kojom tuže treću osobu zbog ometanja vlasništva, no to ga nije spriječilo u zaključku da je prijedlog o otvaranju pojedinačnog parničnog postupka o uknjiženju osobe protiv koje se suvlasnici žale, osnovan. Alternativa je bila jednostavno zastati s radom na prijedlogu,

Prijedlogom na temelju kojega je doneseno rješenje o pokretanju ispravnog postupka postupa se u daljnjem tijeku ispravnog postupka kao s prigovorom odnosno prijavom. Na temelju rješenja zemljišnoknjižnog suda o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka u dijelu zemljišne knjige na koji se odnosi ispravak, zabilježiti će se da je otvoren pojedinačni ispravni postupak. Ta će se zabilježba izbrisati po službenoj dužnosti kada protekne rok od 30 dana od dana uredne dostave rješenja donesenog na raspravi za ispravak.<sup>45</sup> Zabilježba pokretanja pojedinačnog ispravnog postupka ima isključivo publicitetni učinak<sup>46</sup> zabilježbe pravne činjenice u zemljišnim knjigama te ne sprječava daljnje upise u zemljišnu knjigu.<sup>47</sup> Upisi provedeni nakon zabilježbe će se brisati po službenoj dužnosti, ako je njihov sadržaj suprotan upisu koji će se odrediti u povodu rješenja donesenog na raspravi za ispravak. O brisanju upisa obavijestit će se nositelje čija prava prestaju brisanjem, a nezadovoljnu stranku uputit će se da svoja navodna prava ostvaruje u parnici tužbom za ispravak (čl. 200. b st. 3. ZZK-a).

Protiv rješenja o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka nije dopuštena posebna žalba, već se u uputi o pravnom lijeku navodi da osobe koje za to imaju pravni interes, svoja prava mogu ostvarivati u ispravnom postupku podnošenjem prijave ili prigovora u roku otvorenom za ispravak, odnosno u parnici pred sudom ili u postupku pred drugim nadležnim tijelom, nakon što pojedinačni ispravni postupak bude zaključen.<sup>48</sup>

---

čak ga i ne odbiti, i pričekati hoće li sud dati ili neće dati pravnu zaštitu zemljišnoknjižnim suvlasnicima. Kad zemljišnoknjižni sud rješenjem odbije prijedlog za pokretanje pojedinačnog ispravnog postupka, protiv tog je rješenja dopuštena žalba. U tom smislu: Županijski sud u Zadru, Gž – 1868/05 od 28. 12. 2007., NIZK (2), NI, 2012., 121, str. 181.

45 I kod brisanja zabilježbe o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka primjenjuje se odredba čl. 196. st. 2. ZZK-a kojom je, između ostalog, određeno i da se zabilježba prijave i prigovora, pa tako i zabilježba da je otvoren pojedinačni ispravni postupak, može brisati i ranije ako je na raspravi postignut sporazum stranaka. Iz navedene odredbe proizlazi da bi odgovarajućom primjenom zabilježbu otvaranja pojedinačnog ispravnog postupka, zabilježbu prijave i zabilježbu prigovora trebalo brisati i prije isteka 30 dana od uredne dostave rješenja, ako iste budu zamijenjene zabilježbom spora (tužba za ispravak). Ako tužba za ispravak stigne u roku od 30 dana, ona stupa na mjesto zabilježbe prijedloga, prijave ili prigovora. Ako pak stigne kasnije, dobiva ono mjesto u redu koje joj pripada u trenutku zaprimanja podneska. Vidi Kontrec, D., *op. cit.* (bilj. 31.), str. 613.

46 O značaju i svrsi zabilježbe vidi Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 310.

47 Vidi Golub, A. *op. cit.* (bilj. 18.), str. 25.

48 Protiv rješenja o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka, kao ni protiv rješenja o otvaranju ispravnog postupka nije dopuštena posebna žalba, dok se protiv upisa u novoosnovanim ulošcima mogu izjaviti prigovori. Iz obrazloženja: "Odredba čl. 200. ZZK-a ništa ne govori o mogućnosti izjavljivanja pravnih lijekova protiv odluka koje se donose u pojedinačnom ispravnom postupku, no odredbom čl. 110. st. 2. Poslovnika propisano je da protiv rješenja o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka nije dopuštena posebna žalba, što ne sprječava osobe koje za to imaju pravni interes da svoja prava ostvaruju u tijeku ispravnog postupka, odnosno u parnici pred sudom ili u postupku pred drugim nadležnim tijelom. Isto tako, odredbama čl. 113. i 114. Poslovnika, propisano je da se u pojedinačnom ispravnom postupku primjenjuju odredbe ZZK-a koje reguliraju opći ispravni postupak. Ni navedene odredbe na koje upućuju odredbe čl. 113. i 114. Poslovnika ne predviđaju mogućnost izjavljivanja žalbe

Rješenje o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka, zajedno s primjerkom prijedloga za otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka i primjerkom oglasa, osobno će se i bez odgađanja dostaviti svim osobama u čiju su korist u zemljišnoknjižnom ulošku, glede koga se provodi pojedinačni ispravni postupak, provedeni zemljišnoknjižni upisi. Rješenje o otvaranju ispravnog postupka dostavit će se podnositelju prijedloga, osobama iz čijeg se upisa nedvojbeno zaključuje da bi dostava bila moguća te osobama koje su upise u zemljišnu knjigu zahtijevale nakon zabilježbe iz članka 200. b ZZK-a. Time se štedi na trošku poštarine, te se skraćuje postupak jer neće biti potrebno za te osobe provoditi postupke propisane za dostavu rješenja.<sup>49</sup>

Ako bi se u ispravnom postupku trebali ispraviti upisi u posjedovnici zbog diobe pojedinih zemljišta, otpisa ili pripisa iz drugih zemljišnoknjižnih uložaka, rješenje će se dostaviti i svim osobama u čiju su korist provedeni zemljišnoknjižni upisi u zemljišnoknjižnim ulošcima u kojima su upisana zemljišta koja su obuhvaćena promjenama koje bi trebalo provesti u posjedovnici (npr. zemljišta koje bi u cijelosti ili djelomično trebalo pripisati u posjedovnicu zemljišnoknjižnog uloška glede koga se vodi pojedinačni ispravni postupak i sl.) (čl. 112. st. 2. ZP-a).

Rješenje o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka dostavit će se i ovršnom odjelu općinskog suda koji je bio mjesno nadležan za provedbu postupka ovrhe i osiguranja osnivanjem tereta koji su inače predmet upisa u zemljišnu knjigu, a osnovani su na zemljištima upisanim u zemljišnoknjižni uložak glede kojih se vodi pojedinačni ispravni postupak. Ovršni sud dužan je dostaviti rješenja o određivanju ovrhe ili takvih mjera osiguranja donesenih protiv osobe u čiju bi se korist u pojedinačnom ispravnom postupku trebalo upisati vlasništvo zemljišnoknjižnog tijela. S dostavljenim rješenjima postupa se kao s prijavama i prigovorima podnesenim u roku za ispravak.<sup>50</sup>

## 5. RASPRAVA ZA ISPRAVAK

Na raspravi za ispravak se razmatra o ispravljanju upisa predloženog u prijedlogu za pojedinačni ispravni postupak te se o svim drugim pravodobno podnesenim prijavama i prigovorima provodi rasprava za ispravak, odnosno o prijedlogu na temelju kojega je doneseno rješenje o pokretanju ispravnog postupka, koji po svom sadržaju može biti prijava ili prigovor, i to u pogledu oblika, površine, načina uporabe i izgrađenosti nekretnina, dakle upisa koji se odnose na posjedovnicu zemljišnoknjižnog uloška glavne knjige.<sup>51</sup>

---

protiv rješenja o otvaranju ispravnog postupka. Prema tome, imajući u vidu odredbe ZZK-a koje reguliraju ispravni postupak te odredebe čl. 110. st. 2. Poslovnika, žalba zemljišnoknjižnog vlasnika protiv rješenja o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka nije dopuštena, a sve ono što žalitelj iznosi u svojoj žalbi, moći će iznijeti tijekom ispravnog postupka u formi prigovora, o kojima će meritorno odlučiti sud u tom postupku." Županijski sud u Bjelovaru, Gž – 2094/01 od 18.10.2001., IO VSRH, 1/2002., 15. Vidi kod Žuvela, M., Ružička, B., ZZK, str. 320.

49 Tako Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, str. 1387.

50 Tako Jurin Bakotić, V., Paić, I., Martinović, M., *op. cit.* (bilj. 33.), str. 69.

51 Vidi Golub, A., *op. cit.* (bilj. 18.), str. 27.

Raspravu za ispravak u pojedinačnom ispravnom postupku provodi sudac općinskog suda kao sudac pojedinac ili sudski savjetnik (čl. 200. g ZZK-a). Na raspravi za ispravak razmatraju se podnesene prijave i prigovori, koju po službenoj dužnosti zakazuje zemljišnoknjižni sud i to glede svakog zemljišnoknjižnog uložka na koji je stavljena prijava ili prigovor. Raspravu za ispravak vodi sudac ili sudski savjetnik, prema pravilima izvanparničnog postupka. ZZK i ZP nemaju odredbe o tomu gdje se provodi rasprava za ispravak, međutim uobičajeno je da se provodi na nekretnini koja je predmet postupka. Time stranke lakše osiguravaju prisutnost svjedoka i na licu mjesta se može točno utvrditi što je u naravi određena nekretnina.<sup>52</sup>

Na raspravu se pozivaju osobe koje su podnijele prijavu ili prigovor, osobe protiv čijih je upisa podnesena prijava ili prigovor i osobe koje bi po sadržaju zemljišnih knjiga mogle imati pravni interes.<sup>53</sup> Na raspravi za ispravak stranke se mogu sporazumjeti da se uzmu u obzir i nepravodobni prigovori i prijave, pri čemu više nije potrebno da one budu zabilježene do rasprave za ispravak.

Na raspravu mogu biti pozvani i ovlašteni inženjeri geodezije koji su izradili prijavne listove za provedbu u zemljišnu knjigu.<sup>54</sup> Stručni pomagač nema svojstvo sudskog vještaka, ali uvelike može pomoći sudu da u jednom postupku koji nema formu vještačenja, odgovori na sva stručna pitanja. Možda najvažnija novina u ZZK-u 2013. u odnosu na raspravu za ispravak u postupku osnivanja ili obnove zemljišne knjige, a tako i kod rasprave u pojedinačnom ispravnom postupku je brisanje odredbe koja je propisivala postavljanje privremenog zastupnika nenazočnim strankama. Dakle, odredbe instituta privremenog zastupnika uređene ZPP-om<sup>55</sup> više se ne primjenjuju u ovom postupku, što je znatno ubrzalo postupke.<sup>56</sup>

Nema odgađanja rasprave zbog nenazočnosti pozvanih osoba niti nenazočnost osobe koja je podnijela prijavu ili prigovor ne znači da je povukla prijavu ili prigovor, odnosno da je priznala tuđe prijave i prigovore.

Zemljišnoknjižni sud će na raspravi za ispravak dati priliku nazočnima da obrazlože svoje pravodobno podnesene prijave i prigovore, da se očituju na tuđe te da u prilog svojih tvrdnji ponude dokaze koje bi na toj raspravi bilo moguće odmah izvesti. Također će omogućiti nazočnima da se na raspravi za ispravak sporazumiju o svim prijavama i prigovorima, pa će postignute sporazume uzeti na zapisnik te će

52 Tako Jurin Bakotić, V., Paić, I., Martinović, M., *op. cit.* (bilj. 33.), str. 70.

53 Pojedinačni ispravni postupak nije jednostranački izvanparnični postupak te uz predlagatelja i osobe protiv čijih je upisa prijava podnesena imaju procesni položaj stranke. Županijski sud u Splitu, Gžzk – 34/11, od 14. 10. 2011., IO VSRH, 2011., 2, 21, str. 28. Vidi kod Žuvela, M., Vlasničopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, str. 1390.

54 Tako Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, ožujak, 2013., str. 48.

55 Više kod Dika, M., Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, IV. Knjiga, Narodne novine, 2008. str. 197 - 205.; Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, sedmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, 2004., str. 323 – 325.

56 Vidi Ljubić, B., Iskustva dvostrukih evidencija i obnova zemljišnih knjiga, u: Končić, A - M, Kontrec, D., Ljubić, B., Marković, S., Mičević, B., Trgovac, S., Novi propisi u zemljišnoknjižnom pravu 2015., Novi informator, Zagreb, 2015, str. 48.

izvesti dokaze koje smatra potrebnima. Također, zemljišnoknjižni sud može provesti sve dokaze koje smatra potrebnim (saslušati svjedoke, izvršiti uvid u ispravu, saslušati predstavnika katastarskog ureda, vještaka).

Sud na raspravi za ispravak prije svega odlučuje o osnovanosti prijedloga i o ispravku upisa na temelju sporazuma stranaka, odnosno predlagatelja i osoba čije bi se pravo provedbom upisa ukinulo, prenijelo, ograničilo ili opteretilo, a podredno i osoba koje su podnijele prijave ili prigovore.<sup>57</sup> Prema pravilima zemljišnoknjižnog prava, o prijavama i prigovorima glede upisa u vlastovnicu i teretovnicu o kojima su svi nazočni na raspravi postigli sporazum, sud će odlučiti u skladu s tim sporazumom, ako je on dopušten i moguće ga je provesti u zemljišnim knjigama (čl. 195. st. 2. ZZK-a).<sup>58</sup> Kada sporazum nije postignut, među ostalim i zbog toga što osobe čije bi se pravo predloženim upisom ukinulo, prenijelo, ograničilo ili opteretilo i njihovi pravni sljednici nisu poznati, pa ne sudjeluju u ispravnom postupku, zemljišnoknjižni sud mora odlučiti po pravičnoj ocjeni (čl. 195. st. 3. ZZK-a). Naime, nenazočnost pozvanih osoba ne odgađa održavanje rasprave za ispravak, niti znači da je nenazočna osoba povukla svoju prijavu ili prigovor, a ni da priznaje tuđe prijave ili prigovore (čl. 192. st. 3. ZZK-a), a u slučaju neodaziva uredno pozvanih osoba, zemljišnoknjižni sud će donijeti odluku na temelju stanja spisa (čl. 192. st. 4. ZZK-a).

Kada se ima u vidu da prijave i prigovori moraju biti utemeljeni na ispravama kojima se čini vjerojatnim postojanje knjižnog prava čiji se upis zahtijeva, postavlja se pitanje može li sud odlučiti po pravičnoj ocjeni kada nazočne stranke nisu postigle sporazum o prijedlogu za ispravak upisa, odnosno prijavama i prigovorima. Naime, ako je predlagatelj osnovanost prijedloga za ispravak utemeljio na javnoj ili privatnoj ispravi iz kojih proizlazi vjerojatnost njegova knjižnog prava čiji upis zahtijeva, a protustranka se usprotivi takvom prijedlogu, postavlja se pitanje bi li pravična ocjena suda mogla biti suprotna sadržaju javne ili privatne isprave.<sup>59</sup> Stoga možemo zaključiti da je mogućnost suda da odlučuje prema pravičnoj ocjeni u ispravnom postupku, premda formalno postoji, ograničena. Sud je materijalno pravo dužan primijeniti onako kako glasi, odnosno na zakonit način. Kada bi sud odlučivao prema pravičnoj ocjeni suprotno materijalnom pravu kako glasi ili mimo materijalnog prava, odluka suda bila bi nezakonita. Odredba čl. 195. st. 5. ZZK - a također ukazuje na to da je mogućnost suda da u ispravnom postupku odlučuje prema pravičnoj ocjeni bitno ograničena. Naime, zemljišnoknjižni sud će uputiti osobe čije prijave ili prigovore nije usvojio u cijelosti ili djelomično, kao i one čiji je upis ili prvenstveni red upisa svojom odlukom odredio izmijeniti, nadopuniti ili izbrisati, da svoje navodno pravo ostvaruju u parnici tužbom za ispravak. Kada bi zemljišnoknjižni sud odlučio po pravičnoj ocjeni u pojedinačnom ispravnom postupku, mimo ili suprotno prisilnim propisima, tada bi odluka zemljišnoknjižnog suda bila nezakonita, a protivna stranka bila bi ovlaštena pokrenuti parnicu jer bi je sud bio dužan uputiti na parnicu, u kojoj bi zasigurno uspjela jer u parničnom postupku sud ne može odluku donijeti po pravičnoj ocjeni,

57 Tako Golub, A., *op. cit.* (bilj. 18.), str. 30.

58 Sud ne može uvažiti nedopuštene dispozicije stranaka. Čl. 3. st. 3. Zakona o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

59 Tako Golub, A., *op. cit.* (bilj. 18.), str. 31.

već pravilnom primjenom materijalnog prava. U tom slučaju, presuda parničnog suda derogirala bi rješenje zemljišnoknjižnog suda, što ukazuje da zemljišnoknjižni sud ne može svoju odluku temeljiti na pogrešnoj primjeni materijalnog prava, odnosno da pravična ocjena u smislu čl. 195. st. 3. ZZK - a, mora biti u okvirima pravilne primjene materijalnog prava.<sup>60</sup>

## 6. ODLUKA NA RASPRAVI ZA ISPRAVAK

Kad ocijeni da su sva pitanja dovoljno raspravljena, zemljišnoknjižni sud će zaključiti raspravu za ispravak te će donijeti i na zapisnik s rasprave proglasiti svoju odluku kojom će, u potpunosti ili djelomično usvojiti, odbiti ili odbaciti prijavu upisa, odnosno prigovor na upise ili njihov prvenstveni red te će u odluci kojom usvaja prijavu upisa ili prigovor na upis, dopustiti odgovarajuće upise i narediti njihovu provedbu. Odbacit će nepravodobne prijave i prigovore, a one pravodobne, u potpunosti će ili djelomično usvojiti, odnosno odbiti. U zemljišnoknjižnim rješenjima u kojima se u cijelosti prihvaća prijedlog predlagatelja ne pišu se obrazloženja, kao ni u zemljišnoknjižnim pojedinačnim ispravnim postupcima nakon rasprave za ispravak ako se njime prihvaća jedini prijedlog, prigovor ili prijava.<sup>61</sup>

Nakon što zaključi raspravu za ispravak u pojedinačnom ispravnom postupku, sud donosi odluku o prijedlogu za ispravak upisa u zemljišnoj knjizi te će se na temelju odluke zemljišnoknjižnoga suda donesene na raspravi za ispravak kojom je sud prihvatio prijavu za upis ili usvojio prigovor o upisu ili o njegovu prvenstvenom redu, provesti naređeni upisi u zemljišnoj knjizi (čl. 196. st. 1. ZZK - a). Zemljišnoknjižni sud će posebno uputiti osobe čije prijave i prigovore nije usvojio, kao i one čiji je upis ili prvenstveni red izmijenjen, dopunjen ili izbrisan, da svoje navodno pravo ostvaruju u parnici tužbom za ispravak<sup>62</sup> (čl. 197. ZZK - a).<sup>63</sup>

Upis u zemljišnu knjigu provodi se po službenoj dužnosti, što znači da rješenje doneseno na raspravi za ispravak mora sadržavati nalog za provedbu točno određenog upisa u zemljišnim knjigama.<sup>64</sup> Dakle, na temelju donesene odluke provest će se

60 Tako Golub, A., Utvrđivanje činjenica u pojedinačnom zemljišnoknjižnom ispravnom postupku, Godišnjak Hrvatskog društva za građanskopravne znanosti i praksu br. 15, Opatija, 2008., str. 557- 576.

61 Vidi Jurin Bakotić, V., Paić, I., Martinović, M., *op. cit.* (bilj. 33.), str. 70.

62 Tužba za ispravak nije ispravak pogrešnog upisa, već je vezana uz provođenje postupka osnivanje, obnove, dopune zemljišne knjige, odnosno pojedinačnog ispravnog postupka i tom se tužbom ispravljaju upisi izvršeni u tim postupcima.

63 Protiv rješenja donesenog na raspravi za ispravak u pojedinačnom zemljišnoknjižnom ispravnom postupku nije dopuštena žalba, već osobe čiji prigovori nisu usvojeni svoje pravo mogu ostvariti u parnici tužbom za ispravak sukladno čl. 197. ZZK-a, a nikako žalbom na pobijano rješenje koje je doneseno po službenoj dužnosti zbog ispunjenja uvjeta iz čl. 196. st. 2. ZZK-a i čl. 110. Pravilnika o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova (Zemljišnoknjižni poslovnik). Županijski sud u Varaždinu, Gž – 1052/10 od 13.10. 2010., NIZK (2) NI, 2012., 122., str. 182. Tako kod Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, str. 1390.

64 Tako Golub, A., *op. cit.* (bilj. 18.), str. 32.

naređeni upis u zemljišnu knjigu (čl. 196. st. 1. ZZK).<sup>65</sup> Zemljišnoknjižni sud će po službenoj dužnosti izbrisati sve zabilježbe prijave i prigovora kad protekne rok od 30 dana od održane rasprave, a i prije, ako se zamijene zabilježbom spora.

Ako se ukaže potreba mijenjanja podataka u posjedovnici zemljišnoknjižni sud ne odlučuje o takvoj prijavi ili prigovoru, već upućuje stranku pred nadležno tijelo za katastar.

O ispravljanju upisa predloženog u prijedlogu za otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka te o ostalim prijavama i prigovorima, zemljišnoknjižni sud odlučuje po pravilima iz članaka 194. i 195. ZZK-a.<sup>66</sup> Protiv odluke suda donesene u povodu prijave i prigovora u pojedinačnom ispravnom postupku nije dopuštena žalba (čl. 194. st. 3. ZZK - a), ali to ne sprječava ostvarivanje prava u parnici pred sudom ili u postupku pred drugim nadležnim tijelom.

Na raspravu za ispravak, provedbu upisa te tužbu za ispravak, u pojedinačnom ispravnom postupku na odgovarajući način se primjenjuju pravila iz članaka 191. do 197. ZZK - a (čl. 200. g ZZK - a), ali se ne primjenjuje odredba članka 198. ZZK - a prema kojoj se u postupku obnove i dopune zemljišne knjige vlastovnica zemljišne knjige koja se obnavlja, sastavlja prema podacima iz zemljišne knjige koja se zatvara otvaranjem obnovljene zemljišne knjige, knjige položenih ugovora, kao i podataka o prikupljenim nositeljima prava na katastarskim česticama iskazanim u elaboratu izmjere, popisnom listu ili postojećem katastarskom operatu, kao i javnih i privatnih isprava koje stranke dostave zemljišnoknjižnom sudu.<sup>67</sup>

Ako zemljišna knjiga ne prikazuje stvarno stanje, neće se prenijeti podatci o vlasnicima iz stare zemljišne knjige u novu zemljišnu knjigu, čime će se u potpunosti izbjeći prijenos starih podataka (u praksi se često događalo da je kod sastavljanja uložka prenesen podatak o vlasnicima koji su bili upisani prije 100 godina). Propisano je koje će se osobe pozvati na raspravu za sastavljanje uložaka te kako će sud postupiti kada se na raspravi pojavi spor, odnosno kada na raspravi nije moguće utvrditi vlasnika.

U pojedinačnom ispravnom postupku nije propisana mogućnost ispravka upisa u vlastovnici iz prikupljenih podataka o nositeljima knjižnih prava u elaboratu izmjere jer takav elaborat nije ni sastavljen, ali ni prema posjednicima iz popisnog lista ili postojećem katastarskom operatu, iako u pravilu popisni list kao dio katastarskog operata postoji za sve nekretnine. Međutim, da bi se ispravio upis u vlastovnici ili teretovnici zemljišnoknjižnog uložka u pojedinačnom ispravnom postupku, nije dovoljno dostaviti posjedovni list, odnosno drugi dokaz o upisu u katastarski operat, već sud na raspravi za ispravak mora izvesti dokaze i utvrditi odgovara li doista stvarno stanje upisu u katastarski operat. Ako utvrdi navedenu činjenicu, rješenjem može dopustiti ispravak upisa onako kako proizlazi iz posjedovnog lista, odnosno

65 Tako Žuvela, M., Ružička, B., ZZK, str. 240.

66 Pojedinačni ispravni postupak sukladno čl. 195. ZZK-a ne vodi se kada između čestice upisane u katastru i čestice upisane u zemljišnoj knjizi postoji znatna razlika u površini. U tom slučaju stranka je prethodno podnošenju prijedloga za otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka dužna prijavnim listom ovjerenim kod katastra uskladiti površine čestica i potom podnijeti prijedlog za otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka.

67 Tako Golub, A., *op. cit.* (bilj. 18.), str. 31.

katastarskog operata.<sup>68</sup>

U pojedinačnom ispravnom postupku nije dopušteno primijeniti ni pravila koja se odnose na sastavljanje vlastovnice u postupku osnivanja zemljišnih knjiga jer takva mogućnost nije predviđena odredbama ZZK - a. U pojedinačnom ispravnom postupku sud može ispraviti upis samo na temelju sporazuma zainteresiranih stranaka, a podredno prema pravičnoj ocjeni, a ne prema podacima iz kartona zemljišta, iz javne ili privatne isprave, iz knjige položenih ugovora, iz elaborata izmjere koji se ni ne osniva u pojedinačnom ispravnom postupku, kao ni iz podataka katastarskog operata.<sup>69</sup>

## **7. UMJESTO ZAKLJUČKA**

Smisao pojedinačnog ispravnog postupka je da se u zemljišnoknjižnom ulošku u pogledu kojeg se vodi postupak, zemljišnoknjižno pravno stanje nekretnina uskladi sa stvarnim, izvanoknjižnim pravnim stanjem, čime bi se poboljšalo funkcioniranje tržišta nekretnina. Zemljišnoknjižno stanje koje nije sređeno, trebalo bi se sređivati upravo kroz institute zemljišnoknjižnog postupka (kroz postupak osnivanja, obnove i dopune zemljišnih knjiga, kroz pojedinačni ispravni postupak), a ne kroz klasičan parnični postupak, koji je u odnosu na zemljišnoknjižni, dugotrajniji, skuplji i opterećuje rad suda. Zemljišnoknjižni postupak je u pravilu učinkovitiji, fleksibilniji i jeftiniji za stranke od parničnog postupka. S druge strane, protiv odluka zemljišnoknjižnog suda donesenih na raspravi za ispravak se ne može uložiti žalba, ali to ne sprječava ostvarivanje prava u parnici pred sudom ili u postupku pred drugim nadležnim tijelom.

Donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama 2017. godine u dijelu koji se odnosi na pojedinačno preoblikovanje zemljišnih knjiga očekuje se usklađivanje katastarskih i zemljišnoknjižnih registara, bez provođenja novih katastarskih izmjera primjenom aplikacija iz elektroničke baze podataka i elektroničkim prijenosom svih usklađenih podataka u kraćem vremenskom razdoblju i bez dodatnih troškova i nastavak vođenja te katastarske općine u jedinstvenom registru i uz primjenu zajedničkih poslovnih procesa katastra i zemljišne knjige.<sup>70</sup>

Novelom ZZK 2017 odredbama o osnivanju, obnovi i dopuni zemljišne knjige, zamijenjene su prije važeće kompleksne i u većem dijelu u praksi neprimjenjive odredbe, novima koje preciznije i jednostavnije uređuju postupak sastavljanja zemljišnoknjižnih uložaka kod osnivanja, obnove i dopune zemljišnih knjiga. U okviru odredaba o provedbi postupaka osnivanja, obnove i dopune zemljišnih knjiga definiraju se institucionalni kapaciteti, a određivanjem ovlaštenih zemljišnoknjižnih

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> U postupku osnivanja zemljišne knjige vlastovnica i teretovnica uloška sastavljaju se redom prema podacima iz kartona zemljišta, zatim podacima iz javne ili privatne isprave predočene sudu, podacima iz knjige položenih ugovora, prikupljenim podacima o nositeljima prava na katastarskim česticama iskazanim u elaboratu izmjere, podacima katastarskog operata te drugim raspoloživim dokazima (čl. 182. a ZZK-a), a ako nije moguće utvrditi vlasnika ni na jedan način, kao vlasnik se upisuje Republika Hrvatska (čl. 184. st. 1. ZZK - a).

<sup>70</sup> Tako Obrazloženje nacrta Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, lipanj, 2017., str. 3- 4.



referenata da samostalno sudjeluju u postupku osnivanja, obnove i dopune zemljišne knjige s izradom nacarta zemljišnoknjižnih uložaka, uklanja se potreba da navedene postupke vode suci ili sudski savjetnici, kojih i nema dovoljno za ovu vrstu postupka. Isto tako se povećanjem broja ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata otvara unutar sustava, mogućnost pokretanja većeg broja postupaka koji su stajali zbog nedostatka potrebnog broja sudaca i sudskih savjetnika. Također, u dijelu zakona koji se odnosi na provedbu katastarske izmjere i osnivanja, obnove ili dopune zemljišne knjige unaprjeđuju se postojeća rješenja temeljem uočenih nedostataka, čime se ubrzava i olakšava postupak osnivanja, obnove ili dopune zemljišnih knjiga.

Pritom svi postupci osnivanja, obnove i dopune zemljišnih knjiga, koji su započeti do stupanja na snagu Novele ZZK 2017. dovršit će se prema odredbama ZZK 2013. pa će se pravila uvedena Novelom ZZK 2017. primjenjivati samo na postupke osnivanja, obnove i dopune zemljišne knjige pokrenute nakon 16. studenog 2017. godine.

Kada se otvara pojedinačni zemljišnoknjižni postupak, na temelju rješenja zemljišnoknjižnog suda o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka u dijelu zemljišne knjige na koji se ispravak odnosi, zabilježiti će se da je otvoren pojedinačni ispravni postupak, tako da u trenutku provedbe rješenja o ispravku postoji zabilježba otvaranja pojedinačnog ispravnog postupka u zemljišnoj knjizi (čl. 200.b. st. 1. ZZK-a). Zabilježba otvaranja pojedinačnog ispravnog postupka ne sprječava daljnje upise u zemljišnoj knjizi, pa se knjižno stanje u trenutku provedbe rješenja o ispravku upisa može razlikovati od stanja kakvo je bilo u trenutku upisa takve zabilježbe. Tako bi mogli tumačiti da upis ispravka prema rješenju donesenom u pojedinačnom ispravnom postupku nije moguće provesti u zemljišnoj knjizi zbog promjene knjižnog prednika, naknadnim upisima nakon zabilježbe otvaranja pojedinačnog ispravnog postupka. Međutim, upisi provedeni nakon zabilježbe otvaranja pojedinačnog ispravnog postupka brišu se po službenoj dužnosti ako je njihov sadržaj suprotan upisu koji će se odrediti rješenjem donesenim na raspravi za ispravak (čl. 200.b st. 3. ZZK-a). ZZK izričito ne propisuje donosi li se o brisanju upisa provedenih nakon zabilježbe otvaranja pojedinačnog ispravnog postupka posebno rješenje, već samo propisuje da se takvi upisi brišu po službenoj dužnosti, ali je sud dužan obavijestiti nositelja knjižnih prava koja su upisana nakon zabilježbe otvaranja pojedinačnog ispravnog postupka i uputiti ih da svoja prava koja prestaju provedbom upisa određenog u pojedinačnom ispravnom postupku ostvare u parničnom postupku, tužbom za ispravak.

*LITERATURA*

1. Crnić, J., Končić, A - M., u Crnić, J., Končić, A - M., Kontrec, D., Osnivanje, obnavljanje, dopunjavanje i preoblikovanje zemljišne knjige, Novi informator, Zagreb, 2005., str. 96 - 138.
2. Dika, M., Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, 4. knj., Narodne novine, 2008., str. 197-205.
3. Golub, A., Pojedinačni zemljišnoknjižni ispravni postupak – mogućnost usklađivanja zemljišnoknjižnog i stvarnog stanja nekretnina, Hrvatska pravna revija, 2014., str. 23 - 33.
4. Golub, A., Utvrđivanje činjenica u pojedinačnom zemljišnoknjižnom ispravnom postupku, Godišnjak Hrvatskog društva za građanskopravne znanosti i praksu, br. 15, Opatija, 2008., str. 557 - 576.
5. Josipović, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001.
6. Josipović T., Izvanknjižno stjecanje i prestanak stvarnih prava na nekretninama – usklađivanje zemljišnoknjižnog stanja, u: Brežanski, J., Jelčić, O., Josipović, T., Kotred, D., Perkušić, A., Nekretnine kao objekti imovinskih prava – aktualnosti u stjecanju i raspolaganju pravima na nekretninama, opća redakcija Olga Jelčić, Narodne novine, 2005., str. 3 – 28.
7. Josipović, T., u Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., Stvarno pravo, sv. I., Narodne novine, Zagreb, 2007.
8. Jurin Bakotić, V., Paić, I., Martinović, M., Pojedinačno sredivanje nesređenog zemljišnoknjižnog stanja kroz institut pojedinačnog ispravnog postupka, str. 63 – 72.
9. Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2008.
10. Končić, A - M., Raskrižja u postupcima osnivanja, obnove i dopune zemljišne knjige – putovi do načela povjerenja u potpunost i istinitost zemljišne knjige, u: Jelčić, O., Končić, A-M., Kontrec, D., Mihelčić, G., Pahić, D., Sarvan, D., Nekretnine – aktualnosti zakonodavstva i prakse, problemi i dvojbe iz prakse, novi propisi, Novi informator, Zagreb, 2008., str. 41 - 97.
11. Kontrec, D., Uvod, u: Crnić, J., Končić, A - M., Kontrec, D., Osnivanje, obnavljanje, dopunjavanje i preoblikovanje zemljišne knjige, Novi informator, Zagreb, 2005., str. 11 - 95.
12. Kontrec, D., Novine u zemljišnoknjižnom pravu prema konačnom prijedlogu Novele Zakona o zemljišnim knjigama 2013, Pravo u gospodarstvu, vol. 52, br. 3, Zagreb, 2013., str. 589 - 615.
13. Kontrec, D., Novela Zakona o zemljišnim knjigama iz 2013. i pravna sredstva za zaštitu od nevaljanih i nezakonitih upisa u zemljišnoj knjizi, Pravo u gospodarstvu, god. 53, br. 2, Zagreb, 2014., str. 267 - 298.
14. Kontrec, D., Novine u zemljišnoknjižnom pravu prema Konačnom prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama 2013., Hrvatska gospodarska komora - sektor za trgovinu devetnaesti forum poslovanja nekretninama, str. 38 - 60.
15. Ljubić, B., Iskustva dvostrukih evidencija i obnova zemljišnih knjiga, u: Končić, A - M, Kontrec, D., Ljubić, B., Marković, S., Mičević, B., Trgovac, S., Novi propisi u zemljišnoknjižnom pravu 2015., Novi informator, Zagreb, 2015., str. 35 – 60.
16. Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, 2013.
17. Obrazloženje nacrtu Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, 2017.
18. Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, 7. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 323 – 325.

19. Žuvela, M., *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, prateći propisi, pravna pravila, sudska praksa, napomene, prilozi, kazala, Organizator, Zagreb, 2014.*
20. Žuvela, M., Ružička, B., *Zakon o zemljišnim knjigama, Organizator, Zagreb, 2003.*

#### Propisi

1. *Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova (zemljišnoknjižni poslovnik), Narodne novine, br. 81/1997, 109/2002, 153/2002, 123/2002, 14/2005, 60/2010, 60/2010, 55/2013, 108/2017.*
2. *Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014.*
3. *Zakon o zemljišnim knjigama, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13, 108/17.*
4. *Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.*
5. *Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina, Narodne novine, br. 16/07, 152/08, 124/10, 56/13, 121/16, 09/17.*

**Dinka Šago\***

Summary

## **REGULATION OF THE LAND REGISTER PROCEDURE THROUGH INDIVIDUAL CORRECTION PROCEDURE**

The paper presents the most important novelties proposed by the Law on Amendments of the Land Registry Act from 2013 and 2017, in particular the novelties in an individual correction procedure.

The aim of this paper is to show the process of implementation of the individual correction procedure as an efficient institute to harmonize the land registry with the actual property status. Those changes were supposed to contribute to a simplify, speed up and reduce the cost of the process, in order to allow a wider range of interested entities – private interest of owners to update the status of their property, with the secondary purpose – public interest to harmonize the land registry with the real property situation.

**Keywords:** *land registry court, land register, the individual correction procedure.*

Zusammenfassung

## **GRUNDBUCHBERICHTIGUNG AUF BETREIBEN EINES BETEILIGTEN**

Grundbuchberichtigung auf Betreiben eines Beteiligten ist ein Rechtsinstitut des Grundbuchrechtes, welches für die Berichtigung ungeordneten Grundbuch- und Katasterstandes auf Betreiben eines Beteiligten vorgesehen wurde. Durch die Novellierung der Grundbuchordnung in 2013 und 2017 war die Hauptabsicht des kroatischen Gesetzgebers, das Grundbuchsystem der Eintragung der Grundstücke und dazu gehörenden Rechte zu verbessern und der Ordnung der Grundbücher sowie auch der Sicherheit der Grundstücksrechtsgeschäfte beizutragen.

Ziel dieser Arbeit ist es, die Änderungen in der Durchführung der Grundbuchberichtigung auf Betreiben eines Beteiligten darzustellen, deren Zweck es ist, diese Verfahren zu vereinfachen, beschleunigen und günstiger zu machen. Diese Änderungen tragen wiederum dazu bei, die Aktualisierung des Grundbuchstandes der Grundstücke zu vereinfachen, aber auch das öffentliche Interesse an die Übereinstimmung der wirklichen Rechtslage eines Grundstücks mit

\* Dinka Šago, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Split; dsago@pravst.hr.

dem Grundbuchstand zu realisieren.

**Schlüsselwörter:** Grundbuchgericht, Grundbuch, Grundbuchberichtigung  
auf Betreiben eines Beteiligten.

Riassunto

## LA SISTEMAZIONE DELLO STATO DEI LIBRI FONDIARI MEDIANTE IL SINGOLO PROCEDIMENTO DI CORREZIONE

Il singolo procedimento di correzione è uno strumento giuridico del diritto tavolare previsto per la sistemazione caso per caso dello stato dei libri fondiari e del catasto. L'intenzione primaria del legislatore in occasione dell'emanazione delle novelle della legge tavolare degli anni 2013 e 2017 è quella di migliorare mediante soluzioni giuridiche nuove e di qualità il sistema tavolare di pubblicità degli immobili e dei diritti sugli immobili; di sistemare i libri fondiari e per l'effetto di garantire una più elevata certezza del diritto nella circolazione degli immobili.

Lo scopo di questo lavoro è di illustrare le modifiche legislative relativa all'*iter* del singolo procedimento di correzione, il quale ha per scopo semplificare, accelerare e rendere più economico tale procedimento e tutto ciò affinché i soggetti giuridici possano più facilmente aggiornare nei libri lo stato dei loro immobili, ma anche al fine di realizzare l'interesse pubblico volto all'aggiornamento dei libri fondiari, quali registri pubblici, con lo stato reale degli immobili.

**Parole chiave:** giudice tavolare, libro fondiario, singolo procedimento di  
correzione.



## ODGOVORNOST ZA ŠTETU I NAKNADA ŠTETE POČINJENE RATNIM ZLOČINOM

Dr. sc. Jadranko Jug\*

UDK 341.384

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.20>

Ur.: 16. veljače 2018.

Pr.: 23. veljače 2018.

Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Ratni zločini su najteža kaznena djela koja su u svojim obilježjima vezani za kršenje pravila međunarodnog prava tijekom rata, oružanog sukoba i okupacije. Jedna od posljedica počinjenja kaznenih djela ratnih zločina su imovinske i neimovinske štete počinjene u pravilu većem broju osoba. Stoga je odgovornost za naknadu štete i naknada štete žrtvama kaznenih djela ratnih zločina jednako važna kao i kazneni progon samih počinitelja. Na području Republike Hrvatske i susjedne Bosne i Hercegovine u bližoj povijesti vodio se rat i oružani sukobi te je dolazilo do počinjenja kaznenih djela ratnih zločina, a sve do danas se vode kazneni postupci i postupci radi naknade štete protiv počinitelja i odgovornih osoba. Kod odgovornosti za naknadu štete počinjene ratnim zločinima često će se uz štetnika kao odgovorna osoba pojaviti i država, a slijedom toga će se postaviti pitanje zastare potraživanja naknade štete prema državi. Također je bitno razlikovanje ratne štete i terorističkog akta od eventualnog kaznenog djela ratnog zločina, a kod naknade štete žrtvama kaznenih djela ratnih zločina potrebno je provesti brz i učinkoviti postupak obeštećenja. Predmet je ovog rada analiza pravne regulative i sudske prakse u svezi s odgovornosti za štetu i naknadu štete počinjene ratnim zločinom. U radu se prvotno iznosi pojam i razlike ratnog zločina, ratne štete i terorističkog akta, a zatim se obrađuje odgovornost za štetu počinjenu ratnim zločinima i naknada štete.*

**Ključne riječi:** *ratni zločini, ratna šteta, teroristički akt, odgovornost za štetu, zastara, naknada štete.*

### **1. UVOD**

Ratni su zločini najteža kaznena djela koja se u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu svrstavaju u kaznena djela protiv čovječnosti i ljudskog dostojanstva,<sup>1</sup> a ujedno se smatraju jednim od međunarodnih kaznenih djela čije su inkriminacije

\* Dr. sc. Jadranko Jug, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske; jadranko.jug@vsrh.hr.

1 V. čl. 91. Glave IX. Kaznenog zakona (Narodne novine, broj 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15 – dalje KZ/RH).

proizašle iz međunarodnih konvencija.<sup>2</sup> Ratni zločini su u svojim obilježjima vezani za kršenje pravila međunarodnog prava za vrijeme vođenja rata, oružanog sukoba i okupacije, a posljedice tih kaznenih djela odnose se u pravilu na veći broj oštećenih osoba. Upravo jer se kod ratnih zločina radi o povredama međunarodnog prava i međunarodnih konvencija, sve demokratske i pravne države slično reguliraju kazneno djelo ratnog zločina. Na dijelu prostora bivše Jugoslavije u Republici Hrvatskoj (dalje RH) i Republici Bosni i Hercegovini (dalje BiH) u bližoj povijesti vodio se rat i oružani sukobi te je dolazilo i do počinjenja kaznenih djela ratnog zločina.

Posljedice kaznenih djela ratnog zločina su, između ostalog, imovinske i neimovinske štete pričinjene u pravilu većem broju oštećenih osoba. Naknada imovinske i neimovinske štete žrtvama kaznenih djela ratnih zločina jednako je važna, kao i samo procesuiranje i kažnjavanje počinitelja ratnih zločina, a time se štite temeljna prava i slobode takvih osoba zajamčena Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje Konvencija).<sup>3</sup> Obzirom na to da su štete počinjene ratnim zločinom vezane za rat i oružane sukobe, bitno je razlikovati ratne štete od šteta počinjenih protupravnim postupanjem pripadnika oružanih snaga i drugih postrojbi. Također je nužno razlikovati štete počinjene terorističkim aktima od ratnih šteta i šteta počinjenih protupravnim postupanjem civilnih i vojnih djelatnika određene države.

Kod odgovornosti za naknadu štete počinjenu ratnim zločinom gotovo uvijek će se uz štetnika kao odgovorna osoba za naknadu štete javljati država koja odgovara za protupravna postupanja pripadnika oružanih ili redarstvenih snaga u službi ili u svezi sa službom, odnosno za nezakoniti i nepravilni rad svojih tijela. Kod takve objektivne odgovornosti za drugoga postavlja se pitanje zastare potraživanja naknade štete prema državi, odnosno odnosi li se i pod kojim pretpostavkama i na državu kao odgovornu osobu privilegirani zastarni rok kao za zastaru kaznenoga gonjenja.<sup>4</sup> Osnovna načela popravljivanja imovinske štete je da se uspostavi stanje kod oštećene osobe kakvo je bilo prije štetnog događaja, a u protivnom da se naknadi šteta u novcu.<sup>5</sup> Kod neimovinske štete u slučaju povrede prava osobnosti<sup>6</sup> to je pravična novčana naknada.<sup>7</sup> Oštećena

2 Npr. Ženevske konvencije od 12. kolovoza 1949. godine s dopunskim protokolima.

3 Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06 i 2/10. Prvenstveno se radi o pravu na život, zabrani mučenja, zabranu ropstva i prisilnog rada, pravu na slobodu i sigurnost (čl. 2. – 5. Konvencije).

4 V. čl. 231. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, broj 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15 – dalje ZOO/05), čl. 377. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, broj 53/91, 58/93, 111/93, 3/94, 107/95, 7/96, 91/96, 112/99, 129/00 i 88/01 – dalje ZOO/91) i čl. 377. Zakona o obligacionim odnosima (Službeni list RBiH, broj 2/92, 13/93 i 13/94 i 29/03 – dalje ZOO/BiH).

5 V. čl. 1085. st. 1. i 2. ZOO/05.

6 V. čl. 1100. st. 1. ZOO/05.

7 V. čl. 19. i 1046. ZOO/05. Donošenjem ZOO/05 u RH prihvaćena je objektivna koncepcija neimovinske štete kao povrede prava osobnosti. Prema toj koncepciji neimovinsku štetu čini već sama povreda prava osobnosti pod kojima se podrazumijevaju za fizičke osobe pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu i dr., a za pravnu osobu sva navedena prava osim onih vezanih uz biološku bit fizičke osobe, a osobito pravo na ugled, dobar glas, čast, ime odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja i sl. (V. Crnić, I., Zakon o obveznim odnosima, Napomene, komentari, sudska praksa i prilozi, 3 izd., Organizator d.d., Zagreb, 2006., str. 23.).



osoba kod počinjenog ratnog zločina, a često i njezini bliski srodnici, imaju pravo na naknadu cjelokupne sadašnje i buduće štete koja im je prouzročena, iako niti takvom naknadom štete nikada žrtvama ratnog zločina neće biti moguće u potpunosti naknaditi štetu za pretrpljene povrede prava osobnosti. U pravnom sustavu RH doneseni su određeni zakoni koji na načelu solidarnosti i pravednosti omogućuju naknadu štete i druga prava žrtvama terorističkih akata<sup>8</sup>, kaznenih djela<sup>9</sup> i žrtvama seksualnog nasilja tijekom Domovinskog rata.<sup>10</sup>

Predmet je ovog rada analiza pravne regulative i sudske prakse u svezi s naknadom štete počinjene ratnim zločinima. Pritom će se ponajprije iznijeti i analizirati pravna regulativa u RH, a dijelom i u BiH, te iznijeti relevantna sudska praksa u svezi s tom problematikom. U prvom dijelu rada iznijet će se pojam i obilježja ratnog zločina, ratne štete i terorističkog akta uz analizu posebnih zakona koji su doneseni u RH u svezi s odgovornosti za štetu i naknadu štete po tim osnovama te uz navođenje sudske prakse. U drugom dijelu rada obradit će se odgovornost za štetu počinjenu ratnim zločinima uz sudsku praksu ponajprije u RH i BiH, a nakon toga će se iznijeti karakteristične vrste šteta i način njihova utvrđenja kod štetnih događaja ratnih zločina.

## 2. POJAM I OBILJEŽJA RATNOG ZLOČINA

U hrvatskom pravnom sustavu kaznena djela ratnog zločina uređena su u članku 91. Kaznenog zakona,<sup>11</sup> te su od svih međunarodnih zločina najvažniju (strukturnu) promjenu u odnosu na raniji Kazneni zakon<sup>12</sup> doživjeli upravo ratni zločini. Tako su samo jednim člankom KZ-a obuhvaćeni sadržaji bivših članaka 158., 159. i 160. KZ/97, koji su prije zasebno regulirali ratne zločine (protiv civilnog pučanstva, ranjenika i bolesnika te ratnih zarobljenika). U pravnom sustavu BiH kaznena djela ratnih zločina uređena su kao što je to propisivao KZ/97,<sup>13</sup> odnosno kaznena djela ratnih zločina razdvojena su na ratni zločin protiv civilnog stanovništva, ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika i ratni zločin protiv ratnih zarobljenika.<sup>14</sup>

Prva pretpostavka da bi se radilo o kaznenim djelima ratnog zločina prema KZ-u je da se radi o kršenju pravila međunarodnog prava tijekom rata, okupacije ili međunarodnoga oružanog sukoba ili oružanog sukoba koji nema međunarodni značaj.<sup>15</sup> Druga je pretpostavka da je počinjeno neko od teških djela protiv osoba i imovine

8 V. Zakon o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija (Narodne novine, broj 117/03 – dalje ZOŠTA).

9 V. Zakon o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela (Narodne novine, broj 80/08 i 27/11).

10 V. Zakon o pravima žrtava seksualnog nasilja za vrijeme oružane agresije na Republiku Hrvatsku u Domovinskom ratu (Narodne novine, broj 64/15 – dalje Zakon o pravima žrtava seksualnog nasilja).

11 Narodne novine, broj 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 i 101/17 – dalje KZ.

12 Narodne novine, broj 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/00, 129/00, 51/01, 11/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08 i 57/11 – dalje KZ/97.

13 V. čl. 173., 174. i 175. Krivičnog zakona BiH (Službeni glasnik BiH, broj 3/03 – dalje KZ/BiH).

14 *Ibid.*

15 V. čl. 91. st. 1. KZ. U KZ/BiH ne radi se razlika između međunarodnog oružanog sukoba od onog koji nema to obilježje, već se samo navodi “oružani sukob”.

zaštićenih Ženevskim konvencijama od 12. kolovoza 1949.<sup>16</sup> godine koja su taksativno navedena. Što se tiče sadržaja, najvažnije je istaknuti da su u članku 91. stavak 1. KZ-a sada inkriminirani svi slučajevi teškog kršenja svih četiriju Ženevskih konvencija, dok su u članku 91. stavak 2. KZ-a navedena ostala kršenja Ženevskih konvencija i Haških konvencija<sup>17</sup>, što je u skladu i sa stapanjem tih dvaju izvora međunarodnoga humanitarnog prava u okviru članka 8. Rimskih statuta Međunarodnog kaznenog suda.<sup>18</sup> Povrede navedene u članku 91. stavak 2. KZ-a načelno sadržavaju ipak nešto manju količinu kršenja prava pa je za njih propisana blaža sankcija (najmanje tri godine kazne zatvora, bez mogućnosti izricanja dugotrajnog zatvora) od one u članku 91. stavak 1. KZ-a (najmanje pet godina kazne zatvora ili dugotrajni zatvor). Ipak, ako je djelo iz članka 91. stavak 2. KZ-a. počinjeno prema velikom broju ljudi ili na osobito okrutan ili podmukao način, ili iz koristoljublja ili drugih niskih pobuda, kazneni okvir bit će isti kao i za teška kršenja opisana u članku 91. stavak 1. KZ-a.<sup>19</sup> Kao što je navedeno, u KZ/BiH kaznena djela ratnih zločina podijeljena su na tri kaznena djela (ratni zločin protiv civilnog stanovništva, ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika i ratni zločin protiv ratnih zarobljenika).<sup>20</sup> Pojam i obilježja kaznenog djela ratnog zločina također proizlaze iz članka 8. Rimskih statuta Međunarodnog kaznenog suda.

Jedno od osnovnih obilježja kaznenih djela ratnih zločina je da nema zastare kaznenog progona. To proizlazi iz Ustava RH<sup>21</sup> koji, između ostalog, određuje da ne zastarijevaju kaznena djela za koje je to propisano po međunarodnom pravu. Rimski statut o osnivanju Međunarodnog kaznenog suda u članku 29. određuje da

- 16 Ženevske Konvencije su međunarodni sporazumi koji su sklopljeni u Ženevi 12. kolovoza 1949. i koji predstavljaju temelj za međunarodna humanitarna pitanja. Sklopljene su četiri Ženevske konvencije i to: Ženevske konvencije za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama, Ženevske konvencije za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomaca oružanih snaga na moru, Ženevske konvencije o postupanju s ratnim zarobljenicima i Ženevske konvencije o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata.
- 17 Haške konvencije su međunarodni ugovori koji su zaključeni na Prvoj i Drugoj haškoj mirovnoj konferenciji u Hagu 1899. i 1907. godine i koji, zajedno sa Ženevskim konvencijama, čine temelje kodifikacije važećeg ratnog i humanitarnog međunarodnog prava.
- 18 Rimski statut Međunarodnoga kaznenog suda usvojen na Diplomatskoj konferenciji Ujedinjenih naroda (dalje UN) o osnivanju Međunarodnoga kaznenog suda, 17. srpnja 1998. u Rimu. Potpisala ga je RH, a isto tako BiH, a njime je osnovan Međunarodni kazneni sud te se njime, između ostalog, uspostavljaju funkcije suda, njegova nadležnost i struktura.
- 19 V. čl. 91. st. 3. KZ-a.
- 20 Kao ratni zločin protiv civilnog stanovništva u KZ/BiH (čl. 173.) taksativno su navedena djela koja čine to kazneno djelo ratnog zločina uz zadovoljenje opće pretpostavke da je djelo počinjeno kršeći pravila međunarodnog prava tijekom rata, oružanog sukoba ili okupacije i bez obzira na to je li naredeno ili učinjeno. U čl. 174. KZ/BiH taksativno su navedene inkriminacije koje čine ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika, odnosno kojima se krše pravila međunarodnog prava za vrijeme rata ili oružanog sukoba, prema ranjenicima, bolesnicima, brodolomcima ili sanitetskom ili vjerskom osoblju bez obzira na to jesu li naredena ili učinjena. U čl. 175. KZ/BiH kao ratni zločin protiv ratnih zarobljenika taksativno su navedena djela koja čine tu vrstu ratnog zločina uz uvjet da su počinjena kršenjem pravila međunarodnog prava, prema ratnim zarobljenicima i također bez obzira na to jesu li naredena ili učinjena.
- 21 Narodne novine, broj 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 i 05/14.

kazneni progon za djela iz nadležnosti suda ne zastarijeva, a KZ u članku 81. stavak 2. izrijekom propisuje da kazneni progon ne zastarijeva, za između ostalog, kazneno djelo ratnog zločina. Isto je u pravnom sustavu BiH, jer KZ/BiH u članku 19. također izrijekom propisuje da *krivično gonjenje i izvršenje kazne ne zastarijeva za krivična djela genocida, zločina protiv čovječnosti te ratnih zločina, kao ni za krivična djela za koja po međunarodnom pravu zastarjelost ne može nastupiti*.<sup>22</sup> Osim toga, BiH je donijela Zakon o primjeni Rimskog statuta i suradnji s Međunarodnim kaznenim sudom.<sup>23</sup> Također je potrebno napomenuti da odgovorne osobe za koje postoji sumnja da su počinile ratni zločin mogu biti procesuirane pred domaćim sudovima, ali isto tako i pred Međunarodnim kaznenim sudom, odnosno mogle su biti procesuirane pred Međunarodnim kaznenim sudom za bivšu Jugoslaviju koji je prestao s radom 31. prosinca 2017. godine.<sup>24</sup>

Ovaj se rad ne bavi pitanjima ratnih zločina s kaznenopravnog aspekta, već s građanskopravnog aspekta posljedica počinjena ratnih zločina u vidu pričinjene imovinske i neimovinske štete te slijedom toga problematikom odgovornosti za takvu štetu i njezinom naknadom. Stoga bi neka šira izlaganja pojma i obilježja ratnih zločina prelazila okvire ovog rada. Zaključno se može navesti da se radi o najtežim kaznenim djelima kršenja međunarodnog humanitarnog prava tijekom rata, okupacije i oružanih sukoba, čije su posljedice, između ostalog, imovinska i neimovinska šteta velikog broja oštećenih osoba.

### 3. POJAM I OBILJEŽJA RATNE ŠTETE

U svezi s pitanjem pojmovnog određenja ratne štete gotovo se uvijek postavlja i pitanje definicije ratne štete jer pravila međunarodnog prava ne daju definiciju ratne štete, odnosno nema nekog općeg određenja pojma ratne štete. Od načina određenja ratne štete ovisi i pitanje odgovornosti za određene štetne događaje tijekom rata i ratnih zbivanja, a time i mogućnost ostvarivanja naknade štete pričinjene u takvim štetnim događajima. To je posebno važno kod odgovornosti pripadnika oružanih snaga i drugih postrojbi koje su uključene u oružane sukobe, a za koje postoji i odgovornost države ako se radi o štetnim događajima nastalim u službi ili u svezi sa službom, odnosno zbog nezakonitog ili nepravilnog rada.<sup>25</sup>

22 V. čl. 19. KZ/BiH.

23 V. Zakon o primjeni Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda i saradnji s Međunarodnom krivičnim sudom (Službeni glasnik BiH, broj 84/09).

24 Rezolucijom Vijeća sigurnosti UN broj 827 od 25. svibnja 1993. godine Vijeće sigurnosti osnovalo je posebno sudbeno tijelo (engl. *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*) sa sjedištem u Den Haagu. Prema čl. 1. Statuta, Sud je nadležan za kažnjavanje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog kaznenog prava počinjena na području bivše Jugoslavije od početka 1991. Tribunal je bio nadležan za kažnjavanje četiriju skupina međunarodnih zločina kako su formulirani u člancima 2. do 5. Statuta, između ostalog za ratne zločine.

25 V. čl. 193. st. 1. Zakona o službi u oružanim snagama RH (Narodne novine, broj 73/13, 75/15 i 50/16 – dalje ZSOS). Isto su propisivali i svi raniji zakoni koji su prethodili sada važećem ZSOS-u, pa tako i u vrijeme trajanja rata u RH. Zakon o sustavu državne uprave (Narodne novine, broj 150/11, 12/13, 93/16 i 104/16 – dalje ZSDU) u čl. 14. predviđa odgovornost države

U hrvatskom zakonodavstvu pojam ratne štete koji je u izravnoj vezi s pitanjem odgovornosti za štetu pričinjenu tijekom ratnih zbivanja određuje Zakon o odgovornosti RH za štetu počinjenu od pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga tijekom Domovinskog rata.<sup>26</sup> Tako je u članku 3. Zakona o odgovornosti RH navedeno da se ratnom štetom smatra osobito: šteta uzrokovana za vrijeme i na prostoru odvijanja vojnih akcija svim sredstvima i oblicima ratnih borbenih djelovanja (bombardiranje, granatiranje, mitraljiranje, eksplozije, miniranje, pokreti trupa i sl.), šteta od izravne i konkretne vojne koristi ako je, s obzirom na vrijeme i mjesto izvršenja u izravnoj i neposrednoj funkciji vojnih operacija<sup>27</sup> te šteta koja je po svojim učincima te konkretnim okolnostima vremena i mjesta počinjenja štetne radnje, izravno izazvana ratnim stanjem i neposredno se nadovezuje na ratne operacije (izravne posljedice ratnih događaja u svezi s neredima, metežom, panikom, evakuacijom i sličnim zbivanjima neposredno nakon poduzetih ratnih operacija). Zakon o odgovornosti RH odredio je razdoblje trajanja rata u RH<sup>28</sup> te je propisao presumpciju da se radi o ratnoj šteti ako se radi o šteti koju su tijekom rata uzrokovali pripadnici hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga u vojnoj ili redarstvenoj službi ili u svezi s obavljanjem vojne ili redarstvene službe, te ako je počinjena u vrijeme i na prostoru odvijanja vojnih borbenih akcija, s time da oštećenik može dokazivati suprotno.<sup>29</sup>

U Zakonu o odgovornosti RH radi se o određenju primjerice navedenih šteta, koje se "osobito" smatraju ratnom štetom. Iz takvog zakonskog uređenja nedvojbeno proizlazi mogućnost da se i u drugim slučajevima utvrdi da nastala šteta ima karakter ratne štete. Pri definiranju pojma ratne štete, odlučujućom okolnošću smatra se priroda štetne radnje kojom je ona prouzročena. Ratnom štetom kvalificira se samo ona koja je posljedica nekoga ratnog čina ili je u izravnoj vezi s ratom. Pritom se posebno izdvajaju ratne štete u užem smislu ili direktne ratne štete. To su štete koje nastaju kao posljedica korištenja sredstvima i metodama kojima se izvode ratne operacije kao što su bombardiranja, pokreti trupa, granatiranja i sl. To su dakle, štete prouzročene od ratnih operacija, odnosno ratnih djelovanja ili neprijateljstava, dok su ostale

---

za štetu počinjenu građaninu ili pravnoj osobi nezakonitim ili nepravilnim radom, a također je ista odredba bila u zakonu koji je bio na snazi u vrijeme rata u RH. U BiH odgovornost države za štete koje trećim osobama počine pripadnici oružanih snaga u svezi s obavljanjem službe predviđena je u čl. 34. st. 2. Zakona o službi u oružanim snagama BiH (Službeni glasnik BiH, broj 88/05, 53/07, 59/09, 74/10 i 42/12 – dalje ZSOS/BiH) i to prema općim propisima o naknadi štete i odredbama čl. 8. Zakona o upravi (Službeni glasnik BiH, broj. 32/02, 102/09 i 72/17 – dalje ZU/BiH).

26 Narodne novine, broj 117/03 – dalje Zakon o odgovornosti RH.

27 Za tu vrstu ratne štete Zakon o odgovornosti RH posebice navodi štete nastale kao izravna posljedica bilo koje zaštitne ili pripremne mjere nadležnih vojnih vlasti poduzete u cilju otklanjanja, odnosno sprječavanja izvršenja bilo kojega neprijateljskog napada, štete nastale kao izravna posljedica zaštitnih ili pripremnih mjera nadležnih vojnih vlasti poduzetih u očekivanju neprijateljske akcije (radovi na zemljištu, oduzimanje pokretnina, zauzimanje nekretnina i sl.), štete nastale kao izravna posljedica mjera poduzetih radi sprječavanja širenja ili ublažavanja posljedica štete opisane u čl. 3. st. 1. podst. 1.

28 To je razdoblje od 17. kolovoza 1990. do 30. lipnja 1996. godine.

29 Time je znatno olakšan položaj države kao tužene stranke u sudskim postupcima radi naknade štete, jer je teret dokaza da se ne radi o ratnoj šteti prebačen na tužitelja.

ratne štete one koje nisu prouzročene ratnim činom u spomenutom značenju, i one moraju biti izravno u uzročnoj vezi s ratom. Uzročna veza se mora dokazati u svakom konkretnom slučaju, pri čemu ne smije biti previše udaljena ili spekulativna.

U hrvatskom zakonodavstvu postoje i propisi koji u okviru predmeta svog reguliranja, sadrže odredbe o ratnoj šteti, bilo da izričito utvrđuju ratnu štetu i određuju njezin pojam ili uređuju odnose u svezi s pojedinim oblicima ratne štete, ne određujući njezin pojam ili se ratnom štetom bave, iako je izričito ne spominju. Tako Zakon o utvrđivanju ratne štete<sup>30</sup> i Uputstvo za primjenu Zakona o utvrđivanju ratne štete<sup>31</sup> sadrže izričite odredbe koje određuju pojam ratne štete. Međutim, ti su propisi doneseni u cilju da se popiše i procijeni ratna šteta učinjena RH, njezinim fizičkim i pravnim osobama u svezi s neprijateljstvima te ratnim operacijama koji su se vodili protiv RH, pa je u skladu s tom svrhom određen i pojam ratne štete. Važnost pitanja vezanih uz ratnu štetu, osim na području izvanugovorne odgovornosti za štetu te upravnog prava, došla je do izražaja i na području ugovornih odnosa.<sup>32</sup> Nadalje, postoji niz propisa koji se mogu svrstati u skupinu onih kojima se uređuju različiti oblici popravljivanja štete počinjene tijekom rata, uključujući i ratnu štetu.<sup>33</sup>

Može se zaključiti da je pitanje ratne štete faktično pitanje koje se procjenjuje u svakom konkretnom slučaju i s obzirom na konkretne okolnosti svakoga pojedinog štetnog događaja ili štetne radnje. Bitne i odlučne okolnosti koje je potrebno utvrditi u svakom pojedinom slučaju su priroda štetne radnje kojom je šteta počinjena, odnosno je li šteta posljedica nekoga ratnog čina ili je u uzročnoj vezi s ratom<sup>34</sup> te vrijeme i prostor nastanka štete.<sup>35</sup> Stoga će se u nastavku prikazati sudska praksa najvišeg suda u RH, iz koje se vidi na koji način je zauzimao pravna shvaćanja u svezi s postojanjem ili nepostojanjem ratne štete.

30 Narodne novine, broj 61/91 i 70/91.

31 Narodne novine, broj 54/93.

32 ZOO (čl. 955. i 976.), a ranije ZOO/91 (čl. 931. i 952.) u odredbama koje se odnose na ugovor o osiguranju, sadrži i odredbe o odgovornosti osiguratelja za štete prouzrokovane ratnim operacijama i pobunama. ZOO ne daje pritom definiciju tih pojmova, kao što ne daje ni definiciju ratne štete općenito. Stoga se i u njegovoj primjeni postavilo pitanje razgraničenja šteta koje se mogu smatrati posljedicom tih događaja od onih koje to nisu. Isto se odnosi na odredbe ZOO/BiH.

33 V. npr. Zakon o obnovi (Narodne novine, broj 24/96, 54/96, 87/96, 57/00, 38/09, 45/11 i 51/13), Zakon o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji (Narodne novine, broj 174/04, 92/05, 02/07, 107/07, 65/09, 137/09, 146/10, 55/11, 140/12, 19/13, 33/13, 148/13 i 92/14) i Zakon o zaštiti vojnih i civilnih invalida rata (Narodne novine, broj 33/92, 57/92, 77/92, 27/93, 58/93, 02/94, 76/94, 108/95, 108/96, 82/01, 13/03 i 148/13).

34 Tzv. direktna ili indirektna ratna šteta.

35 U pravilu će se raditi o ratnoj šteti ako je nastala u vrijeme i na prostoru ratnih operacija, ali to ne mora uvijek biti slučaj. Tako npr. šteta počinjena od zaostalih mina može biti i ratna šteta koja je nastala nakon završetka rata, pod uvjetom da nije veliki vremenski odmak od prestanka ratnih zbivanja, nakon kojeg postoji odgovornost države jer nije izvršila razminiranje u razumnom roku i nije postavila znakove upozorenja, čime je povrijedila svoju ustavnu i zakonsku obvezu da građanima osigurava zdrav okoliš (Tako i Vrhovni sud RH – dalje VSRH u odluci broj Rev-867/10 od 4. siječnja 2012., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 17. siječnja 2018.).

### 3.1. Sudska praksa u svezi s ratnom štetom

Kod utvrđivanja ratne štete u konkretnom štetnom događaju relativno je jednostavno utvrditi ratnu štetu ako se radi o tzv. direktnoj ratnoj šteti koja je posljedica neposrednih djelovanja na prostoru i tijekom ratnih djelovanja. U svim tim slučajevima raditi će se o ratnoj šteti bez obzira na to je li je počinio neprijatelj ili pripadnik oružanih snaga vlastite države. Tako će sve štete (imovinske i neimovinske) koje su počinjene tijekom ratnih operacija pokretom trupa, granatiranjem i sl. biti ratne štete.<sup>36</sup> Ratna je šteta i ona koju su zadobili pri vojnim operacijama pripadnici oružanih ili redarstvenih snaga vlastite države temeljem sudjelovanja u tim operacijama.<sup>37</sup>

Daleko veći problem je utvrđivanje ratne štete koja nije tzv. direktna ratna šteta, odnosno kada se eventualno radi o ratnoj šteti jer šteta nije posljedica neposrednih ratnih operacija, ali je u uzročnoj vezi s ratom i ratnim operacijama.<sup>38</sup> Za potrebe rata svaka država tako propisuje materijalnu obvezu svojih građana i pravnih osoba<sup>39</sup> temeljem koje su tijekom rata vršene mobilizacije materijalnih sredstava, i u odnosu na koje su kasnije protiv RH vođeni postupci radi naknade štete. Sudska praksa zauzela je stajalište da u tim slučajevima vlasnici mobiliziranih vozila i objekata nemaju pravo na naknadu štete ako se mobilizirano materijalno sredstvo koristilo u skladu s namjenom i za potrebe obrane i ako je nakon toga bilo vraćeno.<sup>40</sup> VSRH je

36 V. odluku VSRH broj Rev-539/04 od 16. lipnja 2004., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 17. siječnja 2018., u kojoj je zauzeto stajalište da je ratna šteta ona koja je nastala na mobiliziranom vozilu koje je uništeno tijekom ratnih operacija pri učvršćivanju bunkera na prvoj crti bojišnice. U odluci VSRH broj Rev-593/08 od 29. travnja 2009., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 17. siječnja 2018., zauzeto je stajalište da se radi o ratnoj šteti kada je civilna osoba smrtno stradala od metka koji je došao iz nepoznatog smjera za vrijeme konkretnih ratnih operacija. U odluci VSRH broj Rev-1894/01 od 26. studenog 2003., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 17. siječnja 2018., navedeno je da je ratna šteta ona šteta koja je uzrokovana neprijateljskim granatiranjem i koju je pretrpio pripadnik specijalne jedinice Ministarstva unutarnjih poslova RH, slijedom čega RH ne odgovara niti po općim propisima niti po posebnom propisu.

37 V. odluku VSRH broj Rev-655/08 od 30. listopada 2009., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 17. siječnja 2018. U toj je odluci sud zaključio da su ratna šteta ozljede u vidu prostrijelnih rana kao posljedica napada i sukoba s paravojnim formacijama na bojišnici. Zarobljavanje od strane neprijatelja ratna je šteta neovisno o tomu je li zarobljena osoba u vrijeme zarobljavanja obavljala radne zadatke na temelju ugovora o radu ili nije (odluka VSRH broj Rev-2706/00 od 28. svibnja 2003., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 17. siječnja 2018).

38 V. *supra* bilj. 27.

39 Tako je u RH u vrijeme Domovinskog rata prema odredbi čl. 13. tada važećeg Zakona o obrani (Narodne novine, broj 49/91, 53a/91, 73/91, 19/92, 55/92, 49/93 i 74/93) bilo propisano da građani imaju materijalnu obvezu davanja vozila i drugih sredstava oružanim snagama.

40 Ne priznaje se naknada za umanjenu vrijednost vozila ili objekta jer se u tom slučaju radi o radnoj šteti (indirektnoj). Međutim, u svim onim slučajevima u kojima se ne radi o redovitoj uporabi sukladno izvršenoj mobilizaciji (namjerna oštećenja, devastacije, uništenje i nestanak, npr. vozila nakon što je trebalo biti vraćeno, i sl.) vlasnici imaju pravo na naknadu štete. V. odluke VSRH broj Rev-29/06 od 17. svibnja 2006., Rev-19/04 od 15. prosinca 2004., Rev-1012/03 od 15. prosinca 2004., Rev-1068/05 od 8. veljače 2005., Rev-994/06 od 8. studenog 2006., Rev-579/09 od 15. lipnja 2011. i sl., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 17.

donio niz odluka u kojima je odbio prigovore države da se radi o ratnoj šteti, odnosno tužitelji su dokazali da se ne radi o ratnoj šteti, i u kojim je postupcima RH tvrdila da se radi o štetnim radnjama koje su u uzročnoj vezi s ratnim zbivanjima, ali je VSRH odbio takva široka tumačenja pojma indirektno ratne štete.<sup>41</sup>

#### 4. POJAM I OBILJEŽJA TERORISTIČKOG AKTA

Pojam, određenje i obilježja terorističkog akta u hrvatskom pravnom sustavu regulirani su u posebnom zakonu koji je donesen 2003. godine.<sup>42</sup> Prije donošenja tog zakona pitanje naknade štete počinjene terorističkim aktima te javnim demonstracijama bilo je regulirano u ZOO/91.<sup>43</sup> Međutim, u jednom neprihvatljivo dugom razdoblju u RH nije bilo propisa koji bi regulirao pitanje terorističkih akata, jer je odredba članka 180. ZOO/91 brisana 1996. godine, a postupci za naknadu štete pokrenuti po odredbama članka 180. ZOO/91 su prekinuti i bilo je određeno da će se nastaviti nakon što se donese poseban propis kojim će se urediti odgovornost za štetu nastalu zbog terorističkih akata.<sup>44</sup> U RH preko šest godina stoga nije postojao propis koji bi omogućavao ostvarivanje pravne zaštite temeljem počinjenog terorističkog akta, za koji bi odgovarala država ili jedinica lokalne samouprave zbog njenih propusta ili po principu solidarnosti.<sup>45</sup> ZOŠTA uređuje odgovornost za štetu počinjenu aktima terora i drugim aktima nasilja u cilju teškog narušavanja javnog reda zastrašivanjem i izazivanjem osjećaja nesigurnosti građana i drugih oblika masovnog izražavanja

siječnja 2018.

- 41 U odluci VSRH broj Rev-708/08 od 11. veljače 2009., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 17. siječnja 2018 sud je naveo: *Zarobljavanje, smještaj i čuvanje zarobljenika, a među njima i B.D., izazvano je ratnim stanjem i neposredno se nadovezuje na ratne operacije. Međutim, smrt B.D. nije izravna posljedica tih radnji, već radnje pripadnika Hrvatske vojske koji je obavljao dužnost čuvanja zarobljenika. Nakon zarobljavanja i smještaja B.D. u privremeni pritvor prekinuta je izravna veza između te radnje, koja je neposredna posljedica ratnih operacija, i štetne radnje poduzete prema B.D. od strane vojnog stražara, pa se šteta uzrokovana tom štetnom radnjom ne može dovesti u vezu s ratnim operacijama, a time niti smatrati ratnom štetom.* U odluci VSRH broj Rev-364/07 od 26. ožujka 2008., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 17. siječnja 2018 sud je naveo: *Kada su supruga tužiteljice u njegovoj kući, zajedno sa još dvoje civila ubili pripadnici Hrvatske vojske u samovoljnoj i ni od koga naređenoj akciji, ne radi se o ratnoj šteti jer u vrijeme ubojstva nije bilo nikakvih ratnih borbenih djelovanja, niti vojne operacije.*
- 42 V. čl. 1. Zakona o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija (Narodne novine, broj 117/03 – dalje ZOŠTA).
- 43 V. čl. 180. ZOO/91 kojim je bilo propisano da za štetu nastalu smrću ili tjelesnom povredom zbog akata nasilja ili terora te pri javnim demonstracijama i manifestacijama, odgovara društveno-politička zajednica čiji su organi po važećim propisima bili dužni spriječiti takvu štetu. Istu odredbu koju je sadržavao ZOO/91 sadrži i danas ZOO/BiH.
- 44 V. Zakon o izmjeni Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, broj 7/96 – dalje ZID ZOO/91).
- 45 *Ratio* takvog ponašanja zakonodavca u RH bio je veliki broj tužbi i pokrenutih postupaka po tom osnovi s obzirom na ratne operacije i oružane sukobe na teritoriju RH bez obzira na to je li taj teritorij mogla kontrolirati ili ne. U tom je razdoblju protiv RH pokretan slijedom toga čitav niz postupaka pred Europskim sudom za ljudska prava (dalje – ESLJP) zbog povrede čl. 6. (pravo na pošteno suđenje) i čl. 13. (pravo na djelotvoran pravni lijek).

raspoloženja na javnim mjestima.<sup>46</sup> Dakle, prema pozitivnom zakonu RH koji regulira problematiku terorističkog akta, osnovna pretpostavka da bi se radilo o terorističkom aktu je namjera teškog narušavanja javnog reda zastrašivanjem i izazivanjem osjećaja nesigurnosti građana.<sup>47</sup> Nadalje, terorističkim aktom smatra se, osobito, akt nasilja izvršen u pravilu iz političkih pobuda radi izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana.<sup>48</sup>

Određujući polje primjene, ZOŠTA razlikuje akte terora od drugih akata nasilja. U svakom od tih slučajeva bitan je cilj zbog kojeg se ti akti poduzimaju, a to je teško narušavanje javnog reda zastrašivanjem i izazivanjem osjećaja nesigurnosti građana. Kod određivanja pojma terorističkog akta ZOŠTA propisuje da se tim aktom smatra osobito akt nasilja izvršen, u pravilu, iz političkih pobuda, čiji je cilj izazivanje straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana. Iz toga slijedi da i u drugim slučajevima neki akt može imati značaj terorističkog akta, iako nema ta obilježja. Općenito teroristički akt ili terorizam danas svi pravni sustavi određuju kao upotrebu nezakonitog nasilja ili prijetnje nezakonitim nasiljem uperenog prema većem broju građana, državi ili vlasti, a radi ostvarenja određenih ciljeva koji mogu biti političke, ideološke, vjerske ili neke druge naravi.

Jedna te ista šteta uzrokovana nasiljem kao svojim bitnim obilježjem (npr. oštećenje ili uništenje kuće zbog podmetnute eksplozivne naprave, palež, pljačka, ubojstva i sl.) može se pravno kvalificirati, odnosno može imati pravni karakter klasičnoga građanskog delikta,<sup>49</sup> posebnoga građanskopravnog delikta koji je teroristički akt<sup>50</sup> ili ratne štete.<sup>51</sup> U svakom konkretnom štetnom događaju stoga je potrebno utvrditi o kojoj vrsti delikta i štete se radi, a vrlo često se radi o graničnim slučajevima gdje štetne radnje i pričinjena šteta mogu imati dvojaka obilježja.<sup>52</sup> Može

46 V. čl. 1. st. 1. ZOŠTA.

47 *Ibid.*

48 V. čl. 1. st. 2. ZOŠTA.

49 To je štetna radnja koja se može počinuti različitim sredstvima (vatrenim oružjem, eksplozivnim sredstvima i sl.) te iz različitih pobuda (osveta, utjerivanje dugova, mafijaški obračun, neriješeni imovinskopravni odnosi, i sl.) u vrijeme mira, ali i tijekom ratnog stanja. Na odgovornost za ovu vrstu šteta primjenjuju se opća pravila obveznog prava o deliktnoj odgovornosti štetnika odnosno odgovorne osobe, a naknada se određuje i dosuđuje za ukupni obujam štete i bez ograničenja.

50 U pogledu ovih šteta, odgovornost je propisana specijalnim odredbama koje pripadaju kompleksu građanskog odštetnog prava, bilo kao sastavni dio zakona koji uređuju materiju opće odštetne odgovornosti (ZOO/BiH), bilo u formi posebnog zakona (ZOŠTA). Za ove vrste šteta uobičajen je režim objektivne odgovornosti države, a u pravnom sustavu RH naknađuju se samo imovinske i neimovinske štete zbog smrti odnosno povrede tijela i zdravlja građana do određenog limitiranog iznosa, na principima pravičnosti i solidarnosti (v. čl. 7. i 8. ZOŠTA).

51 To su štete u izravnoj uzročnoj vezi s ratnim djelovanjem zbog čega vrijedi temeljno pravilo neodgovornosti države za ratnu štetu, sasvim neovisno o tome je li štetu počinila tuđa ili vlastita vojska.

52 To se prvenstveno odnosi na razgraničenje terorističkog akta od ratne štete. Tako se kao karakteristični slučajevi javljaju štete nastale aktom terora i nasilja, odnosno terorističkim aktom koje, pod određenim pretpostavkama, također mogu imati pravni karakter ratne štete. To proizlazi iz činjenice da su se akti terora i nasilja javljali u isto vrijeme ili su neposredno prethodili ili se nastavljali na ratna zbivanja. Tako teroristički akti upereni na unutrašnju



se zaključiti da utvrđivanje terorističkog akta, odnosno razgraničenje u odnosu na ratnu štetu ili opći građanski delikt, ovisi o nizu okolnosti kao što su oblik i karakter nasilja, sredstvo izvršenja štetne radnje, motivi i ciljevi nanošenja štete, vremena i mjesta počinjenja te općega konteksta prilika i događaja u kojima su počinjene štetne radnje. Stoga će se u nastavku prikazati sudska praksa VSRH, iz koje se vidi na koji je način najviši sud u RH zauzimao pravna shvaćanja u svezi s postojanjem ili nepostojanjem terorističkog akta, kao i razgraničenja, ponajprije u odnosu na ratnu štetu.

#### **4.1. Sudska praksa u svezi s terorističkim aktom**

ZOŠTA kao *lex specialis* propisuje da oštećenik ima pravo samo na naknadu one štete koja je posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja. U tom slučaju ima pravo na naknadu 60 % iznosa utvrđene štete, s tim da mu ukupna šteta ne može biti naknađena u iznosu većem od 350.000,00 kuna.<sup>53</sup> Nadalje, materijalne štete nastale zbog uzroka navedenih u ZOŠTA-i (teroristički akt i javne demonstracije) nadoknađuju se na teritoriju cijele RH u obliku obnove oštećenih ili uništenih materijalnih dobara sukladno odredbama Zakona o obnovi.<sup>54</sup> Pravo na naknadu štete nemaju oštećenici koji su uzrokovali štetu sudjelovanjem u organiziranju, izvršenju, poticanju, pomaganju ili pripremanju štetne radnje, oštećenici koji su neovisno o konkretnoj štetnoj radnji pripadnici terorističke organizacije, odnosno skupine koja je uzrokovala štetu, niti osobe koje su neopravdano uskratile obavijesti važne za sprječavanje i uhićenje počinitelja<sup>55</sup>. Osobe koje su po službenoj ili radnoj dužnosti sudjelovale u sprječavanju ili otklanjanju posljedica štetne radnje, ako im je šteta nastala zbog sprječavanja ili otklanjanja štetne radnje, imaju pravo na naknadu štete po općim propisima.<sup>56</sup> RH odgovara za štetu počinjenu terorističkim aktima na načelima društvene solidarnosti, ravnomjernog snošenja javnog tereta te pravičnog i brzog obeštećenja,<sup>57</sup> i obveza naknade štete RH po ZOŠTA-i postoji neovisno o tomu je li štetnik utvrđen, kazneno progonjen ili oglašen krivim.<sup>58</sup>

Dakle, u pravnom sustavu RH odgovornost države za naknadu štete počinjene terorističkim aktom nije temeljena na općim propisima obveznog prava i koja bi bila objektivna,<sup>59</sup> a naknada štete u punom opsegu, već se temelji na načelima društvene

---

sigurnost i stabilnost neke države koje čine izolirane, odvojene i međusobno nepovezane operacije, pa i uz uporabu oružane sile, u samom početku imaju značajke terorističkog akta čiji je cilj ugrožavanje unutrašnje sigurnosti i reda u nekoj državi, ali onog trenutka kad su postale sastavnim dijelom jedne cjelovite i vanjske politike uperene na ostvarivanje (ratnog) cilja protiv druge suverene, kasnije međunarodno priznate države, koja se sastojala u potiskivanju državne vlasti s određenih područja (vojnim osvajanjem odnosno područja), one su izgubile značajke terorističkih akata.

53 V. čl. 7. st. 1. i 2. ZOŠTA.

54 V. čl. 8. ZOŠTA.

55 V. čl. 5. st. 1. ZOŠTA.

56 V. čl. 5. st. 2. ZOŠTA.

57 V. čl. 2. ZOŠTA.

58 V. čl. 3. ZOŠTA.

59 Takva odgovornost temelji se na propustu države ili teritorijalne jedinice čija su tijela (policija) bili dužni spriječiti takvu štetu. U RH je takva odgovornost postojala do 1996. godine (čl. 180.

solidarnosti, ravnomjernog snošenja tereta te pravičnog i brzog obeštećenja. Vidljivo je da se naknađuje imovinska i neimovinska šteta koja je posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja, dok se ostale imovinske štete repariraju po posebnom zakonu u upravnom postupku, kao i imovinske ratne štete.<sup>60</sup> U sudskoj praksi VSRH postoji čitav niz odluka u kojima je zauzeto jasno stajalište da nije osnovano potraživanje naknade imovinske štete u novcu, koja je pričinjena terorističkim aktom, ali bez posljedice smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja.<sup>61</sup> Takvo stajalište temelji se na tomu da nije moguće u sudskom postupku ostvarivati prava predviđena Zakonom o obnovi, jer se ona ostvaruju u upravnom postupku, ali s obzirom na to da su zahtjevi tužitelja bili postavljeni na naknadu štete, trebalo ih je odbiti kao neosnovane.

U odnosu na razlikovanje ratne štete od terorističkog akta VSRH je u svojim odlukama u svakom konkretnom slučaju procjenjivao radi li se o ratnoj šteti ili terorističkom aktu. Međutim, u odnosu na štetne događaje aktima nasilja i pričinjene štete stanovništvu na okupiranom području RH tijekom rata, zauzeto je stajalište da se ne radi o terorističkim aktima već o ratnoj šteti.<sup>62</sup> Nadalje, VSRH i nižestupanjski sudovi u svakom konkretnom slučaju procjenjivali su i da li se radi o terorističkom

---

ZOO/91), a u BiH je i danas na snazi takvo rješenje odgovornosti države (teritorijalne jedinice) za terorističke akte i javne demonstracije (čl. 180. ZOO/BiH). Tako je u odluci Vrhovnog suda Federacije BiH (dalje – VSFBiH) broj 56 0 P 019968 12 Rev od 12. prosinca 2013., <http://www.vsud-fbih.pravosudje.ba>, očitavanje 23. siječnja 2018. navedeno: *Odlučna činjenica za utvrđivanje pasivne legitimacije po odredbi čl. 180. st. 1. ZOO/BiH je čiji su organi po važećim propisima bili dužni da spriječe akte terora i nasilja.*

- 60 Zakon o obnovi regulirao je i odredio područja RH koja su pretrpjela uništenje i oštećenje materijalnih i kulturnih dobara i prirodnih vrijednosti tijekom rata, a slijedom toga je odredio načine i pravo na obnovu građana RH.
- 61 V. npr. odluke VSRH broj 1107/07 od 27. siječnja 2009., Rev-107/09 od 7. srpnja 2010., Rev-220/10 od 18. listopada 2011., Rev-1855/11 od 14. prosinca 2011., Rev-1247/07 od 22. siječnja 2008., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 23. siječnja 2018., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 23. siječnja 2018. U odluci Rev-1247/07, VSRH je odgovorio i na prigovor revidenta koji je tvrdio da je čl. 10. ZOŠTA suprotan Konvenciji i Ustavu RH, s obzirom na to da se tom odredbom određuje da se taj zakon u cijelosti retroaktivno primjenjuje na štetne događaje koji su nastali prije donošenja tog zakona, odnosno kad je bila na snazi odredba čl. 180. ZOO/91. VSRH je zaključio da čl. 10. ZOŠTA nije u suprotnosti s Konvencijom jer ista ne uređuje pitanje retroaktivne primjene zakona, a nesuglasnost zakona s Ustavom RH može se otkloniti samo u okviru ustavnopravne zaštite. S obzirom da nitko nije pokrenuo ocjenu ustavnosti navedene odredbe, ona se primjenjuje, odnosno cjelokupni zakon se primjenjuje na štetne događaje koji su nastupili prije njegova donošenja i stupanja na snagu (Ustav RH u čl. 90. st. 5. određuje da samo pojedine odredbe zakona mogu imati povratno djelovanje i to iz posebno opravdanih razloga).
- 62 V. npr. odluke VSRH broj 1264/08 od 17. ožujka 2011., Rev-848/10 od 19. lipnja 2012., Rev-55/10 od 6. srpnja 2011., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 23. siječnja 2018. *Ratio* takvog stajališta je u tome što šteta nije nastala na području pod stvarnim suverenitetom RH, već na privremeno okupiranom području RH, bez ikakve mogućnosti djelovanja legalnih tijela RH na tom području, koja okolnost isključuje, inače objektivnu odgovornost RH. Također takve štetne radnje nisu poduzimane samo radi teškog narušavanja javnog reda, s kojim ciljem se poduzima akt terora, već su bile usmjerene na ostvarivanje ratnog cilja protiv suvereniteta RH, a provodile su se uporabom sile, ubijanjem i protjerivanjem civilnog stanovništva.

aktu ili običnom aktu nasilja.<sup>63</sup> U pogledu zastare potraživanja naknade štete temeljem ZOŠTA-e, zauzeto je stajalište da se u odnosu na RH ni u kom slučaju ne primjenjuje zastarni rok kao kada je šteta počinjena kaznenim djelom.<sup>64</sup> To zbog razloga što RH ne odgovara za štetu po načelu odgovornosti za drugog, niti po načelu objektivne neposredne odgovornosti zbog propusta u sprječavanju takvih štetnih događaja, već se njezina odgovornost temelji na načelima društvene solidarnosti, ravnomjernog snošenja javnog tereta te pravičnog i brzog obeštećenja.

## **5. ODGOVORNOST ZA ŠTETU POČINJENU RATNIM ZLOČINOM**

Odgovornost za štetu počinjenu ratnim zločinom može se promatrati i analizirati na više načina. Primarna odgovornost kod te posebne vrste štetnih radnji počinjenih jednim od najtežih kaznenih djela odgovornost je štetnika koji je počinio štetnu radnju. U odnosu na tim odgovornost štetnika za naknadu štete počinjene ratnim zločinom nema nekih posebnih dvojbi, za razliku od odgovornosti države koja će u pravilu također odgovarati u slučajevima temeljem pravila o odgovornosti za drugog. Obilježja kaznenog djela ratnog zločina su takva da će ta kaznena djela u pravilu počinuti pripadnik oružanih ili redarstvenih snaga u obavljanju službe, odnosno koja će biti posljedica nezakonitog ili nepravilnog rada državnih tijela u kojim slučajevima postoji odgovornost države. Kod objektivne odgovornosti države u tim se slučajevima postavlja pitanje zastare potraživanja naknade štete, odnosno zastarijeva li potraživanje naknade štete prema državi na isti način kao prema štetniku koji je počinio kazneno djelo ratnog zločina, prema kojem potraživanje naknade štete ne zastarijeva, s obzirom na to da ne zastarijeva niti mogućnost kaznenoga gonjenja štetnika. Nadalje, jedno od pitanja koje se postavlja u sudskoj praksi i teoriji odnosi se na mogućnost parničnog suda da utvrđuje postojanje kaznenog djela kao prethodnog pitanja u parnici radi naknade štete u situaciji kad kazneni postupak nije vođen ili postoji nemogućnost vođenja kaznenog postupka, ili čak u situaciji kad je u kaznenom postupku štetnik oslobođen optužbe za počinjenje kaznenog djela. Sudska praksa u RH i BiH većim je dijelom podudarna, ali postoje i određene razlike i unutar BiH<sup>65</sup> i u odnosu sudske prakse oba entiteta u odnosu na sudsku praksu RH.

63 V. tako npr. odluku VSRH broj 1063/10 od 13. srpnja 2011., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 23. siječnja 2018. u kojoj je zaključeno: "U ovoj pravnoj stvari tužitelj nije dokazao pretpostavke da bi se štetni događaja mogao podvesti pod teroristički akt, već naprotiv, proizlazilo bi da je do štetnog događaja došlo u kući gdje je tužitelj živio s obitelji a nakon što su u istoj boravili gotovo godinu dana. Također bi proizlazilo da je u kući bilo streljiva, a da je otac tužitelja i pokojnog Š. S. u ranijoj kući držao ručne bombe koje je navodno bacio u obližnju baru. Do štetnog događaja došlo je upravo zbog eksplozije ručne bombe, a u postupku nije utvrđeno da bi se radilo o podmenutoj minsko eksplozivnoj napravi, slijedom čega se na radi o terorističkom aktu."

64 V. npr. odluke VSRH broj Rev-897/06 od 25. rujna 2007., Rev-853/08 od 16. studenog 2010. i Rev-1187/08 od 4. studenog 2010., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 23. siječnja 2018.

65 Pritom se podrazumijeva sudska praksa VSFBiH i Vrhovnog suda Republike Srpske (dalje VSRS).

### **5.1. Odgovornost štetnika**

Počinitelj kaznenog djela ratnog zločina koji je za to kazneno djelo pravomoćno osuđen odgovoran je za naknadu cjelokupne imovinske i neimovinske štete koja je počinjena oštećenima tim kaznenim djelom koje je ujedno i štetna radnja. Njegova odgovornost temelji se na općim odredbama zakona koji propisuju odgovornost za naknadu štete po načelu krivnje.<sup>66</sup> S obzirom na to da su svi pravni sustavi prihvatili međunarodni standard da progon počinitelja kaznenih djela ratnog zločina ne zastarijeva,<sup>67</sup> ne zastarijeva niti potraživanje naknade štete oštećenika prema štetniku, budući da zahtjev za naknadu štete prema odgovornoj osobi zastarijeva kad istekne vrijeme određeno za zastaru kaznenog progona kada je šteta prouzročena kaznenim djelom, a za kazneni progon je predviđen dulji rok zastare (u slučaju ratnih zločina nema uopće mogućnosti zastare kaznenog progona).<sup>68</sup> Naknadu štete oštećenici mogu zatražiti i u samom kaznenom postupku koji se vodi protiv osumnjičenog za počinjenje kaznenog djela ratnog zločina. No, kazneni sud gotovo nikada ne odlučuje o imovinskopravnim zahtjevima na ime naknade imovinske ili neimovinske štete u kaznenom postupku, jer bi to znatno produljilo kazneni postupak. Osnovni problem kod potraživanja naknade štete počinjene ratnim zločinom od štetnika je u tomu što će se u pravilu raditi o većem broju oštećenika koji potražuju imovinsku i neimovinsku štetu velike vrijednosti koju oštećenik nije u mogućnosti naknaditi uopće ili u nekom primjerenom roku. Stoga je jedina realna mogućnost obeštećenja oštećenika da naknadu štete potražuju od države, ako postoje pretpostavke njene odgovornosti.

### **5.2. Odgovornost države**

Odgovornost države za naknadu štete počinjene ratnim zločinom temelji se na objektivnoj odgovornosti za drugog. Ta odgovornost proizlazi iz općih odredbi zakona koji regulira deliktну odgovornost kod naknade štete,<sup>69</sup> ali isto tako proizlazi i iz posebnih zakona koji propisuju odgovornost države za postupanje njezinih tijela u obavljanju ili u svezi s obavljanjem njihovih funkcija ili pripadnika oružanih i redarstvenih snaga u službi ili u svezi sa službom.<sup>70</sup> Dakle, ako je ratni zločin počinila vojna osoba u službi ili u svezi sa službom ili osoba u državnom tijelu u obavljanju ili u svezi s obavljanjem funkcija tog tijela, pored štetnika za naknadu cjelokupne imovinske i neimovinske štete bit će odgovorna i država. Nije sporno da će odgovornost države postojati u svim tim slučajevima kada je počinitelj kaznenog djela ratnog zločina pravomoćno osuđen za to kazneno djelo i ako je ono počinjeno u

66 V. čl. 1045. st. 1. ZOO., čl. 154. st. 1. ZOO/91, čl. 154. st. 1. ZOO/BiH.

67 V. čl. 29. Rimskog statuta o osnivanju Međunarodnog kaznenog suda.

68 V. čl. 231. ZOO, čl. 377. ZOO/91 i čl. 377. ZOO/BiH.

69 V. čl. 1062. st. 1. ZOO, čl. 172. st. 1. ZOO i čl. 172. st. 1. ZOO/BiH. U navedenim je odredbama propisana opća odgovornost pravnih osoba za štetu koju njezino tijelo prouzroči trećoj osobi u obavljanju ili u vezi s obavljanjem svojih funkcija.

70 V. *supra* bilj. 25. Ako je štetnu radnju (ratni zločin) počinio pripadnik hrvatskih oružanih ili redarstvenih snaga tijekom Domovinskog rata (u razdoblju od 17. kolovoza 1990. do 30. lipnja 1996.) odgovornost države temelji se na Zakonu o odgovornosti RH.

obavljanju službe ili u svezi sa službom, odnosno u obavljanju ili u svezi s obavljanjem funkcije državnog tijela. Nakon što država u tom slučaju naknadi štetu oštećenima, ima pravo regressa prema štetniku.

### 5.2.1. Zastara potraživanja naknade štete prema državi

Država kod odgovornosti za naknadu štete počinjene ratnim zločinom odgovara po objektivnom kriteriju i temeljem odgovornosti za drugog. Postavlja se pitanje zastarijeva li zahtjev za naknadu štete prema državi kada je počinitelj ratnog zločina za to kazneno djelo pravomoćno osuđen, i djelo je počinio, primjerice, u obavljanju vojne službe, u općem zastarnom roku za potraživanje naknade štete ili u roku određenom za zastaru kaznenog progona kao za štetnika, odnosno kod kaznenog djela ratnog zločina uopće ne zastarijeva. Sudska praksa u RH<sup>71</sup> i Federaciji BiH,<sup>72</sup> kao i u Republici Sloveniji,<sup>73</sup> jasno je zauzela stajalište da kod odgovornosti za drugog, pa tako i u slučaju odgovornosti države, zastara potraživanja naknade štete procjenjuje se isto kao za štetnika. Takav zaključak sudova temelji se na tome da odredbe zakona koji reguliraju privilegirani rok zastare kod štetnih radnji koje su ujedno kaznena djela proizlazi iz same stipulacije odredbe koja to predviđa u odnosu na odgovornu osobu, a ne samo za štetnika.<sup>74</sup> Međutim, suprotno navedenom pravnom stajalištu, u sudskoj praksi Republike Srpske najviše tijelo sudbene vlasti izrazilo je stajalište da u slučaju odgovornosti države za naknadu štete počinjene kaznenim djelom pripadnika oružanih snaga te države, samo se u odnosu na štetnika i počinitelja kaznenog djela primjenjuje privilegirani zastarni rok, ali ne i za državu koja je treća osoba i koja je odgovorna po drugom zakonskom osnovu.<sup>75</sup> Takvo stajalište očigledno polazi od toga da država kod odgovornosti za drugog po objektivnom kriteriju *nije sama počinila kazneno djelo*, slijedom čega se na nju ne može niti primijeniti privilegirani zastarni rok kao za kazneno gonjenje. Vidljivo je da VSRS tumači istu odredbu drukčije nego najviši sudovi u Federaciji BiH, RH i Republici Sloveniji.

Međutim, u odnosu na sudsku praksu u BiH, koja se odnosi na zastaru potraživanja naknade štete od države temeljem odgovornosti za drugog, Ustavni sud BiH donio je

71 V. odluke VSRH broj Rev-2785/87 od 16. lipnja 1988., Rev-2314/97 od 2. lipnja 1999., Rev-981/87 od 29. listopada 1997., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 26. siječnja 2018.

72 V. odluku VSFBiH broj 070-0-Rev-07-001760 od 24. veljače 2009., <http://www.vsud-fbih.pravosudje.ba>, očitavanje 26. siječnja 2018. Također je na sjednici Građanskog odjeljenja VSFBiH koja je održana 27. ožujka 2015. godine zauzeto sljedeće pravno stajalište: *Privilegovani rok zastare potraživanja iz čl. 377. ZOO-a primjenjuje se kako na učinioca krivičnog djela, tako i na odgovorno lice za naknadu štete koja je krivičnim djelom učinjena, mada sama nije učinilac tog krivičnog djela.*

73 V. odluke Vrhovnog suda Republike Slovenije (dalje VSRSLO) broj II Ips 295/93 od 9. veljače 1994. i VIII Ips 6/95 od 7. studenog 1995., <http://www.sodnapraksa.si>, očitavanje 26. siječnja 2018.

74 V. čl. 231. st. 1. ZOO, čl. 377. st. 1. ZOO/91 i čl. 377. st. 1. ZOO/BiH. Isto regulira i slovenski Zakon o obligacijskih razmerjih (Uradni list SFRJ, broj 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Uradni list RS 88/99, 83/01, 30/02 i 87/02 – dalje – ZOR) u čl. 377. st. 1.

75 V. odluku VSRS broj 71 0 P 047076 11 Rev od 23. kolovoza 2012., <http://www.vsud-rs.pravosudje.ba>, očitavanje 26. siječnja 2018. Stajalište je VSRS da se na državu u svezi sa zastarom u tim slučajevima primjenjuje odredba čl. 376. ZOO/BiH.

više odluka u kojima se razmatralo upravo pitanje primjene privilegiranog zastarnog roka na odgovornost države te je u određenim odlukama Ustavnog suda BiH zauzeto pravno stajalište identično sudovima u Republici Srpskoj, odnosno da u slučaju odgovornosti države za naknadu štete počinjene kaznenim djelom osobe za koju država odgovora po objektivnom kriteriju, samo se u odnosu na štetnika i počinitelja kaznenog djela primjenjuje privilegirani zastarni rok, ali ne i za državu koja je treća osoba i koja je odgovorna po drugoj zakonskoj osnovi.<sup>76</sup>

Daljnje pitanje koje se postavlja kod zastare potraživanja naknade štete prema državi kod odgovornosti za drugog je pitanje može li se privilegirani zastarni rok u odnosu na državu ako je štetna radnja kazneno djelo (ratni zločin), ali neposredni počinitelji nisu kazneno procesuirani i ne postoji osuđujuća kaznena presuda, odnosno može li parnični sud sam kao prethodno pitanje utvrđivati postojanje kaznenog djela (pa tako i ratnog zločina). U svezi s tim pitanjem sudska praksa najviših sudova u RH i BiH je identična, a razlikuje se sudska praksa, primjerice Republike Slovenije. U RH je pravno stajalište najvišeg suda da se dulji zastarni rok (kao za zastaru kaznenog progona) smije primijeniti samo onda kad je pravomoćnom kaznenom presudom utvrđeno da šteta potječe od kaznenog djela, a samo iznimno parnični sud može o počinjenju kaznenog djela utvrđivati kao o prethodnom pitanju ako postoje procesne smetnje zbog kojih se protiv odgovorne osobe nije mogao provesti kazneni postupak, kao što je primjerice ako je ona umrla ili postala nesposobna za rasuđivanje.<sup>77</sup> Isto pravno stajalište zauzimaju sudovi u Republici Srpskoj,<sup>78</sup> a sada i najviši sud FBiH.<sup>79</sup>

Najviši sud Republike Slovenije, suprotno tomu, zauzeo je stajalište da parnični sud može odlučivati o postojanju kaznenog djela i kaznene odgovornosti počinitelja kao o prethodnom pitanju u svim slučajevima kad ne postoji pravomoćna kaznena presuda protiv počinitelja, ako je to nužno za pravilnu primjenu materijalnog prava u civilnom postupku, pa čak i u odnosu na nepoznatog počinitelja.<sup>80</sup> Takvo stajalište temelji se na odredbi procesnog zakona koja propisuje vezanost parničnog suda za postojanje kaznenog djela i kaznene odgovornosti počinitelja samo ako je to utvrđeno pravomoćnom osuđujućom presudom, što znači *argumentum a contrario* da ako takve

76 V. odluke Ustavnog suda BiH broj AP 4128/10 od 28. ožujka 2014., AP 3979/11 od 17. rujna 2014., AP 2829/15 od 3. veljače 2016., [www.ccbh.ba/odluke](http://www.ccbh.ba/odluke), očitavanje 27. siječnja 2018. Time je u cijelosti izmijenjeno ranije pravno stajalište Ustavnog suda BiH zauzeto u odluci broj AP 289/03 od 19. studenog 2004., prema kojem ne samo da se na državu (Republiku Srpsku u konkretnom predmetu) primjenjuje privilegirani zastarni rok iz čl. 377. ZOO/BiH, nego da nepostojanje pravomoćne presude u kaznenom postupku ne znači da šteta nije nastala izvršenjem kaznenog djela.

77 V. npr. odluke VSRH broj Rev-282/08 od 25. veljače 2009., Rev-845/07 od 23. prosinca 2008., Rev-327/08 od 5. studenog 2009., Rev-615/10 od 15. lipnja 2011., Rev-1142/09 od 9. veljače 2011., [www.sudskapraksa.csp.hr](http://www.sudskapraksa.csp.hr), očitavanje 28. siječnja 2018.

78 V. npr. presudu Osnovnog suda u Banja Luci broj 71 0 P 032253 07 P od 28. siječnja 2013. i presudu Okružnog suda u Bijeljini broj 80 0 P 035173 12 Gž od 20. studenog 2012.

79 Na sjednici Građanskog odjeljenja VSFBiH koja je održana 27. ožujka 2015. godine zauzeto je između ostalog, sljedeće pravno stajalište: *Sud u parničnom postupku, osim u izuzetnim slučajevima nije ovlašten da utvrđuje postojanje krivičnog djela i krivične odgovornosti.*

80 V. odluku VSRSLO broj II Ips 251/97 od 23. prosinca 1998., <http://www.sodnapraksa.si>, očitavanje 29. siječnja 2018.

presude nema, pa čak ako je donesena oslobađajuća kaznena presuda, da parnični sud može o tomu odlučivati kao o prethodnom pitanju.<sup>81</sup> U Federaciji BiH najviši sud je više puta mijenjao sudsku praksu koja je prvotno zauzimala sadašnje stajalište da se zastarni rok kod potraživanja naknade štete u smislu odredbe članka 377. ZOO/BiH primjenjuje samo onda ako je pravomoćnom osuđujućom presudom kaznenog suda utvrđeno postojanje kaznenog djela i odgovornost počinitelja.<sup>82</sup> Nakon toga zauzeto je pravno shvaćanje da “*ako parnični sud utvrdi postojanje određenog kaznenog djela za koje je izostalo vođenje kaznenog postupka, bilo iz kog razloga, zastarjelost naknade štete treba cijeliti u smislu članka. 377. ZOO/BiH, a pod pojmom odgovorna osoba podrazumijeva se kako počinitelj kaznenog djela, tako i osoba koje odgovara za štetu koja je počinjena kaznenim djelom mada sama nije počinitelj tog djela.*”<sup>83</sup> Stoga su sudovi u Federaciji BiH pozivajući se na ovakvo stajalište ocjenjivali da zahtjev za naknadu štete prouzročene kaznenim djelom ratnog zločina zastarijeva primjenom članka 377. ZOO/BiH (odnosno uopće nema zastare), te da ne znači kako šteta nije nastala izvršenjem toga kaznenog djela, ako ne postoji pravomoćna osuđujuća presuda. Nakon toga je VSFBiH ponovno zauzeo ranije pravno stajalište koje je identično stajalištu sudova u RH i Republici Srpskoj.<sup>84</sup>

Pristup i sudska praksa da se uvijek u parničnom postupku može utvrđivati postojanje kaznenog djela kao prethodno pitanje, u svakom slučaju je daleko povoljniji za oštećenike, a posebno za žrtve i oštećene temeljem kaznenog djela ratnog zločina, jer im znatno olakšavaju položaj tužitelja u parnicama radi naknade štete. Žrtve kaznenih djela ratnog zločina (i drugih kaznenih djela) za koje je nastupila zastara potraživanja naknade štete po općim odredbama o zastari potraživanja naknade štete ne moraju čekati osuđujuću kaznenu presudu, već mogu naknadu štete ostvarivati na osnovi počinjenog ratnog zločina neovisno o tomu kada će i hoće li uopće počinitelji biti procesuirani. Ako sud u parničnom postupku utvrdi postojanje kaznenog djela ratnog zločina kao štetne radnje odlučujući o tomu kao prethodnom pitanju, za tužitelje neće uopće postojati mogućnost zastare potraživanja naknade štete jer progon počinitelja kaznenog djela ratnog zločina ne zastarijeva. Također kod toga treba uzeti u obzir da je koji puta kazneno procesuiranje počinitelja kaznenog djela ratnog zločina dugotrajno i složeno, da je prikupljanje dokaza u pravilu onemogućeno ili otežano tijekom

81 V. čl. 12. st. 3. Zakona o parničnom postupku (Narodne novine broj 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13 i 89/14 – dalje ZPP). Ista je odredba u Zakonu o parničnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 58/03, 85/03, 74/05, 63/07 i 49/09 dalje – ZPP/RS) i Zakonu o parničnom postupku Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, broj 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15 – dalje ZPP/FBiH).

82 Uz iznimku kako je izuzetno parnični sud ovlašten, radi ocjene zastare potraživanja sam ispitivati i utvrđivati kao o prethodnom pitanju je li šteta uzrokovana kaznenim djelom, ako su postojale određene procesne smetnje zbog kojih se protiv određenog počinitelja nije mogao provesti ili dovršiti krivični postupak. Radi se o sudskoj praksi koju kontinuirano primjenjuje VSRH.

83 Zaključak sjednice Građanskog odjeljenja VSFBiH od 24. listopada 2011. Također v. odluku VSFBiH broj 68 0 P 001956 11 Rev od 15. studenog 2011., <http://www.vsud-fbih.pravosudje.ba>, očitavanje 26. siječnja 2018.

84 V. *supra* bilj. 79.

vođenja rata i ratnih djelovanja te da ponekad dolazi i do neopravdanog kašnjenja ili propuštanja kaznenog procesuiranja počinitelja.

S druge strane, kritičari takve sudske prakse (koja se primjenjuje u RH, Republici Srpskoj, a nadalje će se primjenjivati i u FBiH) ističu da ovlaštenje parničnog suda da odlučuje o postojanju kaznenog djela i odgovornosti počinitelja kao o prethodnom pitanju u svim onim slučajevima kad ne postoji osuđujuća kaznena presuda dovodi do pravne nesigurnosti.<sup>85</sup> To iz razloga jer se samo u okviru kaznenog postupka o tome može odlučivati obzirom na posebne odredbe koje reguliraju kazneni postupak i kojima se jamče prava okrivljenika, a nije moguće niti utvrditi kaznenu odgovornost nepoznatog počinitelja. Nadalje, kao jedan od glavnih argumenata ističe se kako je posebno neprihvatljivo tumačenje da se i u slučaju oslobađajuće kaznene presude u parničnom postupku može ponovno odlučivati o postojanju kaznenog djela i kaznene odgovornosti, jer je parnični sud vezan samo za osuđujuću kaznenu presudu, jer bi se moglo dogoditi da je kazneni sud presudio da nema kaznenog djela i kaznene odgovornosti, a parnični sud suprotno.<sup>86</sup> Mišljenje autora je da kod odgovornosti države za naknadu štete počinjenu ratnim zločinom za koji postoji osuđujuća kaznena presuda protiv počinitelja, ne bi trebalo biti dvojbe da i u odnosu na državu se mora prihvatiti da nema zastare potraživanja naknade štete, a postoje i uvjerljivi argumenti da isto vrijedi i u svim onim slučajevima gdje je parnični sud utvrdio odlučujući o prethodnom pitanju da se radi o ratnom zločinu.

## **6. OPĆENITO O NAKNADI IMOVINSKE I NEIMOVINSKE ŠTETE**

ZOO je u odnosu na ZOO/91 znatno bolje terminološki odredio razliku između popravljavanja štete i naknade štete. Naime, naknada imovinske i neimovinske štete samo je jedan od načina popravljavanja štete te ZOO tu razliku jasno ističe.<sup>87</sup> Kod popravljavanja imovinske štete primarni način je uspostava prijašnjeg stanja, a tek u slučaju nemogućnosti uspostave prijašnjeg stanja, odnosno ako se time ne otklanja u potpunosti šteta, odgovorna osoba je dužna oštećeniku dati djelomično ili u potpunosti naknadu u novcu na ime naknade štete.<sup>88</sup> Uspostava prijašnjeg stanja

85 Uz iznimke kao što su smrt okrivljenika ili nesposobnost za rasuđivanje koji su zapreka za vođenje kaznenog postupka. U RH postoji također intencija određenih sudaca da se izmjeni važeća sudska praksa VSRH u svezi s primjeom privilegiranoga zastarnog roka i za štetne događaje koji su zasigurno i kazneno djelo, ali se radi o nepoznatom počinitelju i ne postoji pravomoćna kaznena presuda.

86 Kao u poznatom slučaju O. J. Simpson u Sjedinjenim Američkim Državama.

87 Odsjek 7 ZOO-a nosi naziv "Popravljanje štete", a popravljanje štete dijeli se na popravljanje imovinske (čl. 1085. – 1098. ZOO) i neimovinske štete (čl. 1099. – 1106), te je naknada štete jasno izdvojena u odnosu na druge načine popravljavanja štete. U ZOO/91 Odsjek 7 imao je naslov "Naknada", i isti se dijelio na naknadu materijalne (čl. 185. – 198. ZOO/91) i nematerijalne štete (čl. 199. – 205. ZOO/91), što je bilo terminološki pogrešno jer je i u ZOO/91 naknada štete bila samo jedan od načina popravljavanja štete. Rješenje kao u ZOO/91 danas je prisutno u ZOO/BiH.

88 V. čl. 1085. ZOO. U čl. 1085. st. 4. ZOO-a predviđena je iznimka kada sud na zahtjev oštećenika, i u situaciji kad je moguća uspostava prijašnjeg stanja, oštećeniku može dosuditi naknadu u novcu pod uvjetom da okolnosti konkretnog slučaja ne opravdavaju uspostavu prijašnjeg



moguća je individualnom restitucijom<sup>89</sup>, generičkom restitucijom<sup>90</sup> ili popravljanjem štete na oštećenoj stvari<sup>91</sup>. Popravljanje neimovinske štete po prirodi stvari nije moguće uspostavljanjem prijašnjeg stanja te ZOO za povredu prava osobnosti predviđa kao načine popravljanja štete nenovčanu naknadu (satisfakciju)<sup>92</sup> i pravičnu novčanu naknadu (satisfakciju)<sup>93</sup>. Pravična novčana naknada kod neimovinske štete (povrede prava osobnosti) ekvivalent je naknadi štete kod imovinske štete i ukupno predstavljaju naknadu štete kao jedan od načina popravljanja štete.

### 6.1. Šteta

Kod definicije štete ZOO razlikuje običnu štetu, izmaklu korist i povredu prava osobnosti (neimovinsku štetu).<sup>94</sup> Obična šteta (stvarna, pozitivna, *damnum emergens*)<sup>95</sup> i izmakla korist (izmakli dobitak, negativna šteta, *lucrum cessans*)<sup>96</sup> imovinske su štete koje se odražavaju na imovini oštećenika, dok je povreda prava osobnosti<sup>97</sup> neimovinska šteta koja se ogleda u povredi subjektivnih neimovinskih prava i interesa.

---

stanja.

- 89 Individualna restitucija kao način popravljanja štete znači da se oštećeniku vraća ista stvar koja mu je, primjerice protupravno oduzeta (krađa slike, automobila i sl.).
- 90 Generička restitucija podrazumijeva da oštećenik umjesto uništene ili oštećene stvari dobiva drugu stvar iste vrste i kvalitete (npr. otuđenje zamjenjivih stvari).
- 91 Primjerice popravak ili promjena oštećenih dijelova neke stvari.
- 92 V. čl. 1099. ZOO. koji kao nenovčanu naknadu predviđa objavljivanje presude ili ispravka, povlačenje izjave kojom je povreda počinjena ili bilo što drugo čime se može ostvariti svrha koja se inače postiže pravičnom novčanom naknadom. Slična je odredba u čl. 199. ZOO/91 i čl. 199. ZOO/BiH.
- 93 V. čl. 1100. st. 1. ZOO. Kod povrede prava osobnosti pravična novčana naknada (naknada štete) dosuđuje se samo kada to opravdavaju okolnosti slučaja i težina povrede te nezavisno o postojanju imovinske štete ili ako je uopće nema. U čl. 200. st. 1. ZOO/91 i čl. 200. ZOO/BiH navedeno je da za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda i časti; slobode ili prava ličnosti, smrti bliske osobe te za strah sud će, ako nađe da okolnosti slučaja, a osobito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno o naknadi materijalne štete, a i kad nje nema.
- 94 V. čl. 1046. ZOO. U ZOO/91 i ZOO/BiH u čl. 155. navedeno je da je šteta umanjene nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njezina povećanja (izmakla korist), a i nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta).
- 95 Obična šteta je umanjene postojeće imovine oštećenika (npr. oštećenje tuđeg automobila ili neke druge stvari).
- 96 Izmakla korist je šteta koja se sastoji u sprečavanju povećanja imovine oštećenika. Mora se raditi o koristi koju bi izvjesno oštećenik po redovitom tijeku stvari ostvario da nije bilo štetne radnje (npr. ako je prodavatelj isporučio samo dio robe, kupac koji dalje prodaje robu bi po redovnom tijeku stvari ostvario dobitak i za neisporučenu robu).
- 97 U čl. 19. st. 2. ZOO-a pod pravima osobnosti podrazumijevaju se pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu i dr. Vidljivo je da ZOO samo primjerice navodi prava osobnosti u odnosu na koje se pruža zaštita, zbog čega nema ograničenog broja prava osobnosti, što je bitna razlika u odnosu na ZOO/91 koji je taksativno propisivao mogućnost novčane naknade za određene vidove nematerijalne štete (čl. 200 ZOO/91 i čl. 200. ZOO/BiH).

Daljnja podjela šteta moguća je s obzirom na način postanka, razlike od trenutka uzrokovanja i trenutka nastupanja štetnih posljedica, s obzirom na predvidivost i s obzirom na način utvrđivanja i dokazivanja.<sup>98</sup>

Kod podjele šteta s obzirom na način postanka može se razlikovati izravne (direktne) i neizravne (indirektne) te simultane štete. Izravne štete su one koje su izravna posljedica štetnog događaja koji je djelovao direktno na određenu stvar ili dobro,<sup>99</sup> dok su neizravne štete gubiteci koji se pojavljuju kao daljnja posljedica štetnog događaja na drugim stvarima i imovini oštećenika<sup>100</sup>. Simultane štete su kada se jednom štetnom radnjom uzrokuju štete nekolicini oštećenika, ali se one ipak računaju kao jedna samostalna šteta.<sup>101</sup> S obzirom na razliku od trenutka uzrokovanja ili nastanka štetnog događaja i trenutka nastupanja štetnih posljedica (štete) mogu se razlikovati postojeća šteta, buduća šteta (izvjesna) i buduća eventualna (neizvjesna) šteta. Postojeća šteta je ona kod koje je nastao njen uzrok, a ostvarila se i sama šteta, dok su buduće štete one kod kojih je nastupio njihov uzrok, ali njihove posljedice još nisu nastupile ili nisu još prestale. Buduća eventualna šteta je ona kod koje je njen uzrok nastupio, ali je neizvjesno nastupanje štetnih posljedica.<sup>102</sup>

S obzirom na način utvrđivanja i dokazivanja štete razlikuje se konkretna i apstraktna šteta. Konkretna šteta je ona čije se postojanje i opseg mogu utvrditi izravnim dokaznim sredstvima, kao što su pregled, vještačenje, svjedoci, priznanje odgovorne osobe i sl.<sup>103</sup> Apstraktna šteta je kad se njezino postojanje pretpostavlja, a visina utvrđuje unaprijed po određenim mjerilima ili u paušalnoj svoti, a ne od slučaja do slučaja kako je inače uobičajeno.<sup>104</sup>

## 6.2. *Naknada imovinske štete*

Naknada imovinske štete smatra se dospjelom od trenutka nastanka štete,<sup>105</sup> što bi značilo da od tog trenutka postoji obveza odgovorne osobe na plaćanje zatezних kamata<sup>106</sup>. Međutim, sudska praksa zauzela je pravno stajalište da zatezne kamate na naknadu nenovčane štete, dosuđene prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke teku od dana donošenja prvostupanjske presude kojom je visina naknade određena. Ako je oštećenik sam otklonio štetu prije donošenja sudske odluke, zatezne

98 O toj vrsti podjele šteta v. Gorenc, V.; *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRIF, Zagreb, 1998., str. 211. i 212.

99 Primjerice, oštećenje ili uništenje konkretne tuđe stvari.

100 Neizravna šteta je neizravna posljedica štetnog događaja, jer nije nastala samim štetnim događajem, već temeljem drugog događaja koji je stvorio i omogućio prvi štetni događaj. Primjerice, kad netko ukrade stvari iz stana jer je prije toga druga osoba razvalila vrata, pri čemu je krađa stvari iz stana neizravna šteta.

101 Primjerice, kad je oštećenik zadobio povrede zbog kojih je prevezen u bolnicu na liječenje, a zbog toga gubi zaradu i ima troškove osobe koja ga je pratila i pružala mu pomoć.

102 Npr. neizvjesno je hoće li ožiljak ubuduće ostati za cijeli život ili će nestati, a o čemu ovisi naknada neimovinske štete.

103 Gorenc, *op. cit.*, str. 211.

104 *Ibid.*, str. 212.

105 V. čl. 1086. ZOO. Ista je odredba u čl. 186. ZOO/91 i ZOO/BiH.

106 V. čl. 29. st. 2. ZOO.

kamate teku od dana kad je šteta otklonjena, odnosno otkada su učinjeni troškovi radi otklanjanja štete.<sup>107</sup> Pravna teorija zastupa stajalište da prema članku 1086. ZOO-a oštećenik ima pravo zahtijevati isplatu naknade od trenutka nastank štete, a štetnik (odgovorna osoba) obvezu izvršiti tu isplatu.<sup>108</sup>

ZOO za naknadu imovinske štete u slučaju smrti, tjelesne ozljede ili oštećenja zdravlja određuje kao pravilo naknadu u obliku novčane rente, koja se plaća doživotno ili za određeno vrijeme.<sup>109</sup> Za rentu je karakteristično da se dosuđuje pod klauzulom *rebus sic stantibus*, odnosno podložna je povećanju, sniženju ili ukidanju.<sup>110</sup> Obujam naknade štete su sve one štete koje proizlaze iz određenog štetnog događaja, te to mogu biti obična šteta, izmakla korist, svi drugi troškovi koji su učinjeni radi umanjenja štete ili ublažavanja štetnih posljedica kao i kamate na iznos naknade štete. ZOO posebno propisuje obujam naknade imovinske štete u slučaju smrti, narušenja zdravlja, tjelesne ozljede, povrede časti i širenja neistinitih navoda o nekoj osobi.<sup>111</sup>

Visina naknade imovinske štete podrazumijeva vrijednost štete izražene u novcu, i može biti izražena prema određenim cijenama. ZOO kod deliktne odgovornosti predviđa načelo potpune naknade štete, što znači da oštećenik ima pravo na naknadu u onom iznosu koji je potreban da se njegovo materijalno stanje dovede u ono u kojem bi se nalazilo da nije bilo štetnog događaja.<sup>112</sup> Osnovni način utvrđivanja visine štete

107 Takva sudska praksa prisutna je još od 1988. godine temeljem načelnog stajališta Zajedničke sjednice bivšeg Saveznog suda, republičkih vrhovnih sudova, pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda. *Ratio* takvog stajališta bila je teza da zatezne kamate imaju karakter predmnijevane štete zbog zakašnjenja u ispunjenju novčane obveze, a da se s druge strane šteta određuje prema cijenama u trenutku presuđenja (čl. 1089. st. 2. ZOO). U svezi s tim stajalištem postoji opsežna sudska praksa (v. primjerice odluke VSRH broj Rev-1159/04 od 11. siječnja 2005., Rev-1071/2004 od 13. srpnja 2005., Rev-914/2005 od 13. listopada 2005., Rev-425/2007. od 10. siječnja 2008., Rev-1091/2007 od 14. studenog 2007., Rev-1729/2009 od 28. travnja 2010., Rev-2831/1994 od 22. ožujka 2005., Rev-521/1996 od 25. svibnja 2005., Rev-2122/2010 od 21. prosinca 2011., Rev-2273/2010 od 4. travnja 2010., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 30. siječnja 2018.).

108 Takvo stajalište polazi od toga da je plaćanje kamata obveza dužnika koji je zakasnio s ispunjenjem novčane obveze, a naknada štete je novčana obveza, te dužnik dolazi u zakašnjenje kad ne ispuni obvezu u roku određenom za ispunjenje, a ako rok nije određen, kad ga vjerovnik pozove da ispuni obvezu (čl. 173. ZOO-a).

109 V. čl. 1088. ZOO (čl. 188. ZOO/91 i ZOO/BiH). Renta je naknada štete kod koje ukupan iznos štete nije poznat u vrijeme odlučivanja o zahtjevu i plaća se unaprijed u utvrđenim iznosima i razdobljima. ZOO propisuje i iznimke kada se umjesto rente može tražiti jednokratni kapitalizirani iznos naknade štete (čl. 1088. st. 4. i 5. ZOO, odnosno čl. 188. st. 4. i 5. ZOO/91 i ZOO/BiH). ZOO rentu kao oblik naknade štete izrijekom predviđa za buduću štetu u vidu izgubljenog uzdržavanja, odnosno pomaganja, kao posljedicu smrti davatelja uzdržavanja (čl. 1094. ZOO, odnosno čl. 194. ZOO/91 i ZOO/BiH), zbog izgubljene zarade, zbog trajnog povećanja potreba ili tuđe pomoći i njege te zbog uništenja ili umanjenja mogućnosti daljnjeg razvijanja i napredovanja kao posljedice nesposobnosti za rad (čl. 1095. st. 2. ZOO, odnosno čl. 195. ZOO/91 i ZOO/BiH).

110 V. čl. 1096. ZOO (čl. 196. ZOO/91 i ZOO/BiH).

111 V. čl. 1093. – 1097. ZOO (čl. 193. – 197. ZOO/91 i ZOO/BiH).

112 V. čl. 1090. ZOO (čl. 190. ZOO/91 i ZOO/BiH). Međutim, to nije uvijek tako, jer primjerice kod naknade imovinske štete zbog oštećenja automobila, pri čemu oštećenik nije mogao koristiti svoj automobil za vrijeme popravka, sudska praksa ne priznaje oštećeniku troškove

je tržišna ili redovita cijena, a pod posebnim pretpostavkama i izvanredna i afekcijska cijena. Kod izmakle koristi mora se raditi o dobitku koji se osnovano mogao očekivati prema redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje spriječeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem.<sup>113</sup> Osnovno pravilo kod naknade štete u svezi s obujmom i visinom naknade štete je potpuna naknada štete oštećeniku, ali ZOO također propisuje dvije iznimke.<sup>114</sup> Prva iznimka je kad je odgovorna osoba slabog imovnog stanja pa bi je isplata potpune naknade štete dovela u oskudicu.<sup>115</sup> Druga se odnosi na slučaj kad je štetnik prouzročio štetu radeći nešto korisno za oštećenika, pritom postupajući brižljivošću kao u vlastitim poslovima.<sup>116</sup> Doprinosa oštećenika nastanku ili obujmu štete također je jedan od razloga za smanjenje naknade štete.<sup>117</sup> Utvrđivanje visine naknade imovinske štete moguće je na više načina. Tako se visina štete može utvrditi propisom, arbitrarno putem suda po slobodnoj ocjeni ili prema procjeni sudskih vještaka, komisijski i sporazumom između štetnika (odgovorne osobe) i oštećenika. Iznos naknade štete može se odrediti u ukupnom jednokratnom iznosu ili u obliku novčane rente.

### 6.3. Naknada neimovinske štete

Kod neimovinske štete prema sadržaju se mogu razlikovati dva načina ili oblika popravljivanja šteta. Jedan je oblik moralna ili nenovčana satisfakcija,<sup>118</sup> a drugi je

- 
- najma zamjenskog automobila.
- 113 V. čl. 1089. st. 2., 3. i 4. ZOO (čl. 189. st. 2., 3. i 4. ZOO/91 i ZOO/BiH). Najčešći način određivanja visine naknade štete sukladno je prometnoj (tržnoj) vrijednosti ili cijeni, i to prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke. To je u skladu s načelom "potpune naknade" jer će oštećenik dobiti onaj iznos novca koji je dostatan da se njegova materijalna situacija dovede u ono stanje kakvo je bilo prije štetnog događaja. Određivanje visine naknade štete pomoću izvanredne cijene dolazi u obzir kada nije moguće utvrditi tržišnu cijenu (stvar se ne može više nigdje nabaviti), a afekcijska cijena, koja se utvrđuje subjektivno s obzirom na vrijednost koju je stvar imala za oštećenika, može se odrediti ako je stvar uništena ili oštećena kaznenim djelom učinjenim namjerno.
- 114 V. čl. 1091. ZOO (čl. 191. ZOO/91 i ZOO/BiH).
- 115 Pretpostavke za sniženje visine naknade štete po toj osnovi su da šteta nije prouzročena namjerno ili iz krajnje nepažnje, da je odgovorna osoba slabog imovnog stanja i da bi je isplata potpune naknade dovela u oskudicu. Sud po službenoj dužnosti u okviru pravilne primjene materijalnog prava pazi na primjenu čl. 1091. st. 1. ZOO-a, pri čemu autor smatra da bi se takvo sniženje visine naknade štete trebalo primijeniti jedino ako se tuženik na to izričito pozove. U sudskoj praksi se rijetko primjenjuje taj institut (v. npr. odluku VSRH broj Rev-1791/1996 od 2. lipnja 1999., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 30. siječnja 2018.).
- 116 V. čl. 1091. st. 2. ZOO (čl. 191. st. 2. ZOO/91 i ZOO/BiH).
- 117 V. čl. 1092. st. 1. ZOO (čl. 192. st. 1. ZOO/91 i ZOO/BiH). Štetnik ili odgovorna osoba mogu u cijelosti biti odgovorni za nastanak štetnog događaja, ali oštećenik može nekom svojom radnjom ili propuštanjem pridonijeti da šteta nastane ili bude veća, i tada ima pravo samo na razmjerno nižu naknadu štete. U čl. 1092. st. 2. ZOO-a propisano je da sud može u takvim slučajevima, kad je nemoguće utvrditi koji dio štete potječe od oštećenikove radnje ili propusta, po slobodnoj ocjeni dosuditi naknadu štete vodeći računa o okolnostima slučaja.
- 118 V. čl. 1099. ZOO. U slučaju povrede prava osobnosti kao mogući oblik popravljivanja štete moralna je satisfakcija na trošak štetnika, a koja se može sastojati u objavljivanju presude, odnosno ispravka, povlačenja izjave kojom je povreda učinjena ili bilo čega drugog čime se

oblik novčana satisfakcija ili pravična novčana naknada<sup>119</sup>. Pravična novčana naknada kod neimovinske štete ekvivalent je naknade štete kod imovinskih šteta. Tri su pretpostavke za dosuđenje pravične novčane naknade: da je došlo do povrede prava osobnosti,<sup>120</sup> da težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju dosuđenje pravične novčane naknade<sup>121</sup> i da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom<sup>122</sup>. ZOO je proširio pravo na isplatu pravične novčane naknade za slučaj smrti ili posebno teškog invaliditeta bliske osobe na djedove, bake, unučad i roditelje za začeto, a nerođeno dijete.<sup>123</sup> ZOO posebno propisuje pravo na pravičnu novčanu naknadu kao zadovoljštinu u posebnim slučajevima,<sup>124</sup> te određuje da tražbina naknade neimovinske štete prelazi na nasljednike ako je oštećenik podnio pisani zahtjev ili tužbu radi ostvarenja tražbine naknade neimovinske štete<sup>125</sup>.

ZOO u odnosu na dospijeeće pravične novčane naknade propisuje da ta obveza dospijeva danom podnošenja pisanog zahtjeva ili tužbe, osim ako je šteta nastala nakon toga.<sup>126</sup> U ZOO/91 nije bilo odredbe o dospjelosti nematerijalne štete, a sudska praksa je zauzela stajalište da obveza naknade nematerijalne štete dospijeva danom donošenja prvostupanjske presude.<sup>127</sup> Odredba ZOO-a o dospijeeću pravične novčane

inače može postići svrha pravičnom novčanom naknadom.

119 V. čl. 1100. ZOO, odnosno čl. 200. ZOO/91 i ZOO/BiH.

120 Prava osobnosti iz čl. 19. ZOO-a navedena su primjerice, slijedom čega je u konkretnom slučaju moguće utvrditi i postojanje drugih prava osobnosti te njihovih povreda.

121 U određenom slučaju može doći do povrede prava osobnosti, ali se ipak neće dosuditi pravična novčana naknada jer je povreda neznatna te je primjerice trajala kratko ili je bila slabog intenziteta i sl.

122 Ta se pretpostavka isto odnosi na neznatne povrede prava osobnosti, ali i na svojevrsnu komercijalizaciju i lukrativnost pravične novčane naknade.

123 V. čl. 1100. ZOO. Osim prava bračnog druga, djece i roditelja (čl. 1100. st. 1. ZOO), braće i sestara i izvanbračnog druga (čl. 1100. st. 2. ZOO), pravo na novčanu satisfakciju stekli su djedovi, bake i unučad te roditelji u slučaju gubitka začetog, a nerođenog djeteta (čl. 1100. st. i 3. ZOO). Pitanje naročito teškog invaliditeta faktično je pitanje u svakom konkretnom slučaju, pri čemu je sudska praksa snizila kriterije kada se smatra da se radi o naročito teškom invaliditetu (v. npr. odluku VSRH broj Rev-724/08 od 27. siječnja 2010., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 30. siječnja 2018.). Postojanje trajnije zajednice života također je faktično pitanje koje ovisi o konkretnim okolnostima slučaja (v. npr. odluke VSRH broj Rev-108/01 od 29. listopada 2003. i Rev-673/06 od 15. veljače 2007., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 30. siječnja 2018.).

124 V. čl. 1102. ZOO. Radi se zapravo o podvrsti povrede prava osobnosti na tjelesno i duševno zdravlje i na slobodu, ako je prema oštećeniku prijevarom, prisilom ili zlouporabom nekog odnosa podređenosti ili zavisnosti počinjeno neko kazneno djelo protiv spolne slobode i spolnog čudoreda.

125 ZOO/91 je u čl. 204. određivao da potraživanje nematerijalne štete prelazi na nasljednike samo ako je priznato pravomoćnom odlukom ili pisanim sporazumom. Sadašnje rješenje znatno je povoljnije i pravednije za oštećenike i njihove nasljednike, posebice zbog vrlo često dugotrajnih sudskih postupaka (isto je rješenje u ZOO/BiH).

126 V. čl. 1103. ZOO. Tako i u odluci VSRH broj Rev-735/10 od 8. prosinca 2010., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 1. veljače 2018.

127 V. npr. odluke VSRH broj Rev-1275/08 od 28. siječnja 2009., Rev-22372012 od 13. ožujka 2012., Rev-2757/11 od 27. ožujka 2012., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 1. veljače 2018. Kritičari takvog pravnog stajališta smatraju da se na taj način pogodovalo štetnicima, donosno odgovornim osobama, jer one nisu bile obvezne platiti zatezne kamate

naknade daje pravo oštećenicima da im se visina pravične novčane naknade odredi prema kriterijima u vrijeme presuđenja, a uz to im se priznaje zatezna kamata od dana podnošenja zahtjeva ili tužbe. Iznimka od navedenog jedino je u slučaju nastanka štete nakon podnošenja zahtjeva ili tužbe, u kojem slučaju će oštećenik imati pravo na zatezne kamate od dana nastanka štete. Kod neimovinske štete na odgovarajući način se primjenjuju odredbe o doprinosu oštećenika vlastitoj šteti i sniženju naknade koje vrijede za imovinsku štetu.<sup>128</sup>

## **7. IMOVINSKA I NEIMOVINSKA ŠTETA KOD POČINJENIH RATNIH ZLOČINA**

Kod počinjenja kaznenog djela ratnog zločina oštećenik ili oštećenici imaju pravo potraživati cjelokupno imovinsku i neimovinsku štetu koja im je prouzročena tom štetnom radnjom. Radit će se gotovo isključivo o naknadi štete u novcu na ime naknade imovinske štete i novčane satisfakcije za povredu prava osobnosti, odnosno na ime neimovinske (nematerijalne štete). S obzirom da su na teritoriju RH kaznena djela ratnog zločina počinjena za vrijeme trajanja rata, primjenjivat će se ZOO/91 koji je bio na snazi u to vrijeme. U svakom konkretnom slučaju oštećenici trebaju dokazati koja im je sve šteta počinjena i shodno tomu zatražiti naknadu štete u određenoj visini. Kao što je već navedeno, u slučaju postojanja odgovornosti države, jedina realna šansa za dobivanje cjelokupne naknade štete je njezino potraživanje od države. U tim bi slučajevima država trebala pokušati mirnim putem pokušati izvan sudskog spora namiriti štetu oštećenicima i time izvan spora brzo i učinkovito obeštetiti žrtve i oštećenike iz takvih štetnih događaja.<sup>129</sup> S druge strane, oštećenicima je također u interesu sklopiti nagodbe te tako izbjeći nove traume vođenja dugotrajnog postupka.

Imovinska (materijalna) šteta može se sastojati u oštećenju ili uništenju kuća ili stanova žrtava, oduzimanju pokretnina i sl. koja može biti obična šteta ili izmakla korist. Nadalje, imovinska šteta kod počinjenih ratnih zločina u slučaju smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja sastojat će se u pravilu od izgubljene zarade<sup>130</sup>, troškova

---

za razdoblje od saznanja za štetu, odnosno od dana kad ih je oštećena osoba pozvala na platež naknade štete ili od dana podnošenja tužbe. S druge strane *ratio* stajališta VSRH bio je da se nematerijalna šteta određuje prema kriterijima u vrijeme donošenja presude, slijedom čega je isključeno kumuliranje zatezne kamate od dana nastanka štete.

128 V. čl. 1106. i 1091. i 1092. ZOO.

129 Tako je RH postupila nakon pravomoćne kaznene presude radi počinjenja ratnog zločina u Gospiću od strane pripadnika oružanih snaga RH koji su odveli iz grada više osoba nakon čega su pronađeni ubijeni i gdje se radilo i o zapovjednoj odgovornosti. Obitelji ubijenih isplaćena je naknada štete u mirnom postupku, a RH je pokrenula regresne postupke protiv štetnika.

130 Izgubljena zarada buduća je imovinska šteta koja se sastoji u budućem gubitku zarade oštećenika zbog potpune ili djelomične nesposobnosti za rad zbog zadobivenih povreda ili narušenja zdravlja. Štetu u vidu izgubljene zarade može biti i u slučaju prouzročenja nečije smrti, ali tada se ne radi o budućoj imovinskoj šteti, nego o postojećoj šteti koja je već nastupila u razdoblju od štetnog događaja pa do smrti oštećenika. Izgubljena zarada također nije buduća imovinska šteta u slučaju gubitka zarade tijekom liječenja, a nakon čega se ostvaruje naknada štete, jer se u tom slučaju radi o postojećoj šteti. Ta vrsta buduće imovinske štete sastoji se od gubitka plaće kao stalnog primanja, ali također i od gubitka drugih primanja.

liječenja, gubitka uzdržavanja ili pomaganja<sup>131</sup>, trajnih potreba za tuđom pomoći i njegom,<sup>132</sup> kao i troškova zbog uništenih ili umanjениh mogućnosti daljnjeg razvijanja ili napredovanja<sup>133</sup>. U slučaju smrti oštećenika, članovi obitelji imaju pravo na naknadu troškova pogreba.<sup>134</sup> Naknada imovinske štete u slučaju smrti, tjelesne ozljede ili oštećenja zdravlja određuje se, u pravilu, u obliku novčane rente, doživotno ili za određeno vrijeme.<sup>135</sup> U svakom konkretnom slučaju, ovisno o zahtjevu oštećenika, odredit će se vrsta, obujam i visina imovinske štete koja je počinjena ratnim zločinom. Sudska praksa je prihvatila stajalište da se imovinska (materijalna) nenovčana šteta naknada prema cijenama u vrijeme donošenja presude sa zateznom kamatom od tog dana, a imovinska (materijalna) novčana sa zateznom kamatom od dana kada je šteta uklonjena, odnosno kada su učinjeni troškovi radi uklanjanja štete.<sup>136</sup>

Žrtve i oštećenici kaznenih djela ratnog zločina imaju pravo i na naknadu neimovinske (nematerijalne) štete ili pravične novčane satisfakcije zbog povrede prava osobnosti. U RH je od 2006. godine u primjeni nova koncepcija neimovinske štete kao integralne i jedinstvene neimovinske štete zbog povrede prava osobnosti,

131 Izgubljeno uzdržavanje ili pomaganje buduća je imovinska šteta koja se očituje u gubitku uzdržavanja ili pomaganja koje joj je pružala poginula osoba. Takvu štetu trpi i osoba koja je po zakonu imala pravo zahtijevati uzdržavanje od poginulog. Tu vrstu buduće imovinske štete ne trpe samo osobe koje su imale zakonsko pravo na uzdržavanje, već i one osobe koje je poginuli faktično uzdržavao ili pomagao. Stoga ZOO ne propisuje krug osoba koje mogu trpjeti tu vrstu štete, već je to faktično pitanje u svakom konkretnom slučaju. Da bi se radilo o toj vrsti štete mora biti ispunjena pretpostavka dužeg potpunog ili djelomičnog uzdržavanja ili pomaganja od strane poginulog, odnosno da oštećenik spada u krug osoba koje su imale po zakonu pravo na uzdržavanje od poginulog.

132 Oštećenik zbog zadobivenih povreda i oštećenja zdravlja može imati trajno povećane potrebe koje se mogu manifestirati na više načina. Te povećane potrebe najčešće se odnose na potrebu pojačane i specijalne prehrane u budućnosti, potrebu povećanih troškova za buduće liječenje, rehabilitaciju ili lijekove, potrebu tuđe pomoći i njege i sl. Tu vrstu buduće imovinske štete trpi oštećenik kojem je takva pomoć potrebna, a ne osobe koje mu pružaju pomoć i njegu. Oštećenik trpi tu vrstu štete i onda kad mu zbog povećanih potreba pomoć i njegu pružaju članovi obitelji besplatno.

133 Imovinska buduća šteta zbog uništene ili umanjene mogućnosti daljnjeg razvijanja i napredovanja očituje se u pravilu u gubitku zarade, jer oštećenik zbog zadobivenih povreda i narušenog zdravlja zbog štetne radnje nije u mogućnosti ostvariti daljnje napredovanje ili razvijanje koje bi mu omogućilo bolja primanja. U pravilu se radi o budućoj izvjesnoj šteti koja će po redovitom tijeku stvari sigurno nastati u budućnosti, kada bi se po redovitom tijeku stvari ostvarile pretpostavke za napredovanje i ostvarenje većih prihoda. U svakom konkretnom slučaju, s obzirom na redoviti tijek stvari prema stanju u vrijeme štetnog događaja, oštećenik treba dokazati da bi mu nastupila u budućnosti takva šteta. Imovinska buduća šteta zbog uništene ili umanjene mogućnosti daljnjeg razvijanja i napredovanja vrlo je slična gubitku zarade kao posebnoj vrsti imovinske buduće štete.

134 U te troškove spadaju i troškovi grobnog mjesta, nadgrobno spomenika, vjerskog obreda, crnine, vijenaca, karmina i sl., a sve u skladu s mjesnim običajima i mogućnostima prosječnih građana (v. odluke VSRH broj Rev-877/2010 od 27. svibnja 2010 i Rev-1251/08 od 3. ožujka 2010., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 1. veljače 2018.).

135 V. čl. 1088. ZOO, odnosno čl. 188. ZOO/91 i ZOO/BiH. Iznimno oštećenik može tražiti jedan ukupan iznos umjesto rente u slučaju postojanja ozbiljnih razloga (st. 5.).

136 V. npr. odluke VSRH broj Revt-14/05 od 9. veljače 2005., Revt-36/03 od 18. veljače 2004., <http://www.sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, očitavanje 1. veljače 2018.

prema kojoj su bivši vidovi nematerijalne štete samo kriteriji (mjerila), odnosno kvalifikatorne okolnosti po kojima sud određuje visinu pravične novčane naknade. Međutim, već je rečeno da su štetne radnje ratnih zločina počinjene u vrijeme važenja ZOO/91, koji ima iste odredbe kao današnji ZOO/BiH, slijedom čega se u RH na te štetne događaje i pričinjenu štetu primjenjuje ZOO/91.<sup>137</sup> Stoga će oštećenicima sukladno njihovim zahtjevima pripadati naknada nematerijalne štete za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda i časti; slobode ili prava ličnosti, smrti bliske osobe te za strah, pod uvjetom da okolnosti slučaja, a osobito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdavaju. Kod određivanja visine nematerijalne štete potrebno je imati u vidu sve konkretne okolnosti svakog slučaja, pri čemu sud uzima u obzir donesene orijentacijske kriterije,<sup>138</sup> ali koji nisu puka matematička formula prema kojoj se mora izračunavati naknada nematerijalne štete. U slučaju smrti ili osobito teškog invaliditeta<sup>139</sup> žrtve ratnih zločina, pravo na novčanu naknadu imaju članovi obitelji žrtve (bračni drug, djeca i roditelji), a izvanbračni drug samo pod uvjetom da je između njega i umrlog postojala trajnija zajednica života. Braća i sestre imaju pravo na naknadu nematerijalne štete samo u slučaju smrti i pod uvjetom da je između njih i pokojnog postojala trajnija zajednica života.<sup>140</sup> U svakom slučaju kod određivanja visine zatražene naknade nematerijalne štete žrtvama i oštećenicima ratnih zločina, sukladno važećem zakonu u vrijeme nastanka štetne radnje, potrebno je cijeliti sve okolnosti konkretnog slučaja, kao što su trajanje i intenzitet fizičkih bolova, sve neugodnosti liječenja, vrstu povreda, stupanj smanjenja životne aktivnosti, trajanje, intenzitet i trajne posljedice pretrpljenog strah ili naruženja, a u slučaju smrti ili posebno teškog invaliditeta žrtve stupanj povezanosti i bliskosti najbližih srodnika. Pritom orijentacijski kriteriji koje donosi najviši sud trebaju biti samo pomoćno sredstvo za individualiziranje svake konkretne nematerijalne štete. U RH je 2015. godine donesen Zakon o pravima žrtava seksualnog nasilja koji propisuje prava osoba, koje su između ostalog i žrtve ratnih zločina i kojima se priznaju određena prava uključujući i pravo na jednokratnu novčanu naknadu.<sup>141</sup>

137 To proizlazi iz odredbe čl. 1163. ZOO-a koja određuje da se ZOO ne primjenjuje na obvezne odnose koji su nastali prije njegovog stupanja na snagu.

138 U RH su Orijetacijski kriteriji i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete doneseni na sjednici Gradanskog odjela VSRH od 29. studenog 2002.

139 Pitanje naročito teškog invaliditeta faktično je pitanje koje se procjenjuje u svakom konkretnom slučaju s obzirom na sve okolnosti, s time da je sudska praksa znatno snizila kriterije što se može smatrati naročito teškim invaliditetom bliske osobe (v. npr. odluku VSRH broj Rev-157/87 od 20. listopada 1988., u Crnić, *op. cit.*, str. 911.).

140 Pitanje trajnije zajednice života također je faktično pitanje, i ne mora uvijek podrazumijevati zajedničko stanovanje, već je bitna povezanost braće i sestara (v. npr. odluku VSRH broj Rev-333/80 od 26. ožujka 1980., u Crnić, *op. cit.* str. 911.).

141 V. čl. 1., 2., i 24. Zakona o pravima žrtava seksualnog nasilja.



## **8. ZAKLJUČAK**

Ratni zločini su najteža kaznena djela čije su posljedice, između ostalog, imovinske i neimovinske štete pričinjene u pravilu većem broju oštećenih osoba. Naknada imovinske i neimovinske štete žrtvama kaznenih djela ratnih zločina jednako je važna kao samo procesuiranje i kažnjavanje počinitelja ratnih zločina te je potrebno osigurati pravo žrtava i oštećenika na brzu i učinkovitu mogućnost ostvarenja naknade štete. Osim štetnika, kod kaznenih djela ratnih zločina u pravilu će postojati odgovornost države za naknadu štete temeljem objektivne odgovornosti za ratne zločine koje su počinili njezini pripadnici oružanih i redarstvenih snaga ili državna tijela u obavljanju svojih funkcija.

Kod odgovornosti države za naknadu štete počinjene ratnim zločinom za koji postoji osuđujuća kaznena presuda protiv počinitelja, autor smatra da bi se i u odnosu na državu trebalo prihvatiti da nema zastare potraživanja naknade štete, a postoje i uvjerljivi argumenti da isto vrijedi i u svim onim slučajevima gdje je parnični sud utvrdio odlučujući o prethodnom pitanju da se radi o ratnom zločinu. Kod počinjenja kaznenog djela ratnog zločina, oštećenici imaju pravo potraživati cjelokupnu imovinsku i neimovinsku štetu koja im je prouzročena tom štetnom radnjom, pri čemu bi država u slučaju njene odgovornosti trebala u mirnom postupku podmiriti cjelokupnu prouzročenu štetu i time izvan spora brzo i učinkovito obeštetiti žrtve i oštećenike iz takvih štetnih događaja. U protivnom, u sudskom postupku treba s obzirom na zahtjev oštećenika utvrditi i individualizirati imovinsku i neimovinsku štetu u svakom konkretnom slučaju s obzirom na konkretne okolnosti te odrediti pravičnu naknadu imovinske i neimovinske štete koja će omogućiti barem djelomičnu satisfakciju i rehabilitaciju žrtvama jednih od najtežih kaznenih djela.

*LITERATURA*

1. Crnić, I.; *Zakon o obveznim odnosima, Napomene, komentari, sudska praksa i prilozi*, 3. izd., Organizator, Zagreb, 2006.
2. Gorenc, V.; *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRIF, Zagreb, 1998.
3. Horvatić, Ž., Derenčinović, D. i Cvitanović, L.; *Kazneno pravo opći dio I*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016.
4. Horvatić, Ž., Derenčinović, D. i Cvitanović, L.; *Kazneno pravo opći dio II*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2017.
5. Jug, J.; *Naknada buduće štete*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36., br. 1., 2015.
6. Kačer, H., Radolović, A. i Slakoper, Z.; *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Poslovni zbornik, 2006.
7. Klarić, P. i Vedriš, M.; *Građansko pravo*, 11 izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine d.d., Zagreb, 2008.
8. Munivrana Vajda, M.; *Međunarodni zločini prema novom Kaznenom zakonu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 19. br. 2/2012.

**Jadranko Jug\***

Summary

## **LIABILITY FOR DAMAGES AND REPARATION FOR HARM CAUSED BY WAR CRIMES**

War crimes are the most serious criminal offences, which in terms of their characteristics are related to violations of the rules of international law during a war, armed conflict and occupation. One of the consequences of the commission of war crimes is material and non-material harm, caused as a rule to a large number of people. Therefore liability for damages and reparation of the harm caused to the victims of war crimes is equally as important as the criminal prosecution of the perpetrators themselves. In the territory of the Republic of Croatia and neighbouring Bosnia and Herzegovina, wars and armed conflicts were waged in recent history, and war crimes were committed. Still today criminal proceedings and proceedings for payment of damages and reparation for the harm that was caused are being conducted against the perpetrators and the responsible persons. Regarding liability for damages for the war crimes committed, the state will very often appear alongside the wrongdoer as the responsible person, and as a result the question will arise of the expiration of the statute of limitations for reparation towards a state. It is also important to differentiate war damage and acts of terrorism from a possible war crime and, regarding payment of damages to victims of war crimes, it is necessary to conduct rapid and efficient compensation proceedings.

The subject of this paper is an analysis of the legislation and case law related to liability for damages and the harm caused by war crimes. The paper first explains the terminology and the differences between a war crime, war damage and an act of terrorism, and then liability is discussed for the harm caused by war crimes and reparation of that harm.

**Keywords:** *war crimes, war damage, act of terrorism, liability for harm, statute of limitations, reparation.*

---

\* Jadranko Jug, Ph. D., Judge of the Supreme Court of the Republic of Croatia; jadranko.jug@vsrh.hr.

### Zusammenfassung

## **SCHADENSHAFTUNG UND SCHADENERSATZ BEI DER BEGEHUNG VON KRIEGSVERBRECHEN**

Kriegsverbrechen stellen die schwierigsten Straftaten dar, deren Merkmale mit der Verletzung völkerrechtlicher Regeln in der Zeit der Kriege, bewaffneten Konflikte und militärischen Besetzung eng verbunden sind. Eine der Folgen der Kriegsverbrechen sind materielle und immaterielle Schäden, die in der Regel eine große Anzahl von Personen betreffen. Aus diesem Grund sind die Schadenersatzhaftung und der Schadenersatz selbst gleich wichtig wie die Strafverfolgung der Täter. In der Republik Kroatien und Bosnien und Herzegowina wurden während des Krieges und des bewaffneten Konflikts Kriegsverbrechen begangen und bis heute werden Straf- und Schadenersatzverfahren gegen Täter und andere haftende Personen geführt. Bei der Schadenersatzhaftung wird neben dem Schädiger sehr oft auch der Staat als haftende Person auftauchen, was zur Folge die Frage der Verjährung von Schadenersatzansprüchen hat. Ebenfalls wichtig ist es den Kriegsschaden und terroristischen Anschlägen von eventuellem Kriegsverbrechen zu unterscheiden, wobei das Verfahren des Schadenersatzes an Opfer von Kriegsverbrechen schnell und wirksam sein muss.

In dieser Arbeit werden die auf Schaden- und Schadenersatzhaftung bei Kriegsverbrechen bezogenen Rechtsregulative und Rechtsprechung analysiert. Einleitend werden in der Arbeit die Begriffe und die Unterschiede zwischen dem Kriegsverbrechen, Kriegsschaden und terroristischen Anschlägen erläutert, wonach man die Schadenshaftung bei der Begehung von Kriegsverbrechen sowie auch den Schadenersatz selbst bearbeitet.

***Schlüsselwörter:** Kriegsverbrechen, Kriegsschaden, terroristischer Anschlag, Schadenshaftung, Verjährung, Schadenersatz.*

### Riassunto

## **LA RESPONSABILITÀ PER I DANNI ED IL RISARCIMENTO DEI DANNI COMPIUTI MEDIANTE CRIMINI DI GUERRA**

I crimini di guerra sono i più gravi reati che per definizione sono collegati alla violazione delle regole internazionali in tempi di guerra, di conflitti armati e di occupazione. Una delle conseguenze della commissione di reati connessi a crimini di guerra sono rappresentati dai danni patrimoniali e non patrimoniali cagionati ad un numero elevato di persone. Pertanto, la responsabilità per i danni ed il risarcimento

dei danni alle vittime di reati di crimini di guerra è sì importante, quanto la condanna penale di coloro che li hanno commessi. Sul territorio della Repubblica di Croazia e della vicina Bosnia ed Erzegovina nella storia recente vi furono guerra e conflitti armati e si giunse alla commissione di reati di crimini di guerra, ma ad oggi continuano i processi penali ed i processi per i risarcimenti dei danni nei confronti di coloro che hanno commesso tali crimini e nei confronti dei responsabili. Con riguardo alla responsabilità per il risarcimento dei danni cagionati da crimini di guerra spesso oltre a colui che ha cagionato il danno, come soggetto responsabile compare anche lo stato e per l'effetto si pone la questione della prescrizione del risarcimento dei danni richiesti nei confronti dello stato. E' altresì importante distinguere i danni di guerra e gli atti terroristici rispetto agli eventuali reati di crimini di guerra, evidenziando che in caso di risarcimento del danno alle vittime dei reati di crimini di guerra è necessario procedere ad un procedimento di risarcimento veloce ed efficace.

L'oggetto del presente lavoro è l'analisi della disciplina giuridica e della giurisprudenza con riferimento alla responsabilità per i danni ed il risarcimento dei danni cagionati da crimini di guerra. Nel lavoro anzi tutto si espone la nozione e le differenze tra crimini di guerra, danno di guerra ed atto terroristico; mentre successivamente si disamina la responsabilità per i danni cagionati da crimini di guerra ed il risarcimento dei danni.

***Parole chiave:*** *crimini di guerra, danni di guerra, atto terroristico, responsabilità per i danni, prescrizione, risarcimento dei danni.*



## USTAVNOSUDSKI POGLED NA IZVRŠENJE PRESUDA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sanja Trgovac\*

Sidonija Grbavac\*\*

dr. sc. Sandra Marković\*\*\*

UDK 341.645.2(4)

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.21>

Ur.: 9. siječnja 2018.

Pr.: 19. veljače 2018.

Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U radu se navode nadzorni mehanizmi, ustanovljeni radi jamstva izvršenja presuda Europskog suda za ljudska prava i odluka o uvjetima prijateljskog rješenja spora. Ukazuje se na obveze koje iz tih presuda i odluka proizlaze za odgovorne države stranke te se naglasak stavlja na ustavnosudski aspekt ove značajne teme u okviru zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda. Naglašava se vrijeme koje je Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u primjeni u Republici Hrvatskoj te se ukazuje na važnost interpretativne uloge sudova, s posebnim osvrtom na Ustavni sud Republike Hrvatske i ESLJP-a. Tema se analizira pretežno s ustavnosudskog aspekta, nastavljajući se na temelje koje je u ovom području, u Republici Hrvatskoj, postavila Omejec, uvodeći na velika vrata Europski sud za ljudska prava u ustavne vidike i gradeći, uz sebe, okosnicu stručnjaka, praktičara i osoba kojima je ustavno pravo i ustavno sudovanje poziv, a ne samo profesionalna okupacija. Rezultat je to petnaestak godina analiziranja i stvaranja dijelova ustavnosudskog i ustavnopravnog mozaika ustavnog i konvencijskog prava. Temelje i upoznavanje s izvršenjem presuda ESLJP-a pronalazimo u stalnom štitu na stolu, konvencijskim pravom angažiranog pravnika, knjizi autorice Omejec, kojom je detaljno analiziran strasbourgški *acquis*. Stoga se u ovom radu, upućujući na to nezaobilazno štivo, nastavlja sa stajalištima Ustavnog suda i utjecajem riječi ESLJP-a.*

**Ključne riječi:** *Ustavni sud, Europski sud za ljudska prava, praksa, vladavina prava, Ustav, Konvencija, Odbor ministara.*

\* Sanja Trgovac, dipl. iur., viša ustavnosudska savjetnica-mentorica; [sanja\\_trgovac@usud.hr](mailto:sanja_trgovac@usud.hr).

\*\* Sidonija Grbavac, dipl. iur., odvjetnica u Zagrebu; [sidonija.grbavac@gmail.com](mailto:sidonija.grbavac@gmail.com).

\*\*\* Dr. sc. Sandra Marković, odvjetnica u Zagrebu; [sandra\\_68\\_m@hotmail.com](mailto:sandra_68_m@hotmail.com).

## 1. UVOD

Vladavina prava, kao jedna od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustav)<sup>1</sup>, kroz razmatranja ustavnih, a potom i konvencijskih prava, provlači se kao nit koja povezuje našu profesionalnu preokupaciju analiziranja raznih aspekata ustavnog i konvencijskog prava. Brojni su međunarodni instrumenti koji pridonose zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Jedan od njih, na temelju kojeg promatramo razvoj međunarodnih standarda zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, i u praksi sudova i u teoriji, svakako je Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija).<sup>2</sup> Konvencija je utvrdila poseban sustav odgovornosti države, koji se ne iscrpljuje samo u tome da se presudom Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (u daljnjem tekstu: ESLJP) utvrdi povreda konvencijskog prava, nego da država snosi odgovornost i za repariranje posljedica takve povrede.<sup>3</sup> Svrha mehanizma zaštite ljudskih prava i sloboda na području Europe nije samo utvrđivanje povrede konvencijskog prava. Presudom ESLJP-a postupak zaštite ljudskih prava se ne dovršava, ona je polazna točka postupka koji bi trebao učiniti prava i slobode zajamčene Konvencijom stvarnim i djelotvornim.<sup>4</sup> Danas više nego prije, posebice nakon stupanja na snagu Protokola br. 14 (1. lipnja 2010.), izvršenje presuda ESLJP-a smatra se ključnim elementom koji će unaprijediti europski sustav zaštite ljudskih prava.<sup>5</sup> Potpuno izvršenje presuda povećat će njihovu učinkovitost te pridonijeti

- 1 Članak 3. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, broj 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.
- 2 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02. i 1/06.
- 3 O pitanjima održivosti konvencijskog sustava J. Omejec ističe: "Potaknuti uočenim problemima koji ugrožavaju ostvarenje temeljenih ciljeva zbog kojih je konvencijski sustav zaštite ljudskih prava stvoren, na trećem samitu Vijeća Europe, održanom u Varšavi 16. i 17. svibnja 2005., čelnici država i vlada odlučili su osnovati Skupinu mudrih ljudi (Group of Wise Persons), sastavljenu od eminentnih pravnih stručnjaka, koja bi trebala razmotriti korake što bi se trebali poduzeti radi osiguranja daljnje održivosti nadzornog sustava Konvencije, a osobito daljnjeg nesmetanog rada Europskog suda.(...)". Jasna Omejec, Vijeće Europe i Europska unija – institucionalni i pravni okvir, Novi informator, Zagreb, 2008., str. 271. i 272.
- 4 ESLJP, npr. u presudi *Oluić protiv Hrvatske* od 20. svibnja 2010., (zahtjev br. 61260/08), navodi: "47. Sud ponavlja da je namjera Konvencije jamčiti prava koja su "praktična i djelotvorna", a ne "teorijska i iluzorna" (vidi, između mnogo drugih izvora, predmet *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, 24. lipnja 1993., Series A br. 260-B, § 42)."
- 5 Zoran Burić, "Obveza izvršenja konačnih presuda Europskog suda za ljudska prava – u povodu odluke i rješenja Ustavnog suda Republike Hrvatske broj UIII-3304/2011 od 23. siječnja 2013.", Zagrebačka pravna revija, vol.2, br.1, travanj 2013., str. 110 (<http://revija.pravo.unizg.hr/index.php/zpr>, pregledano 12. prosinca 2017.), navodi: "Pravna obvezatnost konačnih presuda Europskog suda za ljudska prava (dalje: Europski sud) utemeljena je na odredbi članka 46. stavka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija, Konvencija). Sukladno toj odredbi, "visoke se ugovorne stranke obvezuju da će se podvrgnuti konačnoj presudi Suda u svakom sporu u kojem su stranke". Tom odredbom učinci konačne presude Europskog suda ograničeni su na stranke u sporu pred Europskim sudom, odnosno djeluju *inter partes*. Sama Konvencija ne priznaje konačnim presudama Europskog suda učinak *erga omnes*, odnosno Konvencija ne predviđa pravnu obvezatnost presuda



smanjenju broja predmeta pred ESLJP-om.<sup>6</sup> Države su, naime, obvezne poduzeti ne samo mjere u odnosu na osobu kojoj je utvrđena povreda konvencijskog prava, nego i opće mjere, kako bi se izbjeglo ponavljanje sličnih povreda u budućnosti. Presude ESLJP-a, u kojima taj sud utvrdi povredu Konvencije, deklaratorne su naravi. ESLJP nema ovlast ukinuti presude domaćih sudova niti ukinuti domaći propis, već jedino može utvrditi povredu nekoga konvencijskog prava. ESLJP tumači i neposredno primjenjuje Konvenciju.<sup>7</sup> Međutim, u skladu s načelom supsidijarnosti ostavlja se odgovornim državama da odrede potrebne mjere za izvršenje takve presude. Primarno su one odgovorne za postupak izvršenja, a smatra se da su državne vlasti te koje kvalitetnije mogu procijeniti i odlučiti koje mjere treba poduzeti unutar svog pravnog sustava. Nadzor nad izvršenjem presuda i odluka ESLJP-a povjeren je Odboru ministara Vijeća Europe, najvažnijem političkom, regulatornom i izvršnom tijelu Vijeća Europe.<sup>8/9</sup> Odgovornost za primjenu Konvencije tako dijele ESLJP, države i Odbor ministara. Važnost ove teme prepoznajemo ponajprije u činjenici da

---

Europskog suda i za one ugovorne stranke koje nisu bile stranke u konkretnom postupku pred Europskim sudom. (...). Ipak, danas prevladava shvaćanje da konačne presude Europskog suda imaju i (barem *de facto*) *erga omnes* učinak. (Bilješka 4. “Zupančić, Boštjan M., Constitutional Law and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Attempt at a Synthesis, German Law Journal, br. 2/2001, § 4, dostupno na: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=30> (11. III. 2013.).”)

6 Jasna Omejec, “Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, strasbourgški *acquis*”, 2. dopunjeno izd., Novi informator, Zagreb, 2014., str. 403. navodi: “Slično razvitku sustava sudskog nadzora nad primjenom Konvencije, razvitak sustava nadzora nad izvršenjem presuda Europskog suda može se podijeliti u dva povijesna razdoblja. Prvo razdoblje trajalo je od 1954. do 1. 11. 1998., to jest do stupanja na snagu Protokola br. 11, kad započinje drugo razdoblje.”

7 Vidi: članci 19. i 32. stavak 1. Konvencije.

8 Vijeće Europe (VE) je regionalna (europska) međunarodna organizacija političkog karaktera, koja djeluje na načelima institucionalizirane suradnje zasnovane na međunarodnom ugovoru javnopravne naravi koji sklapaju suverene države. Osnovana je 5. svibnja 1949. u Londonu. Iako se ubraja u tradicionalne međunarodne organizacije pojedini autori smatraju da ima elemente nadnacionalne organizacije, ponajprije zbog toga što su države članice prenijele na ESLJP dio svoje sudbene jurisdikcije. Hartley smatra da se VE može smatrati novom vrstom ojačane međunarodne organizacije koja ima stvarnu moć nad svojim državama članicama, iako manje naprednom od EU-a. Prema Hartleyu najvažnije obilježje tradicionalne međunarodne organizacije je to da je ona u biti samo jedan od oblika institucionalizirane međudržavne suradnje. Počiva na načelu da nijedna država članica ne može biti obvezana na nešto bez svoje suglasnosti. Ukoliko se odluke usvajaju većinom glasova, one predstavljaju samo deklaracije. Ako odluke trebaju imati “zube” tada na njih mora dati suglasnost svaka država članica. Više u: Jasna Omejec: Vijeće Europe i Europska unija – institucionalni i pravni okvir, op. cit., str. 50.-52.

Odbor ministara čine ministri vanjskih poslova država članica. Imaju svoje zamjenike, koji su u pravilu osobe povezane sa Strasbourgom (poput veleposlanika ili stalnog predstavnika). U ime RH to je Miroslav Papa, izvanredni i opunomoćeni veleposlanik. Odbor ministara zasjedna na razini ministara (jednom godišnje) i na razini zamjenika (oni zasjedaju 3 puta mjesečno, srijedom; posebne sastanke 4 puta godišnje po nekoliko dana imaju u vezi s izvršenjem presuda ESLJP-a) Vidi: <http://www.coe.int/en/web/portal/home> (pregledano 5. studenog 2017.).

9 Vidi i: Matthias Herdegen, *Europsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2003., str. 10. i dr.

o izvršenju presuda ESLJP-a ovisi i djelotvornost i učinkovitost sadržaja i značaja zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, koji proizlaze iz Konvencije. Ona je živi organizam te stajališta koja iščitavamo iz presuda i odluka ESLJP-a, bitno nadograđuju zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.<sup>10</sup> Konvencija je stupila na snagu, za Republiku Hrvatsku<sup>11</sup> 5. studenoga 1997. Dakle, dvadeset je godina njezine primjene u Republici Hrvatskoj.<sup>12</sup> Presude ESLJP-a imaju dalekosežne posljedice.<sup>13</sup> Uz veliki značaj kojeg imaju za pojedinca, podnositelja zahtjeva, kojim je utvrđena povreda nekoga konvencijskog prava te presude zahtijevaju i sustavne promjene da bi se spriječila buduća kršenja ljudskih prava i temeljnih sloboda. U presudi *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>14</sup> veliko vijeće ESLJP-a objasnilo je bitna obilježja djelovanja konvencijskoga nadzornog sustava. U presudi se navodi: “Sud ističe da je mehanizam zaštite ustanovljen Konvencijom supsidijaran u odnosu prema nacionalnim sustavima zaštite ljudskih prava (...) Konvencija ostavlja svakoj državi

10 Ističemo važnost sudskog aktivizma, što opetovano ponavljamo u radovima, naglašavajući važnost interpretacije zakona, ali i Ustava i Konvencije.

Arsen Bačić, u: Vladavina prava i institucije kontrole ustavnosti zakona, Savjetovanje “Interpretativna uloga ustavnog suda”, Novi Vinodolski, 27. – 29. rujna 2000., str. 18., navodi: “Marshalovom interpretacijom Ustava otvoren je proces afirmacije sudske revizije (*judicial review*) kao oblika interveniranja sudaca u značajne kontroverze američke društvene zbilje. Sud je interpretirajući Ustav sebe pozicionirao kao čimbenika determinacije ultimativne granice Kongresnog autoriteta. Time su se naposljetku i obistinile riječi A. Hamiltona da su “zakoni mrtva slova bez sudova koji ih šire i definiraju njihovo pravno značenje i operaciju.(...)”.

Branko Smerdel, O ustavima i ljudima, Uvod u ustavnopravnu kazuistiku, Novi informator, Zagreb, 2012., str. 167. navodi: “Veliki su izazovi pred nama u svjetlu iskustva sudskog aktivizma u Sjedinjenim Američkim Državama i u Europi. Velike su i opasnosti koje ta praksa sa sobom donosi. No, kod nas je to daleka, premda neizbježna, budućnost.”

11 Ističemo riječi Željka Potočnjaka i Mirjane Stresec, u: Europski sud za ljudska prava i Ustavni sud Republike Hrvatske u zaštiti ljudskih prava, (Hrvatsko ustavno sudovanje *de lege lata* i *de lege ferenda*, ur. Jakša Barbić, Zagreb, 2009., str. 212.:”Navedeni mehanizam zaštite supsidijarne je naravi jer je jedan od uvjeta za podnošenje zahtjeva Europskom sudu iscrpljenost dopuštenog pravnog puta zaštite povrijeđenog prava u državi potpisnici Konvencije protiv koje se zahtjev podnosi. Dakle, visoka ugovorna strana Konvencije dužna je osigurati primjenu Konvencije na svom teritoriju prvenstveno putem svojih tijela državne i javne vlasti, i to na način kako Konvenciju tumači Europski sud.”

12 Jasna Omejec navodi: “Štoviše, sama Konvencija postala je “kamen temeljac” europskog političkog okružja (*keystone of the European political framework*) upravo zbog toga što izvršenje svake pojedine presude Europskog suda u kojoj je utvrđeno da je određena država stranka povrijedila Konvenciju, kao i svake odluke o prijateljskom rješenju spora između tužene države stranke i podnositelja zahtjeva, pažljivo i sustavno prate ostale države stranke kroz svoje predstavništvo u Odboru ministara Vijeća Europe (u daljnjem tekstu: Odbor ministara), najvažnijem političkom, regulatornom i izvršnom tijelu (*decision-making body*) te međunarodne organizacije koje je osnovano njezinim Statutom.(...)”, Jasna Omejec, Izvršenje presuda i odluka Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol.62, br. 5-6, 2012., str. 1915.

13 Vidi: Sandra Marković i Sanja Trgovac, Postupak izvršenja presude Europskog suda za ljudska prava pred domaćim tijelima – ustavnosudski aspekt, Hrvatska pravna revija, listopad 2016., str. 1.

14 *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda (plenarna sjednica), 7. prosinca 1976., zahtjev br. 5493/72.

ugovornici, na prvom mjestu, zadaću osiguravanja prava i sloboda što ih ona jamči. Institucije njome stvorene daju svoj vlastiti doprinos toj zadaći, ali one se uključuju samo kroz postupak u kojem se odlučuje o predmetu spora (*contentious proceedings*) i jednom kad sva domaća pravna sredstva budu iscrpljena (...)”<sup>15</sup> Analizirajući, prvenstveno razvoj interpretacije ustavnih prava u praksi Ustavnog suda, dugi niz godina ukazujemo na važnost konvencijskog prava i stajališta ESLJP-a na smjer razvoja ustavnog sudovanja. Kroz primjere razvoja primjene i tumačenja pojedinih ustavnih prava naglašavamo važnost prihvaćanja konvencijskog i ustavnog prava od strane šire pravne struke, kroz primjenu, u konkretnim predmetima, europskih standarda zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, ne stavljajući na sporedni trak ostalo nacionalno zakonodavstvo i domaću sudsku praksu.<sup>16</sup>

## 2. PRIMARNA ODGOVORNOST DRŽAVA ČLANICA

Države, ugovorne stranke Konvencije obvezale su se osigurati svakoj osobi pod svojom jurisdikcijom prava i slobode zajamčene Konvencijom (čl. 1.) i podvrgnuti se konačnoj presudi ESLJP-a u svakom sporu u kojem su stranke (čl. 46. st. 1. Konvencije<sup>17</sup>).<sup>18</sup> Za postupak izvršenja presude primarno su odgovorne države

15 Jasna Omejec, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, strasbourgški *acquis*, op. cit., str. 39., navodi: “U odluci *Srbić protiv Hrvatske* (2011.) Europski sud podsjetio je na slobodu država stranaka da uredi primjenu Konvencije u svojim nacionalnim pravnim porecima na način koji će osigurati njezinu djelotvornu provedbu. “Sud ponavlja da je sustav zaštite ljudskih prava, koji je stvorila Konvencija, supsidijaran nacionalnim sustavima koji štite ljudska prava. Konvencija ne postavlja državama članicama nijedan zadani način na koji bi u svom unutarnjem pravu trebale osigurati djelotvornu provedbu Konvencije. Izbor najprikladnijeg sredstva da se to postigne u načelu je na domaćim vlastima, koje su u stalnom kontaktu s djelatnim vlastima (*functioning authorities*) svojih zemalja i u boljem su položaju da ocijene mogućnosti i resurse koje im daju njihovi domaći pravni sustavi (vidjeti *Swedish Engine Drivers’ Union protiv Švedske*, 6. veljače 1976., § 50.,...; *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [W], br. 27238/95, § 91. ECHR 2001-1 i *Sisojeva i drugi protiv Latvije* [W], br. 60654/00, § 90., ECHR 2007-11).”

16 Ivana Radačić u: Usklađenost hrvatskog zakonodavstva i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 2011. godina, u predgovoru, str. 8., navodi: “Jedan od razloga slabe primjene Konvencije jest nepoznavanje standarda Suda, koji se razvijaju kroz sudsku praksu. Naime, kolegiji o ljudskim pravima još uvijek nisu redovit dio kurikulumu svih pravnih fakulteta u Hrvatskoj, a sporadična je i obuka sudaca i drugih državnih organa o standardima Suda, iako se u zadnje vrijeme čine veći naponi u tom smjeru. Nadalje, postoji manjak literature o toj temi na hrvatskom jeziku, a prevode se samo presude protiv Hrvatske. (...)”

17 Članak 46. Konvencije u mjerodavnom dijelu propisuje:  
“1. Visoke se ugovorne stranke obvezuju da će se podvrgnuti konačnoj presudi Suda u svakom sporu u kojem su stranke.

2. Konačna presuda Suda dostavlja se Odboru ministara, koji nadzire njezino izvršenje.”  
18 “Presude Europskog suda za ljudska prava obvezuju državu na koju se odnose. Obveza država da izvrše presude Europskog suda propisana je čl. 46. st. 1. Konvencije, a obveza ispunjenja uvjeta prijateljskih rješenja čl. 39. st. 4. Konvencije.”, navodi se na stranici <https://uredzastupnika.gov.hr/izvršenje-presuda-europskog-suda-za-ljudska-prava-138/138>. (pregledano 12. prosinca 2017.).

članice. Kadgod ESLJP utvrdi povredu, za državu nastaje trostruka obveza: prestati s povredom, reparirati njezine posljedice tako da uspostavi koliko je to moguće situaciju koja je postojala prije povrede i osigurati da se te povrede ne ponavljaju. Obveza poštovanja presuda sastoji se, dakle, od dva elementa. Prvo u pogledu osobne situacije podnositelja zahtjeva, pri čemu je glavna obveza poduzeti mjere koje će ga koliko je to moguće vratiti u položaj u kojem bi bio da se povreda nije dogodila (*restitutio in integrum*) i drugo, na općoj razini, pri čemu je glavna svrha tih mjera spriječiti daljnje slične povrede.<sup>19</sup> Riječ je o pojedinačnim (individualnim) i općim mjerama za izvršenje presude ESLJP-a, na koje ESLJP upućuje poslije presude *Scozzari i Giunta protiv Italije iz 2000.*<sup>20</sup> Ti oblici uklanjanja štetnih posljedica povreda Konvencije samo su nadogradnja na dodjeljivanje novčanih naknada podnositeljima, a ne njihova zamjena. Potrebno je napomenuti da novčanu naknadu ESLJP neće dodijeliti automatski u svakom slučaju u kojem utvrdi povredu konvencijskog prava. Prema nekim autorima (npr. Omejec) pravno područje vezano uz institut pravične naknade (koji je širi pojam od puke novčane naknade) jedno je od najsloženijih i najmanje istraženih područja konvencijskog prava.

Za ovo razmatranje bitno je i stajalište ESLJP-a u presudi *Öcalan protiv Turske*.<sup>21</sup> Predmet je to u kojem je 2005. godine veliko vijeće utvrdilo da postupak koji se

19 "Praćenje i zagovaranje izvršenja presude bitan je način na koji se može postići promjena u zaštiti ljudskih prava. Presude ESLJP-a konkretno su oruđe za zagovaranje. Kroz presude ESLJP-a mogu se zagovarati konkretne promjene zakona, politika i prakse u različitim područjima ljudskih prava, od uvjeta u zatvorima, zabrane diskriminacije, slobode izražavanja, od prava na stanovanje i prava na privatnost. Presude ESLJP-a i njihov nadzor dovele su do promjena u vezi s uvjetima u pritvorima i zatvorima, slobodom udruživanja za organizacije civilnog društva, medijskim slobodama, i pravima ranjivih skupina kao što su Romi, nedržavljeni, etničke, vjerske ili spolne manjine, u mnogim dijelovima Europe.", u: Nadziranje izvršenja presuda Europskog suda za ljudska prava, Priručnik za organizacije civilnog društva, autorice: Bašak Čali i Nicola Bruch, svibanj 2011., str. 5.

Nadalje, u istom radu se na pitanje: "Nije li izvršenje presuda Europskog suda za ljudska prava obveza državnih tijela?", odgovara: "Jest, države imaju međunarodno-pravnu obvezu izvršavati presude ESLJP-a. Međutim, to što države trebaju izvršavati presude ne znači da to stvarno uvijek i čine. Države nevoljko i sporo izvršavaju presude koje su politički nepopularne, kontroverzne ili složene za izvršiti. Također, države mogu krivo izvršavati presude zbog nerazumijevanja zahtjeva koje presuda postavlja ili nepoznavanja situacije na terenu. Nadalje, države mogu pristupiti postupku izvršenja sa stavom da će "učiniti najmanje moguće". Navedeno upućuje na važnu ulogu OCD-a u praćenju izvršenja ESLJP-a" (str. 5.).

20 U presudi *Scozzari i Giunta protiv Italije od 13. srpnja 2000.* (zahtjevi br. 39221/98 i 41963/98.) veliko vijeće navodi: "(...) člankom 46. Konvencije visoke ugovorne stranke obvezane su podvrgnuti se konačnoj presudi Suda u svakom sporu u kojem su bile stranke, čije izvršenje nadzire Odbor ministara. Slijedi, *inter alia*, da presuda u kojoj je Sud našao povredu nameće odgovornoj državi pravnu obvezu ne samo da plati onaj iznos koji je određen na osnovi pravedne naknade, nego i da izabere, pod nadzorom Odbora ministara, opće i/ili, ako je primjereno, pojedinačne mjere koje će biti prihvaćene u njihovu domaćem pravnom poretku kako bi se otklonila povreda koju je našao Sud i otklonili koliko god je moguće (njezini) učinci (...) Nadalje, podvrgnuta nadzoru Odbora ministara, odgovorna država ostaje slobodna izabrati sredstva kojima će ispuniti svoju pravnu obvezu iz članka 46. Konvencije, pod uvjetom da su ta sredstva u skladu sa zaključcima navedenima u presudi Suda."

21 *Öcalan protiv Turske*, presuda (VV), 12. svibnja 2005., zahtjev br. 46221/99

vodio pred Sudom državne sigurnosti u Turskoj, gdje je podnositelj zahtjeva osuđen na smrtnu kaznu, nije bio u suglasnosti s člankom 6. Konvencije.<sup>22</sup> Domaći sudovi, nakon toga, odbacili su podnositeljev zahtjev za ponavljanje postupka na osnovi te presude. Podnositeljev odvjetnik potom je od Odbora ministara tražio da u postupku izvršenja presude velikog vijeća iz 2005., zajamči ponovljeno suđenje pred domaćim sudovima. Ovdje je bitno istaknuti da je Odbor ministara (15. veljače 2007.) zatvorio postupak nadzora nad izvršenjem presude, uz utvrđenje da je Turska, presudom suda u Istanbulu, ispunila obveze na temelju članka 46. Konvencije. Potom je podnositelj ponovno podnio zahtjev ESLJP-u, istaknuvši da presuda velikom vijeća ESLJP-a iz 2005. nije pravilno izvršena. ESLJP je odbacio taj zahtjev 2010. godine, u skladu s člankom 46. Konvencije. Naveo je da je zadaća Odbora ministara, a ne ESLJP-a ispitivanje pridržavaju li se države presuda ESLJP-a.<sup>23</sup>

### 2.1. Pojedinačne mjere

Pojedinačne mjere sastoje se od plaćanja pravične naknade<sup>24</sup> koju je ESLJP eventualno dosudio na temelju članka 41. EKLJP-a<sup>25</sup> i od poduzimanja drugih mjera

22 U presudi je utvrđena povreda prava na pošteno suđenje zbog problema vezanih uz posjete odvjetnika i povredu prava na neovisan i nepristran sud zbog nazočnosti vojnog suca u dijelu sudskog postupka. Veliko vijeće je u presudi izrijekom uputilo na mjeru koja bi mogla biti prikladna za ispravljanje utvrđenih povreda.

23 Ócalan protiv Turske, odluka, 6. srpnja 2010., zahtjev br. 5980/07.

24 Jasna Omejec, u Konvencija, op. cit., na str. 304., navodi: "Ukratko, dotadašnja metoda, koja se u praksi Europskog suda primjenjivala do 2009. godine, zasnivala se na pravilu da se iznos pravedne (novčane) naknade temelji na tržišnoj vrijednosti zemljišta, koja se usklađuje s inflacijom i povećava sukladno povećanju njegove vrijednosti zbog izgradnje na njemu koju su poduzeli korisnici izvlaštenja. Ta je metoda izračuna naknade prvi put ustanovljena u presudi *Papamichalopoulos i drugi protiv Grčke (pravedna naknada - članak 50.)* (1995.).<sup>(...)</sup> Nova metoda, ustanovljena u predmetu *Guiso-Gallisay protiv Italije* (2009.), zasniva se na tržišnoj vrijednosti zemljišta prema stanju na dan kad su podnositelji ustanovili s pravnom sigurnošću da su izgubili pravo vlasništva na njemu i taj se iznos povećava za kamate, računajući do dana kad je donesena presuda Europskog suda, te se umanjuje za sve naknade koje su već plaćene. Primjenom te metode, u predmetu *Guiso-Gallisay protiv Italije (pravedna naknada)* (2009.) veliko vijeće dosudilo je trojici podnositelja zahtjeva ukupno 2.100.000,00 eura na ime naknade za imovinsku štetu, uvećane za sve pripadajuće poreze. Osim toga, 45.000,00 eura bilo je dosuđeno podnositeljima na ime "gubitka mogućnosti" (*loss of opportunities*), to jest štete uzrokovane nedostupnošću zemljišta u razdoblju od početka nezakonite okupacije zemljišta (1977.) do datuma kad su izgubili vlasništvo na njemu (1983.), koji je iznos bio umanjn za iznos plaćen podnositeljima na nacionalnoj razini na ime kompenzacije za okupaciju zemljišta. Podnositeljima je priznata i naknada za neimovinsku štetu u iznosu od 45.000,00 eura i 35.000,00 eura troškova i izdataka. (...) U presudi *Alenet de Ribemont protiv Francuske* (1995.) Sud je dodijelio podnositelju zahtjeva dva milijuna francuskih franaka "za štetu", ne praveći razliku između imovinske i neimovinske štete. U obrazloženju presude naveo je da je "zahtjev za kompenzaciju imovinske štete djelomično opravdan" te da je podnositelj "nesporno pretrpio neimovinsku štetu" (§ 62. presude). U postupku pokrenutom na temelju zahtjeva podnositelja za tumačenje navedenog dijela presude, Komisija je postavila Sudu i pitanja o razlici između pravednih (novčanih) naknada za imovinsku odnosno za neimovinsku štetu (§ 20. presude)."

25 Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutarnje pravo

kojima bi se situacija podnositelja vratila u onaj položaj u kojem bi bio da se povreda nije dogodila. Najčešće je to ponavljanje postupka za koji je utvrđeno da je bio nepravilan, zatim provedba neizvršene presude nacionalnih sudova, uspostava kontakta između djece i roditelja nezakonito razdvojenih, ili opoziv naloga za protjerivanje izdanog protiv stranca kojemu bi prijetila stvarna opasnost od mučenja ili zlostavljanja u zemlji povratka. U pojedinačne mjere spadaju i ubrzanje ili okončanje postupka koji traje pred domaćim tijelima, puštanje pritvorenika na slobodu ili premještanje u primjereniju ćeliju, mjere vezane uz povrat ili pristup imovini, odobrenje prebivališta, uništenje spornih slika ili informacija. Jedna od najznačajnijih pojedinačnih mjera nedvojbeno je omogućavanje da se domaći sudski postupak koji je rezultirao povredom konvencijskog prava ponovi ili obnovi. U predmetu *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) protiv Švicarske (br. 2)*,<sup>26</sup> ESLJP je sažeo najvažnija načela na kojima se temelji izvršenje njegovih presuda, pri čemu je osobitu pažnju poklonio pojedinačnoj mjeri ponavljanja postupka pred nadležnim domaćim tijelima, nakon što u svojoj presudi utvrdi povredu Konvencije. ESLJP je ponovio da se Konvencija mora čitati kao cjelina. U kontekstu konkretnog slučaja, ispitivanje, je li došlo do nove povrede (engl. *fresh violation*) članka 10. Konvencije mora se uzeti u obzir važnost konvencijskog sustava djelotvornog izvršenja presuda Suda u skladu s člankom 46. Konvencije. ESLJP je istaknuo da je jedno od najznačajnijih obilježja konvencijskog sustava to što uključuje mehanizam za nadziranje pridržavanja odredaba Konvencije. Prema tome, Konvencija ne zahtijeva samo da države stranke paze (engl. *observe*) na prava i obveze koji iz nje proizlaze, već osniva i sudsko tijelo, ESLJP, koje je ovlašteno da utvrđuje povrede Konvencije u konačnim presudama kojima su države stranke pristale biti vezane (članak 19. u vezi s člankom 46. stavkom 1. Konvencije). Uz to, ustanovljuje mehanizam za nadzor nad izvršenjem presuda za koji je odgovoran Odbor ministara (članak 46. stavak 2. Konvencije). Takav mehanizam, ističe ESLJP, pokazuje važnost djelotvorne implementacije presuda. Što se tiče zahtjeva članka 46. Konvencije, ESLJP je uočio da je odgovorna država za koju je utvrđeno da je prekršila Konvenciju ili njezine protokole obvezna pridržavati se (engl. *to abide by*) odluka ESLJP-a u svakom slučaju u kojem je stranka. Drugim riječima, potpun ili djelomičan propust da se izvrši presuda ESLJP-a može dovesti do međunarodne odgovornosti države stranke. Ta će država stranka biti obvezna ne samo platiti onima kojih se tiče iznos koji im je dodijeljen na ime pravedne zadovoljštine, nego i poduzeti pojedinačne i/ili, bude li prikladno, opće mjere u svom domaćem pravnom poretku kako bi okončala povredu koju je ESLJP utvrdio i ispravila posljedice, čiji je cilj da se podnositelj zahtjeva, koliko god je moguće, vrati u položaj u kojem bi bio da zahtjevi Konvencije nisu bili zanemareni.<sup>27</sup> Te obveze izražavaju načela međunarodnog prava da je država koja je odgovorna za nevaljani čin (engl. *wrongful act*) obvezna provesti restituciju koja se

zainteresirane visoke ugovorne stranke omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu povrijeđenoj stranci.

26 Presuda *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) protiv Švicarske (br. 2)* veliko vijeće, 30. lipnja 2009., (zahtjev br. 32772/02).

27 Vidjeti: "među mnogim drugim izvorima, *Scozzari i Giunta protiv Italije* [VV], br. 39221/98 i 41963/98, § 249., ECHR 2000-VIII i *Assanidze protiv Gruzije* [VV], br. 71503/01, § 198., ECHR 2004-II). cit. iz presude.

sastoji u uspostavi (engl. *restoring*) situacije koja je postojala prije no što je nevaljani čin učinjen, pod uvjetom da restitucija nije “materijalno nemoguća” (engl. *materially impossible*) i da “ne uključuje teret preko svih razmjera u odnosu prema koristi koja izvire iz restitucije umjesto kompenzacije” (engl. *burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation*). Drugim riječima, iako je restitucija pravilo, mogu postojati okolnosti u kojima je odgovorna država izuzeta (exempted), potpuno ili djelomično, od te obveze, pod uvjetom da može pokazati kako takve okolnosti postoje. U svakom slučaju, od odgovornih se država zahtijeva upoznati Odbor ministara s detaljnim, najnovijim informacijama o napredovanju u postupku izvršenja presuda koje su za njih obvezujuće. ESLJP je naglasio obvezu država da provode ugovore u dobroj vjeri, kao što je posebno zabilježeno u trećem stavku preambule i u članku 26. Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969. ESLJP je u presudi istaknuo da, iako podvrgnute nadzoru Odbora ministara, odgovorne države u načelu ostaju slobodne izabrati sredstva kojima će ispuniti svoje obveze iz članka 46. stavka 1. Konvencije, pod uvjetom da su takva sredstva suglasna sa zaključcima iznesenima u presudi ESLJP-a. Ipak, u određenim posebnim okolnostima, ESLJP je smatrao korisnim naznačiti odgovornoj državi vrstu mjera koje bi mogle poduzeti kako bi okončale situaciju, često sistemsku, iz koje je proizašlo utvrđenje povrede.<sup>28</sup> ESLJP je istaknuo da ponekad priroda povrede čak ne daje nikakav izbor kad je riječ o mjerama koje se moraju poduzeti.<sup>29</sup> Posebno kad je riječ o ponavljanju postupaka, jasno je da ESLJP nema jurisdikciju naložiti takve mjere.<sup>30</sup> Međutim, kad je pojedinac osuđen u postupku u kojem su učinjene povrede zahtjeva članka 6. Konvencije, ESLJP može naznačiti da je ponovno suđenje ili ponovno otvaranje slučaja (engl. *reopening of a case*), zahtijeva li se, u načelu prikladan način ispravljanja povrede.<sup>31</sup> To je u skladu sa smjernicama Odbora ministara, koji je u Preporuci R(2000)2 pozvao države članice Konvencije da uvedu mehanizme za preispitivanje slučaja i ponavljanje postupaka na domaćoj razini, utvrđujući da su takve mjere “najdjelotvornija, ako ne i jedina sredstva za postizanje *restitutio in integrum*”. Vijeće je u konkretnom predmetu smatralo da bi ponavljanje postupaka na domaćoj razini moglo činiti važan aspekt izvršenja presuda ESLJP-a. Veliko vijeće u ovoj presudi protiv Švicarske navelo je da dijeli to stajalište. Međutim, u presudi je navedeno da postupak ponavljanja (engl. *reopening procedure*) mora pružiti vlastima odgovorne države i mogućnost da ustraju na zaključcima i na duhu presude ESLJP-a, koja se izvršava dok se pridržavaju proceduralnih zaštitnih sredstava iz Konvencije. Drugim riječima, ponavljanje postupka koji je prekršio Konvenciju nije samo po sebi kraj. Jednostavno, ono je sredstvo, iako ključno sredstvo, koje se može uporabiti u konkretne svrhe, naime potpunog i pravilnog izvršenja presuda ESLJP-a. Promatrajući ga kao zasebno mjerilo

28 Vidjeti: “npr. *Öcalan protiv Turske*, br. 46221/99, § 210. in fine, ECHR 2005-IV; *Broniowski*, ... § 194.; i *Popov protiv Rusije*, br. 26853/04, § 263., 13. srpnja 2006.”, cit. iz presude.

29 Vidjeti: “*Assanidze*, ... § 202.”, cit. iz presude.

30 Vidjeti: “među ostalim izvorima, *Saidi protiv Francuske*, 20. rujna 1993., § 47., ..., i *Pelladoah protiv Nizozemske*, 22. rujna 1994., § 44.”, cit. iz presude.

31 Vidjeti: “među ostalim izvorima, *Gençel protiv Turske*, br. 53431/99, § 27., 23. listopada 2003.; *Öcalan*, ... § 210.; i *Claes i drugi protiv Belgije*, br. 46825/99, ... § 53., 2. lipnja 2005.”, cit. iz presude.

(engl. *sole criterion*) za procjenu suglasnosti s člankom 46. stavkom 1. Konvencije i primjenjujući ga jednako na sve države ugovornice, ESLJP ističe da ne može doći do diskriminacije između onih koji su uveli postupak ponavljanja u svoj pravni sustav i ostalih. U presudi se na kraju navodi da su stranke ugovornice dužne organizirati svoje sudske sustave tako da njihovi sudovi mogu ispuniti zahtjeve Konvencije, ističući da se to načelo također primjenjuje na izvršenje presuda ESLJP-a.<sup>32</sup>

U presudi *Ajdarić protiv Hrvatske*<sup>33</sup> ESLJP ponavlja da bi najprikladniji oblik zadovoljštine za povredu članka 6. stavka 1. Konvencije bio da se osigura da podnositelj, koliko god je to moguće, bude stavljen u položaj u kojem je bio da ta odredba nije bila zanemarena.<sup>34</sup> ESLJP je utvrdio da se ovo načelo primjenjuje i na taj predmet. Stoga smatra da bi najprikladniji oblik zadovoljštine u konkretnom slučaju bilo ponavljanje postupka podnositelja u skladu sa zahtjevima članka 6. stavka 1. Konvencije, ako to zatraži podnositelj.<sup>35</sup> Također je naveo da je podnositelj sigurno

32 Jasna Omejec, Konvencija, op. cit., str. 318. i 319. navodi: "U dosadašnjoj praksi najznačajnije su sljedeće pojedinačne mjere koje su odgovorne države poduzele radi zaustavljanja utvrđenih povreda konvencijskih prava i otklanjanja njihovih dotadašnjih posljedica:

- ubrzanje ili okončanje postupka koji traje pred nadležnim tijelom države stranke,
- ponovno suđenje ili ponovno "otvaranje" slučaja (*retrial or a reopening of the case; reopening of domestic proceedings*) pred sudom ili drugim nadležnim tijelom države stranke (u hrvatskom pravu riječ je o ponavljanju ili obnovi postupka),
- ponovno uspostavljanje (*reinstatement*) podnositeljevih prava,
- službena izjava vlade države stranke, primjerice o podnositeljevoj neudžnosti,
- puštanje pritvorenika na slobodu,
- modifikacija presude administrativnom mjerom kao što je isprika (pardon), pomilovanje (*clemency*) ili neizvršenje presude (*non execution of judgment*),
- mjere vezane uz povrat ili pristup imovini ili njezinu korištenju,
- mjere vezane uz promjene (*modification*) postupka pred nadležnim tijelom države stranke,
- promjene u kaznenim evidencijama (primjerice brisanje neosnovane optužbe za kazneno djelo iz kaznene evidencije) ili u drugim službenim evidencijama,
- posebne naknade (*special refunds*),
- mjere vezane uz pravo na prebivalište (odobrenje prebivališta ili ponovno uspostavljanje prava prebivanja na području države stranke, neizvršenje mjere protjerivanja u zemlju u kojoj podnositelju prijete smrtna kazna ili zlostavljanje, i slično),
- posebne pojedinačne mjere (premještanje u primjerenu ćeliju, uništavanje spornih slika ili informacija, organiziranje sastanaka između roditelja i djece, i slično).

Specifičnu pojedinačnu mjeru sadržava presuda *R. R. i drugi protiv Mađarske* (2012.): budući da su nadležne vlasti podnositelje, kao "suradnike pravde (*collaborators of justice*) u borbi protiv srpske mafije i međunarodnog organiziranog kriminala (trgovanja drogom), isključile iz programa zaštite svjedoka, a da se nisu uvjerile kako više nisu u opasnosti te nisu poduzele potrebne mjere da se zaštite njihovi životi, Europski sud naložio je da se podnositeljima mora pružiti odgovarajuća zaštita, uključujući prema potrebi i puno skrivanje njihovih identiteta, sve dok se ne dokaže da više nisu u opasnosti.

Pojedinačne mjere uvijek su osobne naravi i provode se samo prema nominalno određenoj fizičkoj ili pravnoj osobi koja je presudom Europskog suda proglašena žrtvom povrede konvencijskih prava."

33 *Ajdarić protiv Hrvatske*, presuda, 13. prosinca 2011., zahtjev br. 20883/09.

34 Vidi: "*Piersack protiv Belgije*, 26. listopada 1984., stavak 12., Serija A br. 85 i *Lungoci protiv Rumunjske*, br. 62710/00, 26. siječnja 2006.", cit. iz presude.

35 Vidi: "mutatis mutandis, *Salduz protiv Turske* [VV], br. 36391/02, 27. studeni 2008.", cit. iz



pretrpio neku nematerijalnu štetu zbog toga što je bio proizvoljno osuđen te da se ona ne može dovoljno nadoknaditi utvrđenjem povrede. ESLJP je, odlučujući na pravičnoj osnovi, podnositelju zahtjeva dosudio iznos od 9.000 eura, na ime nematerijalne štete, uz sav porez koji bi mogao biti zaračunat podnositelju zahtjeva.

## 2.2. Opće mjere

U opće mjere spadaju prijevod, objava i dostavljanje presude nadležnim državnim tijelima, promjena sudske i administrativne prakse, donošenje, promjena ili dopuna zakona ili drugog propisa. Omejec navodi: "Opće mjere u pravilu se sastoje u obvezi provedbe zakonodavnih ili administrativnih reforma ili u obvezi promjene sudske ili upravne (administrativne) prakse što su ih odgovorne države dužne poduzeti kao odgovor na presudu Europskog suda o povredi pojedinog konvencijskog prava. U povodu 50. obljetnice Konvencije, Odbor stručnjaka za unapređenje postupka zaštite ljudskih prava (DH-PR) - osnovao ga je Odbor ministara - sastavio je tzv. inventar općih mjera (engl. *inventory of general measures*) što su ih države članke poduzele radi izvršenja presuda Europskog suda otkad su te mjere uopće ustanovljene. Inventar općih mjera sastavlja Opća uprava za ljudska prava Vijeća Europe.<sup>36</sup> Do 31.12. 2007. u praksi država članica bile su poduzete ove opće mjere: promjene u nacionalnom zakonodavstvu (LEG), akcije izvršne vlasti u obliku donošenja uredbi, naputaka ili promjene prakse (EXE), promjene sudske prakse (JP), administrativne mjere, neovisno o nadležnom tijelu (ADM), publikacija (objava) presuda ili rezolucija kad se očekuje da će nacionalni sudovi direktno primijeniti pravna stajališta Europskog suda (PUB), praktične mjere (materijalne radnje) kao što su imenovanje sudaca i izgradnja zatvora (PUB = PRACT), široko oglašavanje i distribucija presuda Europskog suda (diseminacija - DIS) (...)."<sup>37</sup>

## 3. POSTUPAK IZVRŠENJA

### 3.1. Odstupanje ESLJP-a od načela deklaratornosti njegovih presuda

Cijeli postupak izvršenja započinje presudom ESLJP-a. Iako ustraje na deklaratornom pristupu, tj. da samo utvrdi povredu i ostavi odgovornim državama da same odaberu mjere koje smatraju potrebnim poduzeti za izvršenje presude, ESLJP posljednjih godina postaje sve voljniji izreći u presudi, manje ili više detaljno, koje mjere odgovorna država mora poduzeti kako bi reparirala posljedice povrede konvencijskog prava i u potpunosti izvršila svoje obveze iz Konvencije. Prva presuda u kojoj je odstupio od načela deklaratornosti njegovih presuda jest *Papamichalopoulos i dr. protiv Grčke iz 1995.*<sup>38</sup> Utvrdivši povredu vlasništva (P1-1), ESLJP je naložio Grčkoj

---

presude.

36 A unique and effective mechanism, CoE web site dedicated to the execution of judgments, [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Presentation/About\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Presentation/About_en.asp).

37 Jasna Omejec, Konvencija...op. cit., str. 321.

38 Presuda *Papamichalopoulos i dr. protiv Grčke* od 31. listopada 1995. (zahtjev br. 14556/89).

da vrati sporno zemljište podnositelju u roku od šest mjeseci. U predmetu *Assanidze protiv Gruzije*<sup>39</sup> ESLJP je naložio da se podnositelja pusti iz pritvora što je moguće prije. U predmetu *Aleksanyan protiv Rusije*<sup>40</sup> naložio je da se pritvor teško bolesnog podnositelja zamijeni drugim razumnim i manje tegobnim mjerama ograničenja slobode koje postoje u okviru ruskog pravnog sustava. U predmetu *Slawomir Musial protiv Poljske*<sup>41</sup> naloženo je državi da što je moguće prije osigura podnositelju adekvatnije uvjete pritvora, odnosno da ga smjesti u specijaliziranu ustanovu koja će mu pružiti odgovarajući psihijatrijski tretman i stalni medicinski nadzor. U predmetu *Oleksandr Volkov protiv Ukrajine*<sup>42</sup> ESLJP je naložio što je moguće prije vraćanje podnositelja na radno mjesto (suca Vrhovnog suda).<sup>43</sup> U predmetu *Pelipenko protiv Rusije*<sup>44</sup> ESLJP je smatrao da država mora osigurati izvršenje domaće presude kojom se nalaže vraćanje nezakonito iseljenog stanara, a budući da nije imao gdje stanovati ESLJP je čak naložio da država snosi troškove njegovog smještaja, u hotelu ili u najamljenom stanu, sve dok se presuda ne izvrši.

U presudi *Gluhaković protiv Hrvatske*,<sup>45</sup> u kojoj je utvrdio povredu prava na poštovanje obiteljskog života, zbog toga što nacionalne vlasti nisu poduzele sve potrebne korake za olakšanje izvršenja presude kojom su određeni kontakti podnositelja s njegovom kćeri, naložio je da država osigura djelotvorne susrete u vrijeme koje je spojivo s njegovim radnim rasporedom (radi u Italiji) i u prikladnim prostorijama.<sup>46</sup>

Podnositelji su bili vlasnici velike površine vrijednog zemljišta u Grčkoj koje je uključivalo i plažu. Od grčkog ministarstva turizma dobili su 1963. godine dozvolu za izgradnju hotelskog kompleksa na tom mjestu. Nakon što je vojna hunta preuzela kontrolu u Grčkoj u kolovozu 1967. godine, zemljište koje je pripadalo podnositeljima (uključivši i plažu) preneseno je na mornaricu. Podnositelji su zahtijevali povrat zemljišta, ali bez uspjeha. Mornarica je nastavila s izgradnjom pomorske baze na tom zemljištu i oficirskog odmarališta.

39 Presuda *Assanidze protiv Gruzije* od 8. travnja 2004. (zahtjev br. 71503/01).

40 Presuda *Aleksanyan protiv Rusije* od 22. prosinca 2008. (zahtjev br. 46468/06).

41 Presuda *Slawomir Musial protiv Poljske* 20. siječnja 2009. (zahtjev br. 28300/06).

42 Presuda *Oleksandr Volkov protiv Ukrajine* od 9. siječnja 2013., (zahtjev br. 21722/11).

43 U odnosu na članak 46. Konvencije, ESLJP se složio da je ovaj predmet otkrio postojanje ozbiljnih temeljnih sistemskih problema u ukrajinskom pravnom sustavu, koji proizlaze iz nemogućnosti države da poštuje načelo podjele nadležnosti. Nadalje, da pravni sustav u Ukrajini ne pruža odgovarajuća jamstva u odnosu na zloupotrebu i pogrešnu upotrebu disciplinskih mjera na štetu sudske neovisnosti. U skladu s tim, ESLJP je preporučio da Ukrajina treba hitno promijeniti institucionalnu osnovu svog pravnog sustava, s ciljem reforme organizacije sudske discipline donošenjem niza općih mjera, uključujući tu i zakonodavne reforme. U odgovoru na pitanje koje bi pojedinačne mjere bile najadekvatnije, a kojima bi se stalo na kraj kršenjima u ovakvim predmetima, ESLJP nije smatrao da bi ponavljanje domaće postupka bio odgovarajući oblik zaštite od kršenja prava podnositelja zahtjeva, budući da nije bilo osnove za pretpostavku da bi njegov predmet bio vraćen na ponovno suđenje u skladu s člankom 6. Konvencije, u skorije vrijeme. S obzirom na iznimne okolnosti ovog predmeta, ESLJP je smatrao da bi Ukrajina morala osigurati povratak podnositelja na ranije mjesto suca Vrhovnog suda što je moguće prije.

44 Presuda *Pelipenko protiv Rusije* od 2. listopada 2012. (zahtjev br. 69037/10).

45 Presuda *Gluhaković protiv Hrvatske* (zahtjev br. 21188/09) od 12. travnja 2011., [www.usud.hr](http://www.usud.hr), Praksa Europskog suda.

46 Iz presude *Gluhaković*: "62. Tako pravo podnositelja zahtjeva da viđa svoju kćer u redovitim

Mjere koje država treba provesti ESLJP posebice navodi u tzv. pilot ili oglednoj presudi, koju je uveo u svoju praksu 2004., a donosi ih kada utvrdi nedostatke u samim pravnim sustavima odgovornih država koji dovode do povreda konvencijskih prava

razmacima nije nikada bilo sporno za nacionalne sudove i svi su bili suglasni da on treba uživati to pravo. Međutim, u svjetlu načela da predmet i svrha Konvencije, koja je instrument zaštite ljudskih prava, traže da se njene odredbe tumače i primjenjuju na takav način da ne budu teorijske ili neostvarive nego praktične i djelotvorne (vidi, između mnogo dugih izvora prava, predmete *United Communist Party of Turkey and Others protiv Turske*, od 30. siječnja 1998., stavak 33. Reports 1998-I; *Chassagnou and Others protiv Francuske* [GC], br. 25088/94, 28331/95 i 28443/95, stavak 100. ECHR 1999-III i *Lykourazos protiv Grčke*, br. 33554/03, stavak 56. ECHR 2006-VIII), nacionalni se sud trebao pobrinuti i da podnositelj zahtjeva može djelotvorno vršiti svoje pravo na kontakte sa svojom kćerkom.

(...)

84. Sud je našao kako nacionalne vlasti nisu ispunile svoju pozitivnu obvezu da osiguraju podnositelju zahtjeva učinkovito ostvarenje njegovog prava na kontakt sa svojom kćerkom, čime su počinile povredu članka 8. Konvencije.

85. Sud ističe da su visoke ugovorne strane u članku 46. preuzele obvezu da će se podvrgnuti konačnoj presudi Suda u svakom predmetu u kojemu su stanke, time da izvršenje nadzire Odbor ministara. Slijedi, *inter alia*, da presuda u kojoj Sud utvrdi povredu, tuženoj državi nameće pravnu obvezu ne samo platiti onima kojih se tiče, iznose dosuđene na ime pravične naknade, nego i odabrati, uz nadzor Odbora ministara, odgovarajuće pojedinačne mjere kako bi ispunila svoje obveze da se osigura pravo podnositelja zahtjeva na poštovanje njegovog obiteljskog života (vidi predmete *Scozzari and Giunta protiv Italije* [GC], br. 39221/98 i 41963/98, stavak 249., ECHR 2000-VIII i *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*).

86. Sud ponavlja da su njegove presude u biti po svojoj naravi deklaratorne i da je, općenito, na dotičnoj državi da odabere, podložno nadzoru Odbora ministara, sredstva koja će biti upotrijebljena u njenom domaćem pravnom poretku kako bi ispunila svoju obvezu iz članka 46. Konvencije, pod uvjetom da su ta sredstva sukladna zaključcima navedenima u presudi Suda (vidi, između drugih izvora prava, predmete *Öcalan protiv Turske* [GC], br. 46221/99, stavak 210., ECHR 2005-IV; *Scozzari and Giunta protiv Italije* [GC], br. 39221/98 i 41963/98, stavak 249., ECHR 2000-VIII i *Brumărescu protiv Rumunjske* (pravična naknada) [GC], br. 28342/95, stavak 20., ECHR 2001-I). Ova diskrecijska ovlast glede izvršenja presude odražava slobodu odabira pridruženu primarnoj obvezi država ugovornica na temelju Konvencije da osiguraju zajamčena prava i slobode (vidi predmet *Papamichalopoulos and Others protiv Grčke* (Article 50), od 31. listopada 1995., stavak 34, Series A no. 330-B).

87. Međutim, Sud će iznimno, kako bi se pomoglo tuženoj državi da ispunji svoje obveze iz članka 46., nastojati naznačiti vrstu mjere koja bi mogla biti poduzeta kako bi se okončala povreda za koju je utvrdio da postoji. Međutim, u takvim okolnostima Sud može ostaviti izbor mjera i njihovu provedbu, diskrecijskoj odluci dotične države (vidi, na primjer, predmete *Aleksanyan protiv Rusije*, no. 46468/06, stavak 239. od 22. prosinca 2008.; *Scoppola protiv Italije* (br. 2) [GC], br. 10249/03, stavak 148., ECHR 2009-...; i *Fatullayev protiv Azerbajdžana* br. 40984/07, stavci 174. -177., od 22. travnja 2010.).

88. Sud u ovome predmetu primjećuje da su nacionalni sudovi sustavno zanemarivali tvrdnje podnositelja zahtjeva glede njegovoga radnog rasporeda i nalaženja prikladnog mjesta za njegove susrete s kćerkom.

89. S obzirom na osobite okolnosti predmeta i hitnu potrebu da se okonča povreda članka 8. Konvencije, Sud smatra da u svrhu ispunjenja svoje obveze iz članka 46. Konvencije tužena država treba osigurati djelotvoran kontakt između podnositelja zahtjeva i njegove kćerke u vrijeme koje je spojivo s radnim rasporedom podnositelja zahtjeva i u prikladnim prostorijama, na temelju presude Općinskog suda u Rijeci od 8. ožujka 2010. godine.”

velikih skupina osoba.<sup>47</sup> Navodeći u presudi konkretne mjere koje bi država trebala poduzeti, olakšava se i pomaže državi da ispuni svoje obveze, a olakšava se i nadzor Odboru ministara.

## 4. POSTUPAK NADZORA

### 4.1. Općenito

Nakon konačnosti,<sup>48</sup> ESLJP dostavlja presudu Odboru ministara. Prije toga presuda se dostavlja podnositelju i tuženoj državi. Odbor ministara pozvat će državu da ga obavijesti o mjerama koje je poduzela ili namjerava poduzeti na temelju presude. Ako smatra da je nadzor nad izvršenjem otežan nekim pitanjem tumačenja vezanim uz tu presudu, predmet može uputiti ESLJP-u da odluči o tom pitanju. Odluku o upućivanju pitanja ESLJP-u donosi dvotrećinskom većinom. Nadzor se obavlja na posebnim sastancima o ljudskim pravima Odbora ministara i sastancima njihovih zamjenika. Čim presuda dođe u Odbor ministara, predmet se uvrštava u dnevni red sastanka, koji je javan.<sup>49</sup> Predmet će biti na dnevnom redu svakog sastanka o ljudskim pravima, sve dok se postupak nadzora ne završi donošenjem završne rezolucije. Ako Odbor ministara smatra da se neka država odbija podvrgnuti konačnoj presudi, nakon šest mjeseci od službene obavijesti toj državi odlukom donesenom dvotrećinskom većinom može uputiti ESLJP-u pitanje je li ta država propustila ispuniti svoje obveze iz članka 46. stavka 1. Konvencije. Ako sud utvrdi povredu članka 46. stavka 1. Konvencije, vratit će slučaj Odboru ministara, kako bi on razmotrio mjere koje treba poduzeti protiv države. Odbor ministara nema ovlast izravno utjecati na izvršenje presude. Gomein<sup>50</sup> ističe da neke od najtežih sankcija nisu ustanovljene u samoj Konvenciji, nego u Statutu Vijeća Europe. Članak 3. Statuta propisuje da je poštovanje ljudskih prava jedno od temeljnih načela za sudjelovanje u Vijeću Europe, a članak 8. Statuta daje ovlast Odboru ministara da suspendira, čak i isključi iz vijeća Europe

47 Pilot presuda: ESLJP izrijekom utvrđuje primjenu postupka ogledne (pilot) presude, identificira strukturalne povrede Konvencije, određuje u izreci opće mjere te odgađa odlučivanje o istim predmetima koji se nalaze pred ESLJP-om. U odnosu na Republiku Hrvatsku nije donesena nijedna ogledna (pilot) presuda. Donesena je kvaziogledna presuda *Statileo protiv Hrvatske* od 10. srpnja 2014., zahtjev br. 12027/10. U takvim presudama ESLJP ne utvrđuje izrijekom da je riječ o pilot presudi, identificira problem u sustavu ali ne određuje opće mjere u izreci presude i ne odgađa odlučivanje o drugim istovrsnim slučajevima (tako je nakon *Statileo* donio još tri presude: *Mirošević-Anzulović, Bego i dr., Gošović*).

48 Članak 44. stavak 2. b. EKLJP: Presuda je konačna 3 mjeseca nakon donošenja ako nije uložen zahtjev za podnošenje velikom vijeću.

49 Javne su i sve informacije i dokumenti koje dostavi odgovorna država Odboru ministara na temelju članka 46. stavka 2. Konvencije, kao i sve što dostavi podnositelj, nevladine organizacije ili nacionalne institucije za zaštitu i promicanje ljudskih prava, osim ako Odbor ministara ne odluči drugačije zbog zaštite javnog ili privatnog interesa. Odbor ministara će razmotriti svaki podnesak podnositelja, a može razmotriti i podneske koje mu dostavljaju nevladine organizacije ili nacionalne ili međunarodne institucije za zaštitu i promicanje ljudskih prava.

50 Više u: Donna Gomien, Kratak vodič kroz Europsku konvenciju o ljudskim pravima (hrvatski prijevod Josip Kregar, Dubravka Šimonović), Organizator, Sveučilišna tiskara, Zagreb, 1996.

svaku državu članicu odgovornu za teške povrede ljudskih prava. Do sada se Odbor ministara nije poslužio tom ovlasti iz članka 8. Statuta.<sup>51</sup>

#### 4.2. Dvotračni nadzor

U 2011. uveden je sustav, tzv. dvotračnog nadzora, prema kojem se predmeti kod Odbora ministara razvrstavaju ovisno o tomu zahtijevaju li standardni nadzor (to je pravilo, odnosno većina predmeta) ili pojačani nadzor Odbora ministara. Pojačani postupak nadzora primjenjuje se na one slučajeve koji, s obzirom na svoju prirodu ili vrstu pitanja koja se u njima postavljaju, traže prioritarnu pažnju Odbora ministara. To su presude koje zahtijevaju donošenje hitnih pojedinačnih mjera, ogledne (pilot) presude, presude koje otkrivaju postojanje velikih strukturnih ili složenih problema koje je otkrio ESLJP ili Odbor ministara te međudržavni sporovi. To ne znači da se o svakom pojedinom predmetu mora provoditi sustavna rasprava. Znači intenzivniju i aktivniju suradnju s odgovornim državama, primjerice pružanje pomoći pri izradi ili provođenju akcijskih planova, pružanje stručne pomoći u pogledu vrste mjera koje bi trebalo poduzeti i sl. Predmeti mogu prelaziti s jedne na drugu metodu nadzora.<sup>52/53</sup>

#### 4.3. Podatci za Republiku Hrvatsku

U odnosu na Republiku Hrvatsku, na nadzor Odboru ministara podneseno je 443 predmeta, a završne rezolucije donesene su u 253 predmeta.<sup>54</sup> Najviše pravičnih naknada dodijeljeno je u 2014. godini (458.795 eura), dok je u 2016. godini dodijeljeno 174.126 eura. Najviše naknade dodijeljene su u predmetu *Boljević*,<sup>55</sup> u iznosu od 180.000 eura. U prekršajnom, carinskom postupku podnositelju su oduzeta novčana sredstva u iznosu od 180.000,00 eura, jer pri prelasku državne granice i ulasku u Republiku Hrvatsku 2009. godine novac nije prijavio carinskom

51 Godine 1970. Grčka je bila prisiljena povući se iz članstva u Vijeću Europe zbog ozbiljnih mučenja i ponižavajućeg postupanja prema oponentima režima, drugim riječima zbog derogacije Konvencije. Ponovo je primljena 1974. godine.

52 Primjerice *Oršuš protiv Hrvatske* (VV 2010.) - riječ je o utvrđenoj diskriminaciji u vezi s pravom na obrazovanje učenika romskog podrijetla u osnovnim školama u kojima je nastava za te učenike, zbog njihova nedostatnog poznavanja hrvatskog jezika, organizirana isključivo u romskim razredima u kojima se provodio smanjeni nastavni program. Prvotno je izvršenje te presude bilo nadzirano u pojačanom postupku, na sastanku o ljudskim pravima 2012. godine. Odbor ministara donio je odluku kojom se prenosi ispitivanje slučaja iz pojačanog u standardni postupak nadzora.

53 U postupku pojačanog nadzora dvije su grupe predmeta:  
- *Skendžić i Krznarić* (presuda *Skendžić i Krznarić protiv Hrvatske* od 20. siječnja 2011., zahtjev br. 16212/08, obuhvaćaju predmete neprovođenja adekvatne, djelotvorne i neovisne istrage ratnih zločina počinjenih tijekom Domovinskog rata),  
- *Statileo* (presuda *Statileo protiv Hrvatske* od 10. srpnja 2014., zahtjev br. 12027/10, obuhvaćaju predmete najmodavaca u čijim su stanovima zaštićeni najmoprimci).

U postupku pojačanog nadzora je i predmet *Šečić* iz 2007. (neučinkovita istraga rasističkog napada *skinheads* na podnositelja koji je romskog podrijetla).

54 Vidi: <https://www.coe.int/en/web/execution/country-factsheets>. Pregledano 27. prosinca 2017.

55 Presuda *Boljević protiv Hrvatske* od 31. siječnja 2017. (zahtjev br. 43492/11).

djelatniku<sup>56</sup> te u predmetu SL i JL (2016., pravična naknada), u kojem je dodijeljeno 300.000 eura. Godine 2016., 6. listopada ESLJP je donio presudu<sup>57</sup> kojom je odredio podnositeljicama S.L. i J.L. naknadu štete zbog povrede njihovog prava na mirno uživanje prava vlasništva. Navedenu povredu utvrdio je svojom ranijom presudom od 7. svibnja 2015., jer Centar za socijalnu skrb u Puli nije na odgovarajući način zaštitio njihovu imovinu. Podnositeljice (tada maloljetne) su do 2001. godine bile vlasnice kuće u Puli, koju su na njihovo ime kupili njihovi roditelji. Njihovi roditelji zapali su u financijske poteškoće te su ostali bez ikakvih prihoda, a otac je otišao na odsluženje zatvorske kazne. Zbog toga su njihovi roditelji odlučili tu kuću zamijeniti za stan u stambenoj zgradi, te su se radi dobivanja potrebne suglasnosti obratili Centru za socijalnu skrb u Puli. Centar je to odobrenje dao, te je kuća zamijenjena za stan u stambenoj zgradi, pripadajuću garažu i određeni novčani iznos. ESLJP je utvrdio da je Centar dao odobrenje za sklapanje tog ugovora, iako iz svih okolnosti slučaja proizlazi da je vrijednost kuće bila veća od onoga što su tužiteljice dobile zauzvrat. Centar nije zatražio mišljenje stručnjaka o vrijednosti tih nekretnina, niti je izašao na lice mjesta da provjeri stanje zamijenjenih nekretnina. Nakon donošenja te prve presude, Europski sud je nastavio postupak u odnosu na zahtjev tužiteljica za naknadu materijalne štete te utvrdio da su zamjenom nekretnina tužiteljice bile oštećene za 300.000 eura, te je taj iznos dosudio tužiteljicama, kao i troškove postupka u iznosu od 6.000 eura.<sup>58</sup>

56 ESLJP navodi u presudi: “U ovom predmetu mjeri oduzimanja nije bila namjena da predstavlja novčanu naknadu za štetu s obzirom da država nije pretrpjela nikakav gubitak kao posljedicu toga što podnositelj zahtjeva nije prijavio sredstva u stranoj valuti, već je imala svrhu odvracanja i kažnjavanja. Podnositelj zahtjeva bio je novčano kažnjen za prekršaj neprijavlivanja novca carini. Vlada nije uvjerljivo pokazala ili zaista tvrdila da sama novčana kazna nije bila dovoljna da postigne željeni učinak odvracanja ili kažnjavanja i da spriječi buduća kršenja obveze prijavljivanja. U tim okolnostima Sud zaključuje da oduzimanje cijelog iznosa novca koji je trebalo prijaviti, kao dodatne sankcije uz novčanu kaznu, nije bilo razmjerno zato što je nametnulo prekomjeran teret podnositelju zahtjeva (vidi predmet *Ismayilov*, prethodno citiran, para. 38.; i Gabrić, prethodno citiran, para. 39.; vidi također presudu Suda Europske unije *Chmielewski*, citirana u prethodnom paragraf 21.). Sukladno tome, došlo je do povrede članka 1. Protokola br. 1.”

57 *S.L. i J.L. protiv Hrvatske*, presuda od 7. svibnja 2015., zahtjev br. 13712/11; presuda (pravična naknada) od 6. listopada 2016.

58 Marijana Konforta, Implementacija presuda Europskog suda za ljudska prava, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 24., br., 2/2017, str. 287., navodi: “Razmatrajući izvršenje kaznenopravnih predmeta, dolazimo do broja od sedam vodećih predmeta (grupa predmeta) čije je izvršenje pretvoreno od ratifikacije Konvencije (...), što u širem smislu otvara pitanje spremnosti Hrvatske da ispuní svoje obveze i mogućnosti poboljšanja izvršenja, jer je ukupan broj kaznenopravnih predmeta u izvršenju nedvojbeno daleko veći. Presude koje je Hrvatska uspješno izvršila nisu bile jednostavne, što znači da postoje kapaciteti potrebni za izvršenje, ali razlozi zbog kojih drugi predmeti nisu izvršeni zahtijevaju razmatranje.”

## **5. POSTUPAK NADZORA - KONKRETNO**

Od države se očekuje da u roku od šest mjeseci od kad je presuda postala konačna dostavi Odboru ministara akcijski plan. Od 2011. godine podnošenje akcijskih planova postalo je obvezno. Akcijski plan je dokument koji sadrži mjere koje je odgovorna država poduzela i koje namjerava poduzeti kako bi izvršila presudu, zajedno s rokovima u kojima će poduzeti mjere. To je dokument koji se stalno nadopunjuje novim informacijama, čak i revidira ako država smatra da treba promijeniti izvorno planirane mjere. Kada sve mjere opisane u akcijskom planu budu provedene, konačno ažuriranje pretvara akcijski plan u akcijsko izvješće. To je završno izvješće kojim država predstavlja mjere koje je poduzela radi izvršenja presude ili pojašnjava zašto nikakve ili daljnje mjere nisu potrebne. Svrha akcijskih planova i izvješća je omogućiti Odboru ministara provođenje informiranog nadzora. Postupak nadzora dovršava se donošenjem završne rezolucije Odbora ministara.

### ***5.1. Izrada akcijskog plana i (akcijskog) izvješća u Republici Hrvatskoj***

Postupak izvršenja presude u državi započinje definiranjem uzroka povrede te analizom same presude u kontekstu nacionalnoga pravnog sustava, da bi se moglo zauzeti stajalište o tome koje mjere država smatra potrebnim za izvršenje presude, odnosno da bi se mogao sastaviti akcijski plan. Glavni koordinador rada domaćih tijela u procesu izvršenja presuda ESLJP-a je Ured zastupnika Republike Hrvatske pred ESLJP-om (u daljnjem tekstu: Ured zastupnika), putem kojeg se odvija i komunikacija s Odborom ministara. Na inicijativu Ureda zastupnika osnovan je Stručni savjet za izvršenje presuda i odluka ESLJP-a. To je međuinstitucionalno tijelo nadležno za identifikaciju mjera izvršenja konkretnih presuda te za nadzor nad njihovom provedbom. Sastavljen je od predstavnika svih ministarstava, Ustavnog, Vrhovnog suda, DORH-a i određenih drugih tijela državne vlasti. Ured zastupnika izrađuje akcijske planove i akcijska izvješća na temelju informacija prikupljenih od članova Stručnog savjeta. Ured zastupnika dostavlja svim članovima Stručnog savjeta prevedenu presudu, uz koju dostavlja i preliminarni upitnik, koji svako tijelo mora popuniti i vratiti Uredu zastupnika u roku od 15 dana. U preliminarnom upitniku svako tijelo identificira uzrok povrede, u čemu po mišljenju tijela leži osnovni uzrok povrede Konvencije (jesu li to neodgovarajući propisi, sudska praksa koja nije usklađena sa standardima ESLJP-a ili je riječ o propustu koji nema dubljih uzroka u propisima, organizaciji domaćeg sustava i sl). Razmatra se je li koji od problema identificiranih presudom u nadležnosti tijela, koje se mjere namjeravaju poduzeti i u kojim rokovima te koje drugo tijelo smatra nadležnim za poduzimanje mjera radi sprječavanja budućih istovjetnih povreda Konvencije. Na temelju prikupljenih preliminarnih upitnika Ured zastupnika vrši analizu informacija te sastavlja akcijski plan. Akcijski plan se na engleskom jeziku dostavlja svim članovima Stručnog savjeta koji mogu dati daljnje prijedloge u jednom kratkom roku ili se suglasiti s akcijskim planom.

## 6. KVAZIOGLEDNA (PILOT) PRESUDA STATILEO PROTIV HRVATSKE

Podnositelj zahtjeva bio je vlasnik stana u Splitu, na kojem je postojalo stanarsko pravo koje je stupanjem na snagu Zakona o najmu stanova u studenom 1996. pretvoreno u "zaštićeni najam". Najmodavac je imao obvezu sklopiti sa zaštićenim najmoprimcem ugovor o najmu na neodređeno vrijeme, iznos najamnine utvrdila je Vlada i bio je znatno niži od tržišne najamnine (prema podacima iz presude od 2012. godine iznosi 180 kn) te su zaštićeni najmoprimci imali bolju zaštitu u slučaju otkaza najma stana. U parničnom postupku koji je prethodio postupku pred ESLJP-om podnositelju je naloženo sklopiti ugovor o najmu sa zaštićenom najamninom te je odbijen njegov zahtjev za iseljenje stanara. ESLJP je ispitivao je li takvim miješanjem u pravo vlasništva podnositelja postignuta pravdna ravnoteža između zahtjeva općeg javnog interesa (zaštite stanara) i zaštite temeljnih prava pojedinca (najmodavca) te nameće li najmodavcu nerazmjerni i pretjerani teret. ESLJP je utvrdio da najmodavci nemaju utjecaj na izbor najmoprimca i na bitne dijelove ugovora, posebice trajanje (koje može biti nekoliko generacija) i uvjete otkaza najma. Najmodavci gotovo da nemaju prilike ući u svoj stan. Uz to obvezni su plaćati pričuvu i porez na dohodak na iznos primljene najamnine. Sud je bio posebno iznenađen činjenicom da se unatoč tomu što Zakon o najmu propisuje da visina zaštićene najamnine ovisi i o visini prihoda domaćinstva najmoprimca, ta se odredba primjenjuje samo u korist najmoprimca. To je ponekad rezultiralo paradoksalnim situacijama, poput one koju je opisao pučki pravobranitelj u svom izvješću za 2012. godinu, gdje su stariji najmodavci slabijeg imovnog stanja subvencionirali stanovanje radno sposobnih najmoprimaca koji primaju plaću. Na temelju svih tih utvrđenja, ESLJP nije našao zahtjeve općeg interesa koji bi mogli opravdati takva ograničenja podnositeljevih vlasničkih prava. Zaključio je da je na podnositelja kao najmodavca stavljen nerazmjerni i pretjerani pojedinačni teret, socijalni i financijski koji je nastao kao posljedica reforme u području stanovanja, budući da je morao snositi većinu socijalnih i financijskih troškova stambenog zbrinjavanja zaštićenog najmoprimca. Napomenuli smo da je presuda *Statileo* kvazilogledna (pilot) presuda. Naime, ESLJP je u posebnom dijelu presude naslova "Članak 46. Konvencije" dodao opće zapažanje da se temeljni problem tiče samog zakonodavstva i da se utvrđenja suda protežu izvan pojedinačnog interesa podnositelja u ovom konkretnom slučaju. ESLJP je naglasio da je ovo predmet u kojem bi država trebala poduzeti odgovarajuće zakonodavne i/ili druge opće mjere kako bi osigurala osjetljivu ravnotežu između interesa najmodavaca te općeg interesa zajednice da na odgovarajući način zaštiti zaštićene najmoprimce koji stanuju u privatnim stanovima. ESLJP ostavio je Republici Hrvatskoj da sama odredi koje bi to mjere bile potrebne i dostatne za izvršenje ove presude. Napomenuli smo već i da je ova presuda u postupku pojačanog nadzora. U akcijskim planovima do sada podnesenim navedeno je da je u tijeku postupak izmjene Zakona o najmu stanova.<sup>59</sup> Također je ukazano na političku

59 Na mrežnoj stranici Ministarstva nalazi se tekst: "03.05.2016. - Ministarstvo izradilo Nacrt Prijedloga Zakona o izmjenama i dopuna Zakona o najmu stanova: Ministarstvo graditeljstva i prostornoga uređenja izradilo je Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o najmu



situaciju u zemlji, parlamentarnim izborima 2016. godine i sl. i drugim poteškoćama izrade nacrtu promjene Zakona. Na sastanku zamjenika Odbora ministara u rujnu prošle godine donesena je odluka u kojoj se između ostalog navodi da se, uzimajući u obzir da je presuda donesena 2014. godine, snažno potiče državu da intenzivira svoje napore te pronade globalno rješenje ovog problema. Također je odlučeno o predmetu raspravljati u ožujku 2017. godine. Na sastanku u ožujku 2017. godine donesena je odluka kojom se izražava zabrinutost jer država nije pružila informacije kao odgovor na prethodnu odluku, unatoč tomu što je Sabor konstituiran, kao i zabrinutost zbog još tri ista slučaja u kojima je utvrđena povreda. Istaknuta je neodgodiva potreba nalaženja brzog rješenja problema zaštićenog najma, koji se može ticati tisuće pojedinaca. Od države se zahtijeva da, bez daljnjeg odgađanja, poduzme potrebne zakonodavne mjere te da u roku od sedam dana izvijesti Odbor ministara o tijeku zakonodavnog procesa, kao i trenutnu verziju nacrtu zakona. Predmet je uvršten u dnevni red sastanka u srpnju 2017. godine. U revidiranom akcijskom planu iz travnja 2017. navedeno je da je Ministarstvo gradnje prikupilo podatke na temelju javnog poziva te je utvrđeno da je riječ o 3.734 stanova, s oko 9.000 stanara. Na temelju tih podataka i analize rješenja sličnih problema u drugim državama, Ministarstvo je izradilo novi nacrt izmjena Zakona o najmu stanova te je javnost pozvana dati svoje primjedbe i sugestije. Prema nacrtu izmjena zakona iznos zaštićene najamnine postupno bi se povećavao tako da bi se do 2022. godine približio tržišnoj cijeni, te izjednačio status zaštićenih najmoprimaca s "običnim" najmoprimcima.

U Strasbourgu je od 5. do 7. prosinca 2017. održan 1302. DH sastanak Odbora ministarskih zamjenika, posvećen nadzoru nad izvršenjem presuda ESLJP-a. Na dnevnom redu sastanka nije bilo hrvatskih predmeta. Međutim, donesena je odluka o planiranju rada Odbora ministarskih zamjenika za 2018. godinu. Definirani su predmeti koji će biti na dnevnom redu u 2018. godini. Predmet *Statileo protiv Hrvatske* uvršten je na dnevni red sastanka Odbora koji će se održati u prosincu 2018. godine. Za sada nije poznato hoće li Odbor u navedenom predmetu održati raspravu ili će odluku donijeti konsenzusom, bez rasprave.<sup>60</sup>

---

stanova i uputilo ga na javno savjetovanje. Zainteresirana javnost može se uključiti u javnu raspravu do 01. lipnja 2016. davanjem svojih mišljenja, prijedloga i primjedbi putem portala e-savjetovanje.

Cilj je predloženih izmjena da se pitanje zaštićenih najmoprimaca u stanovima u vlasništvu fizičkih osoba uredi na sustavan i cjelovit način. Odredbe Zakona o najmu iz 1996. i njegove kasnije izmjene trebaju se uskladiti s odredbama Ustava Republike Hrvatske i time provesti Presudu Ustavnog suda RH iz 1998. Potrebno je ispuniti obveze proizišle iz presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu *Statileo protiv Hrvatske*, te drugih odgovarajućih presuda Europskog suda za ljudska prava. (...)", (<http://www.mgipu.hr/default.aspx?id=39719>, pregledano 12. studenog 2017.).

60 Više na: <https://www.coe.int/uk/web/execution/-/the-committee-of-ministers-reviews-the-implementation-of-the-european-court-of-human-rights-judgmen-1>, (pregledano 12. studenog 2017.).

## **7. POVREDA ČLANKA 2. KONVENCIJE U POSTUPOVNOM ASPEKTU – PRESUDA SKENDŽIĆ I KRZNARIĆ PROTIV HRVATSKE**

Riječ je o grupi predmeta u kojima je utvrđena povreda članka 2. Konvencije u postupovnom aspektu tj. do povrede je došlo zbog neprovođenja djelotvorne istrage ratnih zločina počinjenih tijekom Domovinskog rata.<sup>61</sup> I ovi su predmeti u pojačanom nadzoru. Jednu opću mjeru poduzeo je Ustavni sud, koji je uveo novu vrstu postupka krajem 2014.<sup>62</sup>: ustavne tužbe podnesene zbog neprovođenja istrage (nedjelotvorna istraga) kaznenih djela vezanih uz članak 2. (pravo na život) i članak 3. (zabrana mučenja) Konvencije. Jedan od razloga za uvođenje nove “vrste” postupka pred Ustavnim sudom bila je činjenica da je Europski sud u većem broju presuda donesenih u odnosu na Republiku Hrvatsku utvrdio povredu proceduralnog aspekta članka 2. i 3. Konvencije<sup>63</sup>, a u Republici Hrvatskoj nije postojalo djelotvorno pravno sredstvo kojim bi se ta povreda utvrdila na domaćoj razini. Institut ustavne tužbe kako je bio uređen Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske<sup>64</sup>, razrađen Poslovníkom Ustavnog suda Republike Hrvatske<sup>65</sup> i praksom Ustavnog suda, nije omogućavao podnošenje ustavne tužbe zbog “nečinjenja”, odnosno zbog neprovođenja djelotvorne službene istrage u vezi s pravom na život i zabranom zlostavljanja. Podnositelji su prigovore o povredi proceduralnog aspekta članka 2. i 3. Konvencije mogli iznijeti tek u ustavnoj tužbi podnesenoj u povodu odluka donesenih u sudskim postupcima (po pravomoćnom okončanju sudskog postupka, ili iznimno i prije nego je iscrpljen pravni put pod pretpostavkama utvrđenim u članku

61 Presuda *Skendžić i Krznarić protiv Hrvatske* od 20. siječnja 2011. (zahtjev br. 16212/08).

62 Vidi: Sandra Marković i Sanja Trgovac, *Prihvatanje standarda Europskog suda za ljudska prava u zaštiti proceduralnog aspekta članka 2. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Hrvatska pravna revija, srpanj-kolovoz 2016. U radu se, na str. 4., navodi: “U predmetu U-IIIBi-7367/2014 Ustavni sud se prvi put bavio proceduralnim aspektom prava na život, zajamčenim člankom 21. stavkom 1. Ustava (...) i člankom 2. stavkom 1. Konvencije. (...) S obzirom na bogatu praksu ESLJP-a, i u odnosu na Republiku Hrvatsku, Ustavni sud je pošao od standarda koje je ESLJP izgradio u svojoj praksi. Naglasio je da se prema praksi ESLJP-a obveze države u zaštiti prava na život mogu svrstati u tri skupine: negativna obveza države da se suzdrži od nezakonitog oduzimanja života, pozitivna obveza države da donese djelotvorne normative i provedbene mjere za sprječavanje gubitaka života kad se oni mogu izbjeći te proceduralna obveza države da istražuje sumnjive smrtne slučajeve. Ustavni sud izrijeком je prihvatio stajališta ESLJP-a iz spomenutog predmeta *Jelić protiv Hrvatske* (...)”

63 Pozitivna obveza države u smislu proceduralnog aspekta članka 2. i 3. Konvencije, prema praksi ESLJP-a, pretežno se svodi na zahtjev za provođenje djelotvorne službene istrage u vezi sa smrću pojedinca kao posljedice uporabe sile, odnosno u vezi s tvrdnjama pojedinca da je pretrpio ozbiljno zlostavljanje. ESLJP je u presudi naveo: “Sud nalazi da nedostaci u istrazi o nestanku M.S.-a koji se tiču djelotvornosti istrage i toga što vlasti koje su u njoj sudjelovale nisu bile neovisne, nisu u skladu sa zahtjevima članka 2. Konvencije. Stoga je u tom pogledu došlo do povrede postupovne obveze iz članka 2. Konvencije.”

64 Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine, broj 99/99., 29/02. i 49/02. - pročišćeni tekst.

65 Poslovník Ustavnog suda Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 83/14 - pročišćeni tekst i 2/15.

63. UZUS-a). “Pravno sredstvo” koje je uvedeno dopunom Poslovnika ono je pravno sredstvo kojim bi se povreda članka 2. i 3. Konvencije u proceduralnom aspektu mogla otkloniti na domaćoj razini. Tu je mjeru Ustavnog suda Odbor ministara na sastanku u ožujku ove godine prihvatio kao dobrodošlu.

### **8. ODLUKA USTAVNOG SUDA U-III-3304/2011 (VANJAK PROTIV HRVATSKE)<sup>66</sup>**

Podnositelj je podnio ustavnu tužbu u povodu pravomoćnog rješenja upravnog tijela kojim je odbačen njegov zahtjev za obnovu (disciplinskog) postupka pred nadležnim domaćim tijelom u postupku izvršenja presude ESLJP-a *Vanjak protiv Hrvatske*.<sup>67</sup> Upravni sud potvrdio je stajalište upravnog tijela da “presuda Europskog suda 'nije sama po sebi nova činjenica niti dokaz osnovom kojeg se obnova postupka može dopustiti.’”

Ustavni sud je u odluci Vanjak ponovio opća ustavnopravna stajališta o obvezama sudova pri izvršenju presuda ESLJP-a, u kojima je utvrđena povreda prava na pravično suđenje u smislu članka 6. Konvencije u kaznenim postupcima i u drugim postupcima u kojima se primjenjuju odredbe Zakona o kaznenom postupku. Istaknuo je da se u pitanjima izvršenja presuda Europskog suda, domaća sudska praksa mora izgrađivati tako da uvažava međunarodne pravne obveze koje za Republiku Hrvatski proizlaze iz Konvencije. Također da je ustavnopravna osnova za izvršenje presuda Europskog suda u Republici Hrvatskoj sadržana u članku 46. stavku 1. Konvencije u vezi s člancima 115. stavkom 3. i 134. Ustava. Nadležni sudovi obvezni su u svojim odlukama tu ustavnopravnu osnovu naznačiti uvijek kad je riječ o postupku izvršenja presuda ESLJP-a zajedno s pravnom osnovom domaćeg prava mjerodavnom za konkretan slučaj. Ustavni sud istaknuo je da je presuda Europskog suda u kojoj je utvrđena povreda konvencijskog prava uvijek “nova činjenica” koja mora dovesti do ispitivanja osnovanosti zahtjeva podnositelja za izmjenu pravomoćne sudske odluke na temelju odluke ESLJP-a (prema članku 502. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku (ZID ZKP/11)<sup>68</sup>: zahtjeva za izmjenu pravomoćne sudske odluke na temelju konačne presude Europskog suda), ako će biti podnesen. Nadalje da je nadležni sud ovlašten ispitati u svakom pojedinom slučaju je li takav zahtjev osnovan ili ne. Drugim riječima, zahtjev nije dopušteno odbaciti. Ispitivanje osnovanosti zahtjeva, prema stajalištu Ustavnog suda izričito navedenom u ovoj odluci, mora biti utemeljeno na osobitim okolnostima konkretnog slučaja (ponajprije na prirodi djela i/ili težini kazne) i na utvrđenjima o povredama i razlozima za ta utvrđenja koji su sadržani u presudi Europskog suda te na sudskoj praksi tog suda. Ustavni sud je naveo da je nadležni sud ovlašten nakon ispitivanja osnovanosti zahtjeva odbiti ga ili prihvatiti. U slučaju njegova odbijanja zbog neosnovanosti, pravila o “vidljivosti pravde” i “održavanju legitimnog povjerenja građana u državu

66 Odluka U-III-3304/2011 od 23. siječnja 2013., Narodne novine, br. 13/13.

67 *Vanjak protiv Hrvatske*, presuda od 14. siječnja 2010., zahtjev br. 29889/04.

68 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku, Narodne novine br. 80 od 13. srpnja 2011.

i pravo koje ona stvara”, inherentnima vladavini prava, traže od nadležnog suda da pokaže kako postoje okolnosti za njegovo odbijanje i da ih dostatno obrazlože. Ako se te pretpostavke ispune, odbijanje zahtjeva neće se moći kvalificirati kao neizvršenje presude ESLJP-a. U odluci je navedeno da sve dok se osnovanost zahtjeva za izmjenu pravomoćne sudske odluke na temelju odluke Europskog suda (prema članku 502. ZID ZKP/11: zahtjeva za izmjenu pravomoćne sudske odluke na temelju konačne presude Europskog suda), ne ispita u skladu sa stajalištima izraženim u ovoj odluci, ima se smatrati da je podnositelj takvog zahtjeva i dalje žrtva povrede prava na pravično suđenje u smislu članka 29. stavka 1. Ustava i članka 6. stavka 1. Konvencije. Ustavni sud istaknuo je da se navedena stajališta odgovarajuće primjenjuju u svim postupcima koji se pokreću radi ponovnog (novog) suđenja kao pojedinačne mjere izvršenja presude ESLJP-a, u kojoj je utvrđena povreda prava na pravično suđenje ili povreda nekoga drugog konvencijskog prava.<sup>69</sup>

### **9. ODLUKA USTAVNOG SUDA U-III-334/2013 (MAĐER PROTIV HRVATSKE)**<sup>70</sup>

Podnositelj je podnio 18. siječnja 2013. ustavnu tužbu radi zaštite ustavnih prava u postupku izvršenja presude *Mađer protiv Hrvatske*.<sup>71</sup> Ustavna tužba podnesena je u povodu rješenja kojima je odbačen kao nepravodoban zahtjev podnositelja za obnovu kaznenog postupka dovršenog pravomoćnom presudom Županijskog suda u Velikoj

69 Ustavni sud u odluci navodi: “Zaključno, u pitanjima izvršenja presuda Europskog suda domaća sudska praksa mora se izgrađivati tako da uvažava međunarodnopravne obveze koje za Republiku Hrvatsku proizlaze iz Konvencije. Mora biti u suglasnosti s navedenim relevantnim pravnim stajalištima i praksom Europskog suda jer su one za Republiku Hrvatsku obvezujućii međunarodnopravni standardi.

To znači da je svaka presuda protiv Republike Hrvatske u kojoj je Europski sud utvrdio povredu Konvencije za nadležna domaća tijela - nova činjenica. Snagu te nove činjenice najbolje je opisao njemački Savezni ustavni sud kad je u povodu presude Europskog suda *M. protiv Njemačke* (17. prosinca 2009., zahtjev br. 19359/04) te više istovrsnih presuda koje su poslije toga uslijedile u svojoj presudi Sigurnosni zatvor I. od 4. svibnja 2011. utvrdio:

“1. Odluke Europskog suda, koje sadrže nove aspekte za tumačenje Temelnog zakona, ekvivalentne su pravno relevantnim promjenama koje mogu dovesti do prevladavanja učinaka konačnih i obvezujućih odluka i samog Saveznog ustavnog suda.”

(“1. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die neue Aspekte für die Auslegung des Grundgesetzes enthalten, stehen rechtserheblichen Änderungen gleich, die zu einer Überwindung der Rechtskraft einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führen können.” - BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 4. Mai 2011 - 2 BvR 2365/09-2 BvR 740/10-2 BvR 2333/08-2 BvR 1152/10-2 BvR 571/10, Absatz-Nr., 1-178).

Ustavni sud na kraju podsjeća i na članak 31. stavak 3. Ustava koji izrijeком dopušta mogućnost obnove kaznenog postupka ako je to propisano zakonom “u skladu s međunarodnim ugovorom”.

To zaključno znači da je presuda Europskog suda uvijek “nova činjenica” koja mora dovesti do ispitivanja osnovanosti zahtjeva za izmjenu pravomoćne sudske odluke na temelju odluke Europskog suda, ako takav zahtjev bude podnesen.”

70 Odluka i rješenje broj: U-III-334/2013 od 30. siječnja 2014., Narodne novine, br. 24/14.

71 *Mađer protiv Hrvatske*, presuda od 21. lipnja 2011., zahtjev br. 56185/07.

Gorici, broj: K-27/04 od 16. siječnja 2006.

Ustavni sud je utvrdio da je ovaj predmet povezan s postupkom izvršenja presude ESLJP-a, ali se konkretno pitanje oko kojega je nastao spor i koje se ovdje razmatra iscrpljuje isključivo u načinu na koji su nadležni domaći sudovi protumačili i primijenili domaće pravo vezano uz rok u kojem je stranka dužna nadležnom domaćem sudu podnijeti zahtjev za izmjenu domaće kaznene presude. Nadalje, da je pitanje roka za podnošenje zahtjeva za izmjenu domaće kaznene presude stvar domaćeg prava jer ni Konvencija ni praksa ESLJP-a ne priječe državama strankama da propisuju rok u kojem će biti dopušteno njegovo podnošenje. Drugim riječima, pitanje roka za podnošenje zahtjeva za izmjenu domaće kaznene presude nije povezano s međunarodnim ugovornim obvezama Republike Hrvatske koje proizlaze iz članka 46. stavka 1. Konvencije u vezi s člancima 115. stavkom 3. i 134. Ustava, to jest s međunarodnim obvezama koje je Republika Hrvatska kao ugovorna stranka prihvatila ratifikacijom Konvencije i priznavanjem jurisdikcije ESLJP-a u svim predmetima koji se tiču tumačenja i primjene Konvencije. Stoga se na konkretni prigovor, u čijem je središtu spor oko primjenjivosti roka za podnošenje zahtjeva za izmjenu domaće kaznene presude, propisanog domaćim pravom, na konkretan slučaj podnositelja, ne primjenjuju načelna pravna stajališta vezana uz opće obveze Republike Hrvatske u postupku izvršenja presuda i odluka ESLJP-a koja je Ustavni sud utvrdio u odluci broj: U-III-3304/2011. Ustavni sud naveo je da se stajališta iznesena u toj odluci odnose na fazu postupka u kojoj nadležni sud ispituje postojanje razloga za obnovu kaznenog postupka u svjetlu presude ESLJP-a kao "nove činjenice" ili "novog dokaza" (točka 32. obrazloženja odluke broj: U-III-3304/2011). U toj je fazi nadležni sud uvijek dužan meritorno ispitati podneseni zahtjev u svjetlu osobitih okolnosti konkretnog slučaja (ponajprije prirode djela i/ili težine kazne), polazeći od utvrđenja o povredama i od razloga za ta utvrđenja koji su sadržani u presudi ESLJP-a i sudskoj praksi tog suda.

Kad je riječ o podnositeljevu zahtjevu za izmjenu domaće kaznene presude koji je predmet ustavnosudskog postupka u predmetu U-III-334/2013, Ustavni sud je naveo da proizlazi da bi načelna stajališta iznesena u odluci, broj: U-III-3304/2011, mogla biti relevantna samo u postupku koji će uslijediti tek pod uvjetom da nadležni sud u postupku koji će ponoviti na temelju ove odluke, poštujući stajališta Ustavnog suda, riješi da se na podnositeljev slučaj ne primjenjuje rok iz članka 44. ZID-a ZKP/11 (članka 502. stavka 3. ZKP-a). Uz detaljno obrazloženje, Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu te zaključno naveo da je nadležni prvostupanjski sud dužan u ponovljenom postupku ponovo ispitati pravodobnost podnositeljeva zahtjeva za izmjenu domaće kaznene presude od 30. siječnja 2012., uvažavajući stajališta izražena u točkama od 27. do 31. odluke i rješenja Ustavnog suda U-III-334/2013.

## **10. ODLUKA USTAVNOG SUDA U-III-2166/2016 (B. I DRUGI PROTIV HRVATSKE)<sup>72</sup>**

Ustavni sud je 2. studenoga 2016. donio odluku, broj: U-III-2166/2016, kojom je usvojio ustavnu tužbu podnositeljica zbog propuštanja sudova (Općinskog i Županijskog) da "izvrše konačnu i obvezujuću presudu Europskog suda za ljudska prava u predmetu B. i drugi protiv Hrvatske od 18. lipnja 2015. (zahtjev broj 71593/11) u smislu članka 46. stavka 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ... u vezi s člankom 115. stavkom 3. i člankom 134. Ustava ...". Točkom II. izreke ukinuta su rješenja redovnih sudova. Prednik podnositeljica ubijen je 1991. u Sisku. Godine 1991. podnesena je kaznena prijava protiv nepoznate osobe, a 20. lipnja 2011. protiv tri osobe zbog optužbi za ratne zločine protiv civilnog stanovništva – prijava je uključivala i ubojstvo prednika podnositeljica. Pravomoćnom presudom V.M. osuđen je na kaznu zatvora od deset godina (prvostupanjska presuda donesena je 9. prosinca 2013., a drugostupanjska 10. lipnja 2014.). Podnositeljice su 15. veljače 2005. podnijele tužbu radi naknade štete zbog smrti njihovog prednika. Tužbeni zahtjev pravomoćno je odbijen (prvostupanjska presuda od 6. travnja 2005., drugostupanjska od 11. rujna 2008., presuda Vrhovnog suda od 19. svibnja 2010., ustavna tužba odbačena je, u tzv. velikoj trijaži - meritorni odbačaj: U-III-4378/2010 od 18. svibnja 2011.). Sudovi su utvrdili da je nastupila zastara, a članak 377. Zakona o obveznim odnosima se ne može primijeniti budući da nema dokaza da je vođen kazneni postupak. Nakon pravomoćnog okončanja kaznenog postupka podnositeljice su podnijele prijedlog za ponavljanje postupka, koji je pravomoćno odbačen jer je nepravodoban (protekao je rok od pet godina u kojem se može podnijeti prijedlog za ponavljanje iz razloga saznanja za nove činjenice i dokaze; čl. 421. st. 1. t. 10. Zakona o parničnom postupku<sup>73</sup>). Podnositeljice su 11. studenoga 2011., tj. prije dovršetka kaznenog postupka i prije podnošenja prijedloga za ponavljanje parničnog postupka, podnijele zahtjev ESLJP-u.

ESLJP je presudom *B. i drugi protiv Hrvatske* od 20. listopada 2015. utvrdio: "73. Sud primjećuje da policijski izvidi glede okolnosti V.B.-ove smrti nisu bili neovisni. Konkretno, istraga je povjerena sisačkoj policiji, istim onim snagama za čije se načelnike sumnjalo da su sudjelovali u događajima povezanim s ubojstvom V.B.-a. Zamjenik načelnika policije osuđen je za organizaciju i toleriranje djela koja uključuju ubojstvo V.B.-a. Prema mišljenju Suda, ti čimbenici predstavljali su očiti sukob interesa i nedostatak neovisnosti istražnih tijela (vidi, *mutatis mutandis*, *Gharibashvili protiv Gruzije*, br. 11830/03, § 68., 29. srpnja 2008.). Sukob interesa potkrjepljuje stajalište o nedostatku istinske volje policije da identificira izravne počinitelje (vidi stavke 70. i 71. ove presude).

74. Uzimajući u obzir gore navedeno, Sud smatra da su gore opisani nedostaci dovoljni kako bi se zaključilo da nacionalne vlasti nisu provele odgovarajuću, neovisnu i učinkovitu istragu okolnosti ubojstva srodnika podnositelja zahtjeva. Prema tome

72 Odluka broj: U-III-2166/2016 od 2. studenoga 2016. ([www.usud.hr](http://www.usud.hr)).

73 Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 84/08., 96/08., 123/08., 57/11., 148/11., 25/13. i 89/14.

došlo je do povrede postupovne obveze članka 2. Konvencije.”

ESLJP je primijetio da je V.M. osuđen za ratne zločine protiv civilnog stanovništva kao zapovjednik policijskih snaga na širem području Siska i Banovine i zamjenik načelnika sisačke policije, jer je dopustio ubojstva osoba srpskog etničkog podrijetla te nije poduzeo potrebne mjere za sprječavanje tih ubojstava. Međutim, nije utvrđeno tko su izravni počinitelji. ESLJP je smatrao da domaće vlasti nisu učinile sve što je bilo u njihovoj moći kako bi se identificirali izravni počinitelji. Ostale prigovore nije posebno razmatrao (prigovor diskriminacije iz čl. 14., prigovor nepostojanja djelotvornog pravnog sredstva iz čl. 13. Konvencije), odnosno odbacio ih je. Prigovor u vezi s člankom 6. Konvencije (pristup sudu zbog odbijenog tužbenog zahtjeva za naknadu štete primjenom pravila o zastari) odbacio je kao očito neosnovan, a prigovor u vezi s člankom 5. Konvencije (odvođenje prednika podnositeljica od strane uniformiranih osoba u kolovozu 1991.) odbacio je kao nedopušten *ratione temporis*. ESLJP je dosudio podnositeljima 20.000 eura na ime naknade nematerijalne štete. Odbio je zahtjev za naknadu materijalne štete (troškovi nadgrobnog spomenika). Međutim, u ovom predmetu ESLJP je utvrdio samo povredu postupovnog aspekta članka 2. Konvencije. Prema tomu, Sud smatra da ne postoji uzročna veza između zahtjeva za naknadu materijalne štete i utvrđene povrede te je odbio zahtjev za naknadu materijalne štete. Nakon konačnosti presude ESLJP-a podnositeljice su prvostupanjskom parničnom sudu podnijele zahtjev za ponavljanje postupka temeljeći ga na konačnoj presudi ESLJP-a. U zahtjevu su kao pravnu osnovu naznačile članak 421. stavak 1. točka 10. ZPP-a. Sudovi su odbacili zahtjev jer je protekao rok od pet godina u kojem se može podnijeti prijedlog za ponavljanje postupka iz razloga saznanja za nove činjenice i dokaze (članak 421. stavak 1. točka 10. ZPP-a), stavljajući im na teret pogrešno označavanje pravne osnove.

Ustavni sud je u odluci U-III-2166/2016 prvo primijetio da su nadležni sudovi slučaj podnositeljica ustavne tužbe tumačili tako da su zahtjev iz članka 428.a ZPP-a u cijelosti poistovjetili s prijedlogom za ponavljanje postupka iz članka 421. stavka 1. ZPP-a. Drugačije rečeno, nisu uvažili činjenicu da članak 428.a ZPP-a uređuje posebno pravno sredstvo, u vezi s ponavljanjem postupka u povodu konačne presude ESLJP-a, pod nazivom zahtjev za izmjenu (pravomoćne sudske) odluke, a ne prijedlog za ponavljanje postupka propisan člankom 421. stavkom 1. ZPP-a. Ustavni sud je ocijenio očitim da navedena distinkcija nije samo terminološke prirode. Nadalje, da razlog za navedeno poistovjećivanje leži u postupanju prvostupanjskog suda koji je svoju ocjenu zakonske osnove zahtjeva podnositeljica donio na način koji ne korespondira s njegovim sadržajem te “mehaničkom” vezivanju sudova uz (pogrešnu) zakonsku osnovu koju su podnositeljice navele u zahtjevu, tj. uz formalno navedeni članak 421. stavak 1. točku 10. ZPP-a, umjesto da svoju ocjenu o dopuštenosti zahtjeva donesu uzimajući u obzir sadržaj zahtjeva, tj. kontekst i sagledavajući pravni problem u cjelini. Naime, prema ocjeni Ustavnog suda, sudovi nisu uzeli u obzir da su podnositeljice podnesak kojim su nakon nastupa konačnosti presude ESLJP-a zatražile ponavljanje parničnog postupka nazvale: “Zahtjev za ponavljanje postupka” te da su potom u podnesku navele da ga podnose na temelju konačne presude ESLJP-a, u roku propisanom ZPP-om i da traže izmjenu pravomoćne prvostupanjske presude, kao i

da su u podnesku priložile obavijest ESLJP-a o nastupu konačnosti njegove presude, broj 71593/11 od 18. lipnja 2015. te tu presudu, sve u preslici, dostavile u tekstu na engleskom jeziku. Nadležni sudovi su odlučivali o zahtjevu podnositeljica za izmjenu pravomoćne sudske odluke na temelju odluke ESLJP-a kao da nije riječ o pravnoj stvari s međunarodnopravnim elementima i kao da nije riječ o izvršenju međunarodne ugovorne obveze Republike Hrvatske koja proizlazi iz presude ESLJP-a. Takvim postupanjem, koje je rezultiralo odbacivanjem zahtjeva podnositeljica, prema ocjeni Ustavnog suda, domaći su sudovi povrijedili članak 46. stavak 1. Konvencije u vezi s člancima 115. stavkom 3. i 134. Ustava. Prema utvrđenoj praksi Ustavnog suda takvo je postupanje nesuglasno i s člancima 3. i 5. Ustava. Takvu primjenu mjerodavnog propisa u konkretnom slučaju Ustavni sud je ocijenio kao nefleksibilnu i "mehaničku", odnosno kao pretjerani (ekscesivni) formalizam u suđenju. Ustavni sud je ocijenio da su zbog navedenog postupanja sudova podnositeljice i dalje žrtve povrede prava svakoga na život u postupovnom aspektu članka 2. Konvencije, odnosno članka 21. stavka 1. Ustava.

### **11. ODLUKA USTAVNOG SUDA U-III-5081/2015 (DRAGOJEVIĆ PROTIV HRVATSKE)<sup>74</sup>**

U odluci U-III-5081/2015 Ustavni sud utvrdio je da nije došlo do propusta sudova u izvršenju presude ESLJP-a *Dragojević protiv Hrvatske*.<sup>75</sup> Tom presudom ESLJP-a utvrđena je povreda članka 8. Konvencije jer "postupak za nalaganje i nadziranje provođenja mjera prisluškivanja telefona podnositelja nije bio u potpunosti u skladu s pretpostavkama zakonitosti, niti je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo podnositelja na poštovanje njegova privatnog života i dopisivanja na ono što je bilo 'nužno u demokratskom društvu'." Prijedlog podnositelja za obnovu kaznenog postupka sudovi su odbili. Ustavni sud primijetio je da ESLJP u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* nije odredio obnovu kaznenog postupka (kao pojedinačnu mjeru za izvršenje presude ESLJP-a) zbog utvrđene povrede članka 8. Konvencije već je podnositelju odredio pravično obeštećenje, koje je dužna isplatiti Republika Hrvatska. Nije utvrdio niti povredu članka 6. Konvencije, jer je utvrdio da se kaznena osuda temelji ne samo na dokazima koji su dobiveni nezakonitim posebnim izvidnim mjerama, već i na drugim dokazima koji su izvedeni u ranije provedenom kaznenom postupku. Podnositeljev zahtjev za izmjenu pravomoćne presude odbijen je kao neosnovan jer su nadležni sudovi utvrdili da se pravomoćna presuda, kojom je podnositelj proglašen krivim u prethodno vođenom kaznenom postupku, ne temelji samo na dokazima koji su pribavljeni uporabom tajnih prislušnih uređaja, već i na iskazima svjedoka i drugih suoptuženika te činjenicama proizašlim iz pregledanih isprava. Nadležni sudovi razmotrili su sve podnositeljeve prigovore i utvrdili da nema uvjeta za izmjenu pravomoćne presude na temelju članka 502. ZKP-a/08.<sup>76</sup> Prema

74 Odluka U-III-5081/2015 od 1. lipnja 2016., Narodne novine, br. 59/16.

75 *Dragojević protiv Hrvatske*, presuda od 15. siječnja 2015. (zahtjev br. 68955/11).

76 Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12., odluka Ustavnog suda broj: U-I-448/2009 i dr. od 19. srpnja 2012., 143/12., 56/13. i 145/13.



ocjeni Ustavnog suda nadležni sudovi iznijeli su ozbiljne, relevantne i dostatne razloge za svoja rješenja, pa Ustavni sud nije utvrdio ponovnu povredu prava zajamčenog člankom 8. Konvencije.

## **12. ODLUKA USTAVNOG SUDA U-III-1816/2017 (DŽINIĆ PROTIV HRVATSKE)<sup>77</sup>**

Odlukom U-III-1816/2017 Ustavni sud odbio je ustavnu tužbu u odnosu na prigovore podnositelja vezane uz postupak za izmjenu pravomoćne sudske odluke u povodu presude ESLJP-a *Džinić protiv Hrvatske*<sup>78</sup>, a koji se odnose na povredu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju odnosno članka 48. Ustava. U kaznenom postupku vođenom protiv podnositelja sudovi su odredili privremenu mjeru osiguranja na nekretninama podnositelja da bi se osiguralo učinkovito izvršenje moguće odluke o oduzimanju imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom u iznosu od oko 1.060.000,00 eura. Na temelju tog rješenja privremena mjera osiguranja zabrane otuđenja i opterećenja nekretnina podnositelja zabilježena je u zemljišnim knjigama. ESLJP je utvrdio da je u okolnostima konkretnog slučaja “osporena blokada nepokretne imovine podnositelja zahtjeva u okviru predmetnog kaznenog postupka, iako u načelu zakonita i opravdana, određena i održavana na snazi bez utvrđivanja da li vrijednost blokirane imovine odgovara mogućoj odluci o oduzimanju protupravne imovinske koristi ostvarene počinjenjem kaznenog djela. Sud stoga smatra kako primjena takve mjere nije bila primjerena da se pokaže kako je ispunjen zahtjev 'pravične ravnoteže' sadržan u drugom stavku članka 1. Protokola br. 1.” Podnositelj je podnio zahtjev za obnovu kaznenog postupka povodom te presude ESLJP-a. Zahtjev je pravomoćno odbijen uz obrazloženje da se presudom ESLJP-a utvrđene povrede konvencijskih prava podnositelja odnose na postupanje sukladno Zakonu o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem (u daljnjem tekstu: ZoPOIK)<sup>79</sup> i to stoga što je postojala nerazmjernost vrijednosti imovine na kojoj je primijenjena privremena mjera u odnosu na vrijednost provedbe mogućeg naloga za oduzimanje imovine kao ishod kaznenog postupka. Prema ocjeni sudova te okolnosti ne mogu biti osnova za obnovu kaznenog postupka u kojemu je pravomoćno i nedvojbeno utvrđeno da je podnositelj imovinsku korist ostvario kaznenim djelom za koje je osuđen i to u novčanom iznosu od 1.800.857,74 kune, te da navedeni novčani iznos predstavlja imovinu Republike Hrvatske. Također je utvrđeno da je ukinuta predmetna privremena mjera, koja se odnosila na blokadu predmetnih nekretnina. Prema ocjeni Ustavnog suda nadležni su sudovi iznijeli ozbiljne, relevantne i dostatne razloge za svoja rješenja. Ustavni sud je naveo:

“U izvršenju presuda ESLJP-a izbor individualne mjere ovisi o tome koju povredu je taj sud utvrdio i što je, prema utvrđenju tog suda, dovelo do te povrede. Osnovni cilj individualne mjere je ispraviti utvrđenu povredu odnosno istu okončati te

77 Odluka U-III-1816/2017 od 11. srpnja 2017., Narodne novine, br. 98/17.

78 *Džinić protiv Hrvatske* od 26. travnja 2016. (zahtjev br. 38359/13).

79 Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem, Narodne novine” broj 145/10.

otkloniti njezine posljedice kako bi se podnositelja stavilo, u najvećoj mogućoj mjeri, u situaciju u kojoj bi bio da zahtjevi Konvencije nisu bili zanemareni.

Presudom *Džinić protiv Hrvatske* ESLJP je utvrdio povredu članka 1. Protokola br. 1. S obzirom na to utvrđenje i njegove razloge, ukidanjem privremene mjere izvršena je presuda ESLJP-a te podnositelj više nije žrtva utvrđene povrede, bez obzira na pravni temelj ukidanja te mjere. Obnova kaznenog postupka koji je dovršen pravomoćnom presudom Županijskog suda u Vukovaru broj: K-41/11 od 11. srpnja 2014. nije ni nužna niti prikladna mjera za izvršenje presude *Džinić protiv Hrvatske*. Iz te presude ESLJP-a ne proizlazi da bi kaznena presuda kojom je dovršen postupak čiju obnovu traži podnositelj u meritumu bila protivna Konvenciji niti da je veza između te presude i utvrđene povrede takva da bi povreda mogla biti ispravljena obnovom tog postupka. U vezi navoda podnositelja da je obnova postupka potrebna radi saniranja posljedica nerazmjerne privremene mjere (naknada materijalne štete), Ustavni sud ističe da u konkretnom slučaju obnova kaznenog postupka dovršenog presudom od 11. srpnja 2014. nije prikladna mjera niti za otklanjanje eventualnih posljedica povrede koju je utvrdio ESLJP, jer se o šteti koja je posljedica privremene mjere ne može raspravljati u (obnovljenom) kaznenom postupku već u postupku predviđenom člankom 17. ZoPOIK-a.”

### 13. ZAKLJUČNO

U Rezoluciji Parlamentarne skupštine Vijeća Europe Rec 1516 (2006) o izvršenju presuda Europskog suda za ljudska prava, u točki 1. navodi se: “Parlamentarna skupština naglašava da je poštovanje Europske konvencije za ljudska prava (EKLJP – ETS br. 5), uključujući i obveznu nadležnost Europskog suda za ljudska prava (Suda) i njegove obvezujuće presude, glavni stup europskog javnog poretka koji jamči mir, demokraciju i dobro upravljanje na širem području Europe. Stoga je bitno da Skupština i dalje pokazuje živo zanimanje za razne vidove sustava EKLJP-a, a posebno za djelotvornu provedbu presuda Suda, o kojima ovisi ovlast Suda.” Skupština je primijetila da je provedba presuda ESLJP-a složen pravni i politički proces kojemu je cilj ispraviti utvrđene povrede i spriječiti nove ili slične. Toj provedbi, koja se odvija pod nadzorom Odbora ministara, kako ističe Skupština, može pripomoći bliska suradnja između domaćih i ostalih institucija, uključujući i Skupštinu i parlamente država članica.<sup>80</sup>

80 U Preporuci Parlamentarne skupštine Vijeća Europe Rec 1516(2006) o izvršenju presuda Europskog suda za ljudska prava navodi se:

“1. Pozivajući se na svoju Rezoluciju 1516 (2006) o provedbi presuda Europskog suda za ljudska prava, Parlamentarna skupština poziva Odbor ministara da, kao Konvencijom utvrđeni jamac provedbe presuda Suda, svim raspoloživim sredstvima poveća svoju djelotvornost, te mu u tom smislu preporučuje da:

1.1. se s posebnom pažnjom odnosi prema najvažnijim problemima u provedbi presuda, posebno onima koji su utvrđeni u Rezoluciji 1516 (2006), te da Skupštinu što je prije moguće izvijesti o rezultatima ostvarenim u rješavanju tih problema;

1.2. poboljša koordinaciju kako između tijela Vijeća Europe tako i s Europskom unijom i međunarodnim institucijama kako bi se osiguralo da se zahtjevi iz presuda Suda na odgovarajući

O važnosti izvršenja presuda ESLJP-a možemo progovarati iz više aspekata i dobar je znak da je tema posljednjih godina sve prisutnija i u teoriji, ali i u praksi. Edukacija i prihvaćanje europskih standarda nezaobilazni su na svim stranama naših sudnica. Posebno naglašavamo važnost i snagu poznavanja konvencijskog prava i prakse u odvjetništvu, u postavljanju smjera u podnescima od samih početaka, što može učiniti razliku u konačnom uspjehu u sporu.

---

način odražavaju u njihovim aktivnostima i da njihove aktivnosti idu u prilog ispunjenju tih zahtjeva;

1.3. unaprijedi svoju komunikacijsku politiku kako bi važna pitanja koja se odnose na provedbu članka 46. (obvezatna snaga i izvršenje presuda) Europske konvencije o ljudskim pravima (ETS br. 5) dobila potrebnu vidljivost na europskoj razini i unutar država članica, te da se istovremeno pobrine da njegov rad bude transparentniji, a tekstovi koje izradi tim povodom budu lako dostupni;

1.4. potakne države članice da poboljšaju, a gdje je potrebno i uspostave domaće mehanizme i postupke – kako na razini vlada, tako i na razini parlamenata – kako bi se osigurala pravovremena i djelotvorna provedba presuda Suda kroz koordinirano djelovanje svih nacionalnih činitelja kojih se to tiče, te uz potrebnu potporu na najvišoj političkoj razini;

1.5. poveća pritisak i poduzme odlučnije mjere u slučajevima kad država članica i dalje ne izvršava presudu bilo zbog odbijanja da to učini, nemara ili nesposobnosti da poduzme odgovarajuće mjere.”

## LITERATURA

1. Elisabeth, Lambert, Abdelgawad: The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability, [http://www.zaoerv.de/69\\_2009/69\\_2009\\_3\\_a\\_471\\_506.pdf](http://www.zaoerv.de/69_2009/69_2009_3_a_471_506.pdf) (pregledano 6. svibnja 2017.)
2. Elisabeth, Lambert, Abdelgawad: The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights, Human rights files, No 19, 2nd ed., [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19\(2008\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19(2008).pdf) (pregledano 6. svibnja 2017.)
3. Dia Anagnostou, Alina Mungiu-Pippidi: Domestic Implementation of Human Rights Judgments in Europe: Legal Infrastructure and Government Effectiveness Matter, *The European Journal of International Law*, vol. 25, br. 1, 2014. <http://www.ejil.org/pdfs/25/1/2483.pdf> (pregledano 6. svibnja 2017.)
4. Bačić, Arsen, Vladavina prava i institucije kontrole ustavnosti zakona, u: Savjetovanje "Interpretativna uloga ustavnog suda, Novi Vinodolski, 27. – 29. rujna 2000.,
5. Burić, Zoran, Obveza izvršenja konačnih presuda Europskog suda za ljudska prava – u povodu odluke i rješenja Ustavnog suda Republike Hrvatske broj uIII-3304/2011 od 23. siječnja 2013., *Zagrebačka pravna revija*, vol. 2., br. 1., 2013.
6. Gomien, Donna, Kratak vodič kroz Europsku konvenciju o ljudskim pravima (hrvatski prijevod Josip Kregar, Dubravka Šimonović), Organizator, Sveučilišna tiskara, Zagreb, 1996.
7. Herdegen, Matthias, *Europsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2003.
8. Keller, Helen, Marti, Cedric: Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights' Judgments, *The European Journal of International Law*, vol. 26, br. 4., 2016. <http://www.ejil.org/article.php?article=2612&issue=129> (pregledano 6. svibnja 2017.)
9. Konforta, Marijana, Implementacija presuda Europskog suda za ljudska prava, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 24.-broj 2/2017.
10. Marković, Sandra i Trgovac, Sanja, Postupak izvršenja presude Europskog suda za ljudska prava pred domaćim tijelima – ustavnosudski aspekt", *Hrvatska pravna revija*, listopad 2016.
11. Marković, Sandra i Trgovac, Sanja, Prihvatanje standarda Europskog suda za ljudska prava u zaštiti proceduralnog aspekta članka 2. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda", *Hrvatska pravna revija*, srpanj-kolovoz 2016.
12. Omejec, Jasna: Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, *Strasbourgški acquis*, Novi informator, Zagreb, 2013.
13. Omejec, Jasna: Vijeće Europe i Europska unija, institucionalni i pravni okvir, *Novi informator*, Zagreb, 2008.
14. Omejec, Jasna: Izvršenje presuda i odluka Europskog suda za ljudska prava, 2012.
15. Potočnjak, Željko i Stresec, Mirjana, u: *Europski sud za ljudska prava i Ustavni sud Republike Hrvatske u zaštiti ljudskih prava*, (Hrvatsko ustavno sudovanje *de lege lata i de lege ferenda*", ur. Jakša Barbić, Zagreb, 2009.
16. Smerdel, Branko, O ustavima i ljudima, *Uvod u ustavnopravnu kazuistiku*, *Novi informator*, Zagreb, 2012.
17. 10th Annual Report of the Committee of Ministers, Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights, 2016 <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680706a3d> (pregledano 6. svibnja 2017.).

18. Vodič za sastavljanje akcijskih planova i izvješća o izvršenju presuda Europskog suda za ljudska prava <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680592208> (pregledano 6. svibnja 2017.)
19. Nadziranje izvršenja presuda Europskog suda za ljudska prava, autorice: Başak Çali i Nicola Bruch, svibanj 2011.

**Sanja Trgovac\***

**Sidonija Grbavac\*\***

**Sandra Marković\*\*\***

Summary

## **THE CONSTITUTIONAL COURT'S VIEW ON THE EXECUTION OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

This paper presents the supervisory mechanisms established to guarantee the execution of the judgments of the European Court of Human Rights and decisions on the conditions for amicable dispute resolution. It points to the obligations that stem from these judgments and decisions for the contracting states, and emphasises the Constitutional Court aspect of this significant topic within the framework of protecting human rights and fundamental freedoms. It focuses on the period within which the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms has been applied in Croatia, and underlines the importance of the interpretative role of courts, with special attention given to the Constitutional Court of the Republic of Croatia and to the ECtHR. The topic is analysed mostly from the aspect of the Constitutional Court, building on the foundations that Professor Omejec laid in this field in the Republic of Croatia by firmly and widely embracing the European Court of Human Rights in the constitutional vision, and by drawing around herself a pool of experts, practitioners and persons for whom constitutional law and constitutional adjudication are a vocation, and not just a profession, in the course of fifteen years of analysing and creating pieces of the Constitutional Court and constitutional law mosaic of constitutional and convention law. We have constantly within reach on our desk the foundations and knowledge of the execution of ECtHR judgments in a book by Professor Omejec, a legal expert engaged in convention law, which analyses in detail the Strasbourg acquis. The current paper, by referring to this essential piece of literature, builds on the positions of the Constitutional Court and the influence of the ECtHR.

**Keywords:** *Constitutional Court of the Republic of Croatia, European Court of Human Rights, case law, rule of law, Constitution of the Republic of Croatia, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Committee of Ministers.*

---

\* Sanja Trgovac, Senior Constitutional Court Legal Advisor – Mentor; sanja\_trgovac@usud.hr.

\*\* Sidonija Grbavac, Attorney at Law, Zagreb; sidonija.grbavac@gmail.com.

\*\*\* Sandra Marković, Ph. D., Attorney at Law, Zagreb; sandra\_68\_m@hotmail.com.

Zusammenfassung

**DIE ANSICHT DES KROATISCHEN  
VERFASSUNGSGERICHTS ÜBER DIE VOLLSTRECKUNG  
DER URTEILE DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS  
FÜR MENSCHENRECHTE**

In der Arbeit werden die zur Gewährleistung der Vollstreckung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und der Entscheidungen über gültliche Streitbeilegung festgestellten Aufsichtsmechanismen besprochen. Es wird auf die aus diesen Urteilen und Entscheidungen hervorgehenden Pflichten für die Staatsparteien der Konvention hingewiesen. Die Ansicht des kroatischen Verfassungsgerichts über dieses wichtige Thema im Bereich des Schutzes der Menschenrechte und Grundfreiheiten wird auch besprochen. Man erörtert auch die Zeit, seit der die Europäische Menschenrechtskonvention in der Republik Kroatien angewandt wird. Ebenfalls wird auf die auslegende Rolle von Gerichten hingewiesen unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsgerichts der Republik Kroatien und des EGMR. Das Thema wird vor allem aus der Perspektive des Verfassungsrechts analysiert, wobei man aus den von der Professorin Omejec gelegten Grundlagen in der Republik Kroatien herausgeht. Die Grundlagen und das Bewusstsein über die Vollstreckung der Urteile des EGMR kann man im Buch von Professorin Omejec finden, in dem der Besitzstand des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte detailliert analysiert wird. Deshalb unterstützt man in dieser Arbeit die Standpunkte des kroatischen Verfassungsgerichts und des EGMR.

*Schlüsselwörter: Verfassungsgericht, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit, Verfassung, Konvention, Ministerrat.*

Riassunto

**UNO SGUARDO GIUSCOSTITUZIONALE  
SULL'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE  
EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

Nel lavoro si espongono i meccanismi di controllo previsti al fine di garantire l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle decisioni sulle condizioni per la risoluzione bonaria del contenzioso. Si osservano gli obblighi derivanti da tali sentenze e dalle decisioni per gli stati contraenti responsabili, ponendo l'accento sull'aspetto stragiudiziale di questa significativa questione nell'ambito della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. Si sottolinea il tempo di vigenza della

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e si pone l'accento sulla funzione del ruolo interpretativo delle corti, in particolare della Corte Costituzionale della Repubblica di Croazia e della CEDU. La questione viene trattata prevalentemente dall'aspetto giuscostituzionalista seguendo le basi che in tale ambito nella Repubblica di Croazia ha posto la prof. Omejec, introducendo dalla porta principale la CEDU nella visione costituzionale e formando accanto a sé esperti e persone che del diritto costituzionale e della giustizia costituzionale hanno fatto una vocazione e non solo una professione, e ciò attraverso quindici anni di analisi e creazione di un mosaico di diritto costituzionale e di giustizia costituzionale permeato dai principi del diritto convenzionale. Le basi e le conoscenze relative all'esecuzione delle sentenze della CEDU le rinveniamo nella letteratura, il libro della prof. Omejec, che analizza in maniera dettagliata l'acquis di Strasburgo. Pertanto in questo lavoro, rinviando a tale lettura fondamentale, si continua con gli orientamenti della Corte Costituzionale e con l'influsso delle parole della CEDU.

**Parole chiave:** *Corte Costituzionale, Corte Europea dei diritti dell'uomo, giurisprudenza, principio di legalità, Costituzione, Convenzione, Commissione dei Ministri.*



## TROŠKOVI UPRAVNOG SPORA NAKON NOVELE ZAKONA O UPRAVNIM SPOROVIMA 2017.

Senka Orlić-Zaninović, dipl. iur.\*

UDK 342.9(497.5)(094.5)  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.22>  
Ur.: 16. siječnja 2018.  
Pr.: 19. veljače 2018.  
Stručni rad

### **Sažetak**

*U ovom radu se razmatraju problemi u primjeni članka 79. Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine", broj 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17) i članka 3. Zakona o izmjeni i dopuni Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 29/17) koji su se pojavili u praksi upravnih sudova i Visokog upravnog suda Republike Hrvatske. Različita, međusobno suprotstavljena tumačenja ovih odredbi protežu se i na različito poimanje svrhe i cilja upravnog spora u praksi sudova, kao i odnosa upravnog spora pred prvostupanjskim sudovima i žalbenog postupka pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske. Stoga će se u radu pokušati odgovoriti na dosad otvorena pitanja, prikazati usporedna zakonska rješenja susjednih država i predložiti moguća tumačenja otvorenih dvojbi te time ponukati potrebne izmjene važećega normativnog izričaja.*

**Ključne riječi:** upravni spor, troškovi upravnog spora, uspjeh u upravnom sporu.

### **1. UVODNE NAPOMENE**

U ovom radu autorica je analizirala probleme odlučivanja o troškovima upravnog spora nakon izmjene odredbe članka 79. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10, 143/12, 152/14). U prvom dijelu rada iznosi se povijesni slijed normiranja troškova upravnog spora i temeljna pitanja otvorena u praksi upravnih sudova nakon Novele iz 2017. U drugom dijelu prikazuje se usporedna rješenja vezana za odlučivanje o trošku upravnog spora u Sloveniji i Austriji, a u trećem dijelu autorica iznosi svoje prijedloge rješenja spornih pitanja.

\* Senka Orlić-Zaninović, dipl. iur., sutkinja Visokog upravnog suda Republike Hrvatske; senka.orlic@pravosudje.hr.

## **2. TROŠKOVI UPRAVNOG SPORA OD DONOŠENJA ZAKONA O UPRAVNIM SPOROVIMA DO DANAS**

Troškove upravnog spora regulira ponajprije odredba članka 79. Zakona o upravnim sporovima<sup>1</sup>, koja je u prvij inačici ovog Zakona glasila:

Članak 79.

(1) *Troškove spora čine izdaci učinjeni u tijeku ili u povodu spora. Troškovi spora obuhvaćaju i nagradu za rad odvjetnika i drugih osoba koje imaju pravo na zakonom propisanu naknadu.*

(2) *Svaka stranka prethodno sama podmiruje troškove koje je prouzročila svojim radnjama, osim ako zakonom nije drukčije propisano. Troškovi proizašli iz poduzimanja radnji po službenoj dužnosti suda predujmljuju se iz sredstava suda.*

(3) *Stranka koja izgubi spor u cijelosti snosi sve troškove spora, ako zakonom nije drukčije propisano. Ako stranka djelomično uspije u sporu, sud može, s obzirom na postignuti uspjeh, odrediti da svaka stranka snosi svoje troškove ili da se troškovi raspodijele razmjerno uspjehu u sporu.*

(4) *Stranka koja je povukla tužbu, žalbu ili drugi prijedlog koji je prouzročio troškove drugim strankama snosi troškove i tim strankama.*

(5) *Pri odlučivanju koji će se troškovi stranci nadoknaditi sud će uzeti u obzir samo troškove koji su bili potrebni radi vođenja spora.”*

U obrazloženju zakonskoga prijedloga<sup>2</sup> ove odredbe nositelj izrade prijedloga zakona istaknuo je sljedeće: *U ovom članku propisano je što čini troškove spora i kako stranke podmiruju te troškove. Predloženo je pravilo da svaka stranka prethodno sama podmiruje troškove koje je prouzročila svojim radnjama, no stranka koja izgubi spor u cijelosti je dužna podmiriti sve troškove spora.*

Već tada se pojavilo pitanje što znači izgubiti upravni spor, dakle koliki je doseg ove odredbe Zakona.

Novelom iz 2012. godine<sup>3</sup> odredba članka 79. u cijelosti se mijenja i glasi: *U upravnim sporovima svaka stranka podmiruje svoje troškove.* U obrazloženju<sup>4</sup> konačnog prijedloga ove izmjene navodi se sljedeće:

*Primjena Zakona o upravnim sporovima, u prvih devet mjeseci 2012. godine, ukazala je na potrebu drugačijeg reguliranja odredbi o troškovima upravnog spora. Slijedom toga predložena je izmjena odredbe članka 79. Zakona o upravnim sporovima na način da svaka stranka podmiruje svoje troškove. U dosadašnjoj primjeni Zakona o upravnim sporovima ukazala se potreba preispitivanja odredbe o troškovima postupka. Uočeno je da je ova odredba nekritički projicirana u ovaj Zakona po uzoru na rješenja iz Zakona o parničnom postupku, a čija se rješenja (što pokazuje iskustvo) ne mogu u cijelosti primjenjivati u institutima upravnog spora. Stoga se, predloženom*

1 Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, broj 20/10.

2 PZE\_378. Rasprava je zaključena 28. siječnja 2010. Zakon je donesen na 16. sjednici Hrvatskog sabora 29. siječnja 2010. (110 glasova “za”, 1 “suzdržan”).

3 Članak 17. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, broj 143/2012.

4 P. Z. br. 94, Rasprava je zaključena 5. prosinca 2012., Zakon je donesen na 6. sjednici, 7. prosinca 2012. (85 glasova “za”, 28 “protiv”, 3 “suzdržana”).

izmjenom propisuje da svaka stranka podmiruje svoje troškove. Naime, odredbama o mjesnoj nadležnosti nastojalo se upravno sudovanje maksimalno približiti građanima i drugim strankama tako da je za rješavanje u upravnom sporu mjesno nadležan upravni sud na području kojeg tužitelj ima prebivalište ili sjedište, čime su se u velikoj mjeri sudovi učinili dostupni građanima, smanjili putni i drugi troškovi te vrijeme potrebno strankama pri dolasku na sud radi održavanja rasprava. Slijedom predložene izmjene članka 79. Zakona o upravnim sporovima i drugačijeg reguliranja instituta troškova upravnog spora izvršene su odgovarajuće intervencije u člancima 46. i 61. Zakona o upravnim sporovima.

U odredbi članka 46. Zakona o upravnim sporovima iz 2010. brisan je dio odredbe o obvezi odlučivanja o trošku u slučaju obustave upravnog spora,<sup>5</sup> a u odredbi članka 61. brisan je stavak 4. koji je glasio:(4) *Pri objavi presude sud može obavijestiti stranke da će o troškovima odlučiti naknadno.*<sup>6</sup>

Novelom Zakona o upravnim sporovima iz 2014. godine<sup>7</sup> odredba članka 79. kako je stipulirana u Noveli iz 2012. godine, nije se mijenjala.

Shodno tomu o troškovima upravnog spora sudska je praksa bila nepodijeljena jer se ti troškovi u razdoblju od 28. prosinca 2012. do najnovije izmjene Zakona o upravnim sporovima<sup>8</sup> ne dosuđuju, odnosno sudskim odlukama se određuje da svaka stranka snosi svoj trošak upravnog spora.

U povodu niza prijedloga za ocjenu suglasnosti odredbi Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10. i 143/12.) s Ustavom Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.), među kojima je bio i prijedlog Udruge pravnikâ u gospodarstvu Zagreba – za članak 79. ZUS-a (osporavanjem članaka 7. i 17. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, broj 143/12.; u daljnjem tekstu: ZID ZUS/12) Ustavni sud Republike Hrvatske donio je 27. rujna 2016. Odluku broj: U-I-2753/2012 i dr., kojom je ukinuo članak 79. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine broj 20/10., 143/12. i 152/14.), s time da ona prestaje vaŹiti 31. oŹujka 2017.<sup>9</sup>

U obrazloŹenju naznačene Odluke Ustavni sud Republike Hrvatske navodi sljedeće:

*7.2. Danas je u Republici Hrvatskoj upravni spor uređen kao spor pune jurisdikcije, za razliku od stanja kakvo je bilo za vrijeme vaŹenja Zakona o upravnim sporovima (“Narodne novine” broj 53/91., 9/92. i 77/92.) kada je Upravni sud Republike Hrvatske bio ovlašten samo za kontrolu zakonitosti upravnih akata, te je, u pravilu, sudio na temelju činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku. Sada je osiguranje objektivnog prava u drugom planu. Objektivno se pravo, u pravilu, štiti kroz odlučivanje o subjektivnim pravima tuŹitelja. Štiteći subjektivna prava*

5 Članak 46. ZUS 2010.: (1) *Sud će rješenjem obustaviti spor i odlučiti o troškovima spora; članak 7. ZID ZUS 2012.: U članku 46. stavku 1. riječi: “i odlučiti o troškovima spora” brišu se.*

6 Članak 12. ZID ZUS 2012.: *Stavak 4. briše se.*

7 ZID ZUS, Narodne novine, broj 152/14; P.z. 690 Rasprava je zaključena 2. prosinca 2014. Zakon je donesen na 15. sjednici 12. prosinca 2014. (81 glas “za”, 20 “suzdržanih”).

8 ZID ZUS, Narodne novine, broj 29/17.

9 Odluka i rješenje USRH, Narodne novine, broj 94/16.

tužitelja povrijeđena pojedinačnim odlukama i postupanjima javnopravnih tijela, štiti se objektivni pravni poredak. Samo malobrojnim normama ZUS-a (primjerice ocjena zakonitosti općih akata) primarni je cilj zaštita objektivnog, a ne subjektivnog prava....

9. ... Nadalje, upravni postupci (posebno kada se radi o postupcima u kojima sudjeluju dvije ili više stranaka sa suprotstavljenim, ponajčešće imovinskim interesima) kao i upravni sporovi u kojima se vrši kontrola zakonitosti takvih postupaka najčešće zahtijevaju od stranaka posebne troškove vezane uz pravnu pomoć, koja uključuje i pravnu pomoć koju pružaju odvjetnici.

Prema tome, upravni se spor po učincima koje može imati na ostvarenje i zaštitu prava i pravnih interesa građana može usporediti s parničnim ili kaznenim postupkom i njegovi troškovi mogu predstavljati velik teret za tužitelja u ostvarivanju prava na sudsku zaštitu njegovih subjektivnih prava prouzročenih nezakonitim radom uprave.

10. Stoga se čini da takav postupak ne može biti pravičan ukoliko se ne osigura da stranka koja spor izgubi protivnoj stranci plati troškove postupka, koji su, u biti, izazvani nezakonitim aktom ili postupanjem države ili javnopravnih tijela. Takvo ograničenje prava na pristup sudu bilo bi ustavnopravno prihvatljivo samo u slučaju da za takvo ograničenje postoje objektivni i racionalno opravdani razlozi....

Ustavni sud, polazeći do navedenoga, ocjenjuje da se ne može utvrditi koji bi to bio legitimni cilj koji bi opravdao osporenu izmjenu zakonskog uređenja podmirivanja troškova postupka, prema kojima stranka koja uspije u postupku nema pravo tražiti naknadu troška postupka od protivne stranke. Tim više što za njezinu izmjenu nisu dani objektivni i ustavnopravno opravdani razlozi.

Proizlazi da je cilj izmjene članka 79. ZUS-a bio usmjeren na zaštitu financijskih interesa države (budući da upravo ona mora naknaditi trošak postupka u situaciji kada izgubi spor), on teško da se, uzimajući u obzir svrhu i narav upravnog spora, a osobito činjenicu da je danas u Republici Hrvatskoj upravni spor uređen kao spor pune jurisdikcije (vidi točku 7.2. obrazloženja ove odluke i rješenja), može smatrati legitimnim ciljem u javnom interesu.

10.1. Ustavni sud opetovano ističe da upravni spor predstavlja kontrolni mehanizam postupanja države i javnopravnih tijela, koja u velikom broju slučajeva, mogu bitno ograničiti ili ukinuti ustavna prava građana (npr. postupci izvlaštenja, gospodarske i građevinske inspekcije, porezni nadzor i sl.).

U obrazloženju uz Konačni prijedlog ZID-a ZUS-a/12, Vlada Republike Hrvatske je kao razlog izmjene članka 79. ZUS-a navela da se time u velikoj mjeri sudovi čine dostupnima građanima, pa se time smanjuju troškovi. U svom očitovanju na navode prijedloga, Vlada Republike Hrvatske je navela da u najvećem broju slučajeva stranke ne uspijevaju u upravnim sporovima pred upravnim sudovima (točke 5. i 6. obrazloženja odluke i rješenja).

Ustavni sud, polazeći do navedenoga, ocjenjuje da se ne može utvrditi koji bi to bio legitimni cilj koji bi opravdao takvu zakonsku izmjenu, odnosno nisu dani objektivni i ustavnopravno opravdani razlozi za takvu izmjenu zakonskog uređenja.

Stoga Ustavni sud ocjenjuje da izmjena prvotnog članka 79. ZUS-a nije imala legitiman cilj, te je bila usmjerena na zaštitu financijskih interesa države (budući da

upravo ona mora naknaditi trošak postupka u situaciji kada izgubi spor).

11. Zbog navedenog, ocjena je Ustavnog suda da se zakonodavac nije razborito kretao unutar slobodne procjene gospodarskih i drugih prilika u državi u smislu članka 2. stavka 4. Ustava kada je člankom 17. ZID-a ZUS-a/12 izmijenio odredbe o troškovima postupka na način da ih svaka stranka snosi sama. Naime upravni spor predstavlja kontrolni mehanizam postupanja države i javnopravnih tijela, koja u velikom broju slučajeva, mogu bitno ograničiti ili ukinuti ustavna prava građana (npr. postupci izvlaštenja, gospodarske i građevinske inspekcije, porezni nadzor i sl.).

Stoga se upravni spor po učincima koje može imati na ostvarenje i zaštitu prava i pravnih interesa građana može izjednačiti i uspoređivati s parničnim ili kaznenim postupkom i njegovi troškovi mogu predstavljati vrlo velik teret za tužitelja kojem su nezakonitim radom uprave prouzročene povrede njegovih subjektivnih prava.

Ustavni sud utvrđuje da pravo na pristup sudu nije apsolutno. Ono je podvrgnuto ograničenjima, budući da po samoj svojoj naravi zahtijeva regulaciju države, koja u tom pitanju ima izvjesnu slobodu procjene. Ta ograničenja, međutim, ne smiju umanjiti pristup sudu na takav način ili do takve mjere da time bude narušena sama bit "prava na sud".

U konkretnom slučaju ograničenje koje je nametnuto izmjenom zakonskog uređenja učinjeno je bez objektivnih, legitimnih i ustavnopravno opravdanih razloga.

12. Iz navedenih je razloga Ustavni sud ukinuo članak 79. ZUS-a.

Iz citirane Odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske proizlazi da je, u odnosu na konvencijsko pravo pristupa sudu, a u interesu osoba kojima je upravnim aktom povrijeđeno pravo ili interes, ocijenjeno nedostatnim obrazloženje normativne ideje da svaka stranka u upravnom sporu snosi svoj trošak postupka.

Pritom, Ustavni sud Republike Hrvatske nije analitički razmatrao pitanje konzistentnosti upravnog spora, njegovog predmeta i granica u kojima se odlučuje o tužbenim zahtjevima te cilja i svrhe upravnog spora.

Naime, u svojoj dotadašnjoj primjeni upravni spor nije postao spor pune jurisdikcije u kojem se upravna stvar reformacijskom odlukom suda rješava, u kojem slučaju bi bila ostvarena teza o učinkovitom pravosuđenju i ostvarivanju prava iz članka 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 18/97., 6/99. – pročišćeni tekst, 8/99. – ispravak, 14/02. i 1/06., u daljnjem tekstu: Konvencija), a pravo na naknadu troška upravnog spora mjerljivo uspjehu u tom sporu.

Ovakva je analiza izostala i pri izradi prijedloga izmjene članka 79. iz 2017., ali je zbog obveze reguliranja pitanja troškova upravnog spora, najkasnije do 31. ožujka 2017., bilo nužno izmijeniti ukinutu odredbu.

Stoga je nositelj izrade prijedloga zakona ocjenjujući stanje, pitanja koja se trebaju riješiti i posljedice koje će izmjenom nastati naveo sljedeće: *predloženom izmjenom odredbi koje se odnose na troškove upravnog spora postupa se sukladno Odluci Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj U-I-2753/2012 i dr. od 27. rujna 2016. objavljene u "Narodnim novinama", broj 94/16 koji je ukinuo odredbu članka 79. ZUS-a smatrajući kako predmetna odredba vrijeđa pravo stranka na pravično suđenje.*

*Zakonsko uređenje naknade troškova postupka predstavlja jednu od komponenti prava na pristup pravosuđu. Pravo na pristup sudu nije apsolutno. Ono je podvrgnuto ograničenjima, regulacijom države, koja u tom pitanju ima izvjesnu slobodu procjene. Predloženom izmjenom članka 79. ZUS-a kojim se reguliraju troškovi upravnog spora osigurava se ostvarenje legitimnih ciljeva upravnosudskog postupka, pravna sigurnost objektivnog poretka, određenost, pristupačnost, predvidljivost i pravna izvjesnost normi te procesna ravnopravnost položaja stranka u upravnosudskim postupcima u Republici Hrvatskoj u skladu sa zahtjevima koji proizlaze iz vladavine prava.*

*Upravni spor predstavlja kontrolni mehanizam postupanja države i javnopravnih tijela, koja u velikom broju slučajeva, mogu bitno ograničiti ili ukinuti ustavna prava građana. Stoga troškovi upravnog spora mogu predstavljati velik teret za tužitelja kojem su nezakonitim radom uprave prouzročene povrede njegovih subjektivnih prava.*

*Novim zakonskim uređenjem pitanja troškova upravnog spora propisano je što čini troškove spora i kako stranke podmiruju ove troškove. Predloženo je, kao pravilo, da svaka stranka prethodno sama podmiruje troškove koje je uzrokovala svojim radnjama, no stranka koja izgubi spor u cijelosti je dužna podmiriti sve troškove spora.*

Novi tekst odredbe članka 79. jednak je odredbi članka 79. iz Zakona o upravnim sporovima iz 2010. s dodatkom stavka 2. koji određuje da se vrijednost predmeta upravnog spora smatra neprocjenjivom.

Već je tijekom javnog savjetovanja na prijedlog izmjena Zakona, zainteresirana javnost iskazala niz primjedbi koje nisu bile prihvaćene.

Tako je Upravni sud u Rijeci<sup>10</sup> opravdano primijetio da predložena formulacija članka 79. nije dostatna: 1) jer ne razlikuje situacije u kojima je tužitelj u sporu uspio "do kraja" (tj. kada je sud u korist tužitelja sam riješio stvar – reformacijska presuda), od situacija u kojima se pokretanje spora pokazalo opravdanim, ali ishod spora još uvijek ne razumijeva da će upravna stvar u konačnici biti riješena u korist tužitelja (kod vraćanja predmeta na ponovni postupak – kasacijska presuda, odnosno kod nalaganja donošenja rješenja zbog tzv. šutnje uprave) – po spomenutom diferenciranju uspjeha tužitelja u sporu upravni spor razlikuje se od drugih sudskih postupaka; 2) predložena formulacija stavka 2., u kombinaciji s čl. 110. st. 4. t. 3. Zakona o sudovima, može dovesti do zaključka da sudski savjetnici više neće biti ovlašteni na provođenje postupka i predlaganje nacрта odluka u upravnom sporu; 3) uopće nije uređen postupak odlučivanja o troškovima spora; 4) prijelazna odredba ne referira se na sporove dovršene presudom bez rasprave, niti na sporove dovršene rješenjem; 5) nije iskorištena mogućnost putem normiranja troškova stimulirati stranke na racionalno postupanje u sporu, poput postupanja tuženika po tužbenom zahtjevu, povlačenja tužbe, koncentriranja procesnih radnji i sl. Problemi koji mogu proizaći iz netom navedenog pod 1) i 2) eventualno se mogu sanirati sudskom praksom, ali radi pravne sigurnosti, ujednačenosti postupanja, te izbjegavanja gubitka vremena i resursa na odlučivanje o osporavanju takve prakse u početnom razdoblju, prikladnije bi bilo spomenuto izrijekom propisati. Svrhovitim ograničenjima u priznati iznos naknade

10 E-savjetovanja, dostupno na: <https://esavjetovanja.gov.hr> (10.01.2017.).

*troškova spora ne bi se zadiralo se u odnos odvjetnik-stranka uređen Tarifom, već bi bila ograničena naknada troškova na teret protustranke.*

Unatoč načelnom prihvaćanju citiranih primjedbi Upravnog suda u Rijeci, nositelj izrade prijedloga nije detaljnije razradio odredbe članka 79. Zakona te je dana 17. ožujka 2017.<sup>11</sup> prihvaćena primjena hitnog postupka donošenja Novele (77 glasova “za”, 35 “protiv”, 7 “suzdržanih”), rasprava je zaključena 29. ožujka 2017. i Zakon je donesen na 3. sjednici 31. ožujka 2017. (111 glasova “za”, 2 “protiv”), s amandmanom Odbora za pravosuđe kojim je stupanje na snagu Novele 2017. određeno na dan nakon objave u Narodnim novinama. Tako je novelirana odredba članka 79. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10., 143/12., 152/14., 94/16., 29/17., dalje u tekstu ZUS) stupila na snagu 1. travnja 2017. godine.

Važeća odredba članka 79. određuje da troškove spora čine opravdani izdatci učinjeni tijekom ili u povodu spora te obuhvaćaju i nagradu za rad odvjetnika i drugih osoba koje imaju pravo na zakonom propisanu naknadu, a vrijednost predmeta spora se smatra neprocjenjivom. Osim ako zakonom nije drukčije propisano, svaka stranka, prethodno, sama podmiruje troškove koje je prouzročila svojim radnjama, a troškovi proizašli iz poduzimanja radnji po službenoj dužnosti suda, predujmljuju se iz sredstava suda.

Stranka koja izgubi spor u cijelosti snosi sve troškove spora, ako zakonom nije drukčije propisano. Međutim, sud može, ako stranka djelomično uspije u sporu, s obzirom na postignuti uspjeh, odrediti da svaka stranka snosi svoje troškove ili da se troškovi raspodijele razmjerno uspjehu u sporu.

Kada stranka povuče tužbu, žalbu ili drugi prijedlog koji je prouzročio troškove drugim strankama, tada snosi troškove i tim strankama.

O troškovima spora može se odlučiti zajedno s odlukom o glavnoj stvari ili posebnim rješenjem u roku od 15 dana od dana objave presude i protiv toga žalba je dopuštena.

### ***2.1. Dvojbe u praksi sudova nakon 1. travnja 2017.***

Primjenjujući važeću odredbu o trošku, u praksi sudova, otvorile su se mnoge dvojbe i iznjedrila različita pravna shvaćanja, od kojih se najozbiljnija i o kojima dosad nije postignuto obvezujuće shvaćanje, nastavno navode:

Kada Visoki upravni sud Republike Hrvatske presudom poništi presudu upravnog suda, poništi rješenja javnopravnih tijela (drugostupanjsko i prvostupanjsko) i predmet vrati na ponovni postupak:

- u praksi je izraženo shvaćanje: da je tužitelj uspio sa žalbom, određeni su troškovi upravnog spora u cijelosti, cit.: *Odluka o troškovima upravnog spora temelji se na odredbi članka 79. stavka 4. ZUS-a. Žaliteljica je u cijelosti uspjela u sporu pa je tuženik dužan naknaditi joj sve opravdane troškove.*

U drugom predmetu odlučeno je samo o žalbi protiv dijela rješenja u odnosu na troškove spora - troškovi upravnog spora su priznati s obrazloženjem da, iako upravna stvar nije konačno riješena, konačno je riješen taj upravni spor - troškovi upravnog

<sup>11</sup> P.Z., br. 112.

spora određeni su u cijelosti.

U sljedećem primjeru nisu određeni troškovi upravnog spora u cijelosti, s obrazloženjem da su presudom upravnog suda poništena rješenja upravnih tijela i predmet je vraćen na ponovni postupak, upravna stvar nije definitivno riješena te je određena polovica zatraženog iznosa troška upravnog spora.

Nadalje, izraženo je i shvaćanje da u takvoj situaciji svaka stranka snosi svoje troškove, cit.: *Cilj i svrha upravnog spora jest osigurati zakonitost i sudsku zaštitu prava i pravnih interesa fizičkih i pravnih osoba i drugih stranaka povrijeđenih pojedinačnim odlukama ili postupanjem javnopravnih tijela i pritom sud nije vezan razlozima tužbe, a na ništetnost akta pazi po službenoj dužnosti.*

*U konkretnom predmetu tužiteljica u tužbi zahtijeva poništenje osporenih upravnih rješenja i odbacivanje zahtjeva za ozakonjenje građevine iz razloga koje sud nije prihvatio, već je utvrdio da je u postupku činjenično stanje nedostavno utvrđeno te je ovo razlog za ocjenu nezakonitosti tužbom osporenih rješenja i razlog njihova poništenja i vraćanja predmeta na ponovni postupak.*

*Stoga usvajanje tužbenog zahtjeva upravljenog na poništavanje upravnog akta odnosno poništavanje takvog akta i vraćanje predmeta na ponovni postupak pred nadležnim javnopravnim tijelom, u ovom slučaju, ne predstavlja mjerljiv uspjeh tužitelja u sporu, u smislu odredbe članka 79. stavka 4. ZUS-a, jer će se uspjeh tužiteljice moći procijeniti tek nakon što u ponovnom postupku, odluka o zahtjevu zainteresirane strane postane pravomoćna.*

*Prema tome ovaj Sud ocjenjuje da je rješenje prvostupanjskog suda kojim je odlučeno da svaka stranka snosi svoj trošak ovog upravnog spora razmjerna sadržaju odluke o zahtjevima tužiteljice i njezinim sveukupnim tužbenim zahtjevima.*

*Tužiteljica nema pravo na naknadu troška sastava žalbe jer je njena žalba ocijenjena neosnovanom pa se, u smislu odredbe članka 79. stavka 4. ZUS-a, ne može smatrati da je, ovom procesnom raspoložbom uspjela u sporu.*

U još jednoj presudi zauzet je stav da upravni postupak u predmetnoj upravnoj stvari nije završen pa se ne može govoriti o završetku postupka pred sudom, stoga je odluka suda o troškovima upravnog spora i to polovici zatraženog iznosa, donesena preuranjeno, cit.: *Kako je presudom Upravnog suda u Rijeci poništeno rješenje tuženika i predmet vraćen na ponovni postupak, ne može se govoriti o završetku upravnog spora pred tim sudom, a niti je sud, sam meritorno odlučio o predmetu upravnog postupka..... Stoga je odluka suda o troškovima upravnog spora i to 1/2 donijeta preuranjeno, jer se postupak nastavlja pred upravnim tijelom donošenjem odluke o žalbi tužiteljice u upravnom postupku.*

Izraženo je i shvaćanje da tužitelj nije u cijelosti uspio jer je poništeno samo rješenje tuženika, a ne i prvostupanjsko rješenje javnopravnog tijela kako je traženo tužbenim zahtjevom.

Iz navedenih primjera proizlazi nesuglasnost stavova u odgovoru na pitanja: 1. Što je uspjeh u upravnom sporu? 2. Je li uspjeh mjerljiv ako upravna stvar nije riješena? i s tim u vezi odgovori na pitanja: 1. Je li tužitelj, u situaciji kad su upravna rješenja poništena, a predmet vraćen u jedan od stadija upravnog postupka, uspio u cijelosti ili djelomično u sporu u smislu članka 79. ZUS-a? 2. Ako je uspio djelomično, po



kojim kriterijima se može utvrditi razmjer uspjeha? 3. Ako nije uspio “u cijelosti” jer mu upravna stvar nije riješena, može li se odlučiti da svaka stranka snosi svoj trošak?

Nadalje, otvoreno je i pitanje doseg a odredbe članka 3. ZID ZUS-a iz 2017. koja glasi:

*Članak 3. Odredba članka 2. ovoga Zakona (izmijenjen čl. 79.) primjenjuje se na započete, a nedovršene upravne sporove pred upravnim sudovima i Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske.*

Naime, u predmetu u kojem je potvrđeno rješenje o obustavi spora izražen je stav da se izmijenjena odredba članka 79. ZUS-a primjenjuje na započete, a nedovršene upravne sporove pred upravnim sudovima i Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske, ali stranci nisu dosuđeni troškovi upravnog spora jer je Ustavni sud Republike Hrvatske odlukom broj: U-I-2753/2012 od 27. rujna 2016. (Narodne novine, broj 94/16.) ukinuo članak 79. ZUS-a te na temelju ovlaštenja iz članka 55. Ustavnog zakona odgodio prestanak važenja ukinutog članka do 31. ožujka 2017. (Prvostupanjsko sudske rješenje je doneseno 24. veljače 2017. i posljedica je povlačenja tužbe od 16. veljače 2017.), cit.: *Tumačeći navedene odredbe sud smatra da je pravilno prvostupanjski sud odbio zahtjev tužitelja za naknadom troškova upravnog spora, a vezano uz članak 3. koji se odnosi na prijelazne i završne odredbe glede primjene odredbe članka 79. ZUS-a. Vezano uz troškove žalbe koje tužitelj također potražuje ovaj Sud smatra da tužitelj obzirom da je podneskom od 16. veljače 2016. povukao tužbu shodno citiranoj odredbi članka 2. stavka 5. Zakona o izmjeni i dopuni Zakona o upravnim sporovima, nema pravo na žalbene troškove.*

Prema citiranom obrazloženju stajalište je Sud da se novelirana odredba članka 79. primjenjuje i u žalbenom postupku, ali se ne odnosi na radnje koje su učinjene u vremenu od donošenja ustavno sudske odluke do 31. ožujka 2017.

U nastavno izloženim presudama sud je zauzeo stav da su zakonite odluke kojima je odlučeno da svaka stranka snosi svoj trošak upravnog spora primjenom članka 79. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10., 143/12., 152/14.).

Dakle, posredno je izražen stav da nije nezakonita odluka da svaka stranka snosi svoj trošak ako se ta odluka temelji na prije 2017., važećoj odredbi članka 79. ZUS-a.

*Iz presude 1.:*

*“Osporenom presudom prvostupanjskog upravnog suda odbijen je tužbeni zahtjev za poništavanje rješenja tuženika KLASA:UP/I-362-02/14-02/550, ....kojim je tužitelju naloženo uklanjanje dograđenog dijela gospodarske građevine ...i odbijen je njegov zahtjev za naknadu troška spora, ujedno je rješenjem odbijen zahtjev za odgovdnim učinkom tužbe.....*

*Prvostupanjski sud je opširno odgovorio na sve prigovore tužitelja i pravilno primijenio odredbe Zakona o gradnji (“Narodne novine” broj 154/13) osnovano ocijenivši da su upravni postupak i rješenje koje je u njemu doneseno zakoniti. Tužitelj nema pravo na trošak upravnog spora jer je odredbom članka 79. Zakona o upravnim sporovima (“Narodne novine” broj 20/10., 143/12., 152/14.) bilo propisano da svaka stranka snosi svoj trošak u upravnom sporu.*

Nadalje, prethodni stav dopunjen je tvrdnjom da je odluka “svatko svoj trošak”

zakonita, jer je u vrijeme vođenja upravnog spora važio Zakon o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10., 143/12., 152/14.).

*Iz presude 2.:*

*Osporenom presudom prvostupanjskog upravnog suda odbijen je tužbeni zahtjev za poništenje rješenja tuženika broj 511... od 3. lipnja 2015., kojim je odbijen zahtjev tužitelja za primitak u hrvatsko državljanstvo. Ujedno je presudom odbijen zahtjev za naknadu troška upravnog spora ....*

*Odluka kojom je odbijen zahtjev za trošak upravnog spora također je zakonita jer odredba članka 79. Zakona o upravnim sporovima, koji je važio u vrijeme vođenja ovog spora, propisuje da u upravnim sporovima svaka stranka podmiruje svoje troškove. Ovaj članak prestat će važiti tek 31. ožujka 2017. u vezi s Odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 94/16.).*

*iz presude 3. :*

*Osporenom presudom prvostupanjskog upravnog suda poništeno je rješenje tuženika KLASA: UP/II ... Ujedno je presudom odbijen tužiteljev zahtjev za naknadu troška upravnog postupka, kao i zahtjev za naknadu troška upravnog spora...*

*Tužitelj nema pravo na naknadu troškova upravnog postupka i spora iz razloga navedenih u pobijanoj prvostupanjskoj presudi i odredbe članka 79. Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine" broj 20/10, 143/12, 152/14, 94/16), koja je važila u vrijeme donošenja pobijane presude, a prema kojoj je svaka stranka snosila svoje troškove upravnog spora.*

U presudama je izražen i stav da su nedovršeni upravni sporovi oni u kojima nije donesena odluka o glavnoj stvari (o tužbi odnosno tužbenom zahtjevu) zbog čega se odredba članka 79. ZUS-a iz 2017. godine, ne može primijeniti u situaciji kada je žalbom osporena samo odluka o troškovima upravnog spora, jer je zahtjev za naknadu troškova spora po svojoj prirodi akcesorni zahtjev, ali i da se članak 79. iz 2017. godine, ne može primijeniti niti kada nije osporena ili kad ne može biti osporena odluka o glavnoj stvari.

*Iz presuda 4. i 5.: ...Na temelju odredbe članka 4. ZIDZUS-a, izmijenjena odredba članka 79. kojom se propisuju troškovi upravnog spora, stupila je na snagu 1. travnja 2017.*

*Sukladno prijelaznoj i završnoj odredbi članka 3. ZIDZUS-a, članak 2. tog Zakona (kojim je izmijenjen članak 79. ZUS-a) primjenjuje se na započete, a nedovršene upravne sporove pred upravnim sudovima i Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske.*

*Prema ocjeni ovog suda nedovršeni upravni sporovi u smislu citirane prijelazne i završne odredbe ZID ZUS-a, podrazumijevaju upravne sporove u kojima nije donesena odluka o glavnoj stvari (o tužbi odnosno tužbenom zahtjevu) zbog čega se ta odredba ne može primijeniti u situaciji kada je žalbom osporena samo odluka o troškovima upravnog spora, jer je zahtjev za naknadu troškova spora po svojoj prirodi akcesorni zahtjev.*

*S obzirom na to da u konkretnom slučaju nije osporena točka I. presude, ista je na temelju odredbe članka 63. stavka 1. ZUS-a postala pravomoćna istekom roka za žalbu pa je neosnovana žalba zainteresiranih osoba kojom se pozivom na prijelaznu*

*i završnu odredbu članka 3. ZIDZUS-a pobija odluka prvostupanjskog suda o troškovima spora. Ta odluka je donesena pravilnom primjenom odredbe članka 79. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10., 143/12., 152/14. i 94/16.) koji je važio prije 1. travnja 2017. i kojom je bilo propisano da u upravnom sporu svaka stranka snosi svoje troškove.*

S obzirom na izložene stavove nužno je odgovoriti na pitanje:

1. Može li se u povodu žalbe na presudu ili na rješenje suda utvrđivati pravo na trošak za radnje upravnog spora koji je dovršen donošenjem presude ili rješenja donesenih prije stupanja na snagu ZID-a 2017.?

S tim u vezi nužno je odgovoriti na pitanje:

2. Je li žalbeni postupak pred VUSRH-om dio pojma "upravni spor" ili je to poseban postupak (žalbeni), a upravnim sporom se smatra samo postupak pred upravnim sudovima?

Čak i ako bi se smatralo da se radi o dvije faze upravnog spora (raspravna i žalbena):

3. Može li se nezakonitim ocijeniti odluka o trošku upravnog spora koja je donesena prije stupanja na snagu ZID-a, dakle sukladno odredbi da svaka stranka snosi svoj trošak spora?

Konačno treba odgovoriti i na pitanje:

4. Može li se odredba članka 79. iz 2017. godine primjenjivati kada nije odlučeno o glavnoj stvari, odnosno kad odluka o glavnoj stvari nije osporena ili kada ju nije moguće osporavati?

### **3. USPOREDNA RJEŠENJA U ZAKONODAVSTVIMA SUSJEDNIH DRŽAVA**

#### **3.1. Republika Slovenija**

Prema članku 25. slovenskog Zakona o upravnim sporovima<sup>12</sup>, kad sud sam odluči o pravu ili obvezi, primjenjuju se odredbe ZPP-a. U ostalim slučajevima poništavajuće presude, tužitelju pripada paušalna naknada, koju pravilnikom propisuje ministar pravosuđa.

Članak 25. u slobodnom, potpuno neslužbenom, prijevodu glasi:

*(1) Ako sud u upravnom sporu odluči o pravu, obvezi ili pravnom interesu, odlučit će o troškovima postupka u skladu s odredbama Zakona o parničnom postupku.*

12 Zakon o upravnom sporu, (ZUS-1) (Uradni list RS, št. 105/06 z dne 12. 10. 2006), Odločbo o ugotovitvi, da je del četrtega odstavka 25. člena Zakona o upravnem sporu v neskladju z Ustavu ter o razveljavitvi sklepa Vrhovnega sodišča in sklepa Upravnega sodišča (Uradni list RS, št. 107/09 z dne 24. 12. 2009), Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o upravnem sporu, (ZUS-1A) (Uradni list RS, št. 62/10 z dne 30. 7. 2010), Odločbo o ugotovitvi, da je Zakon o upravnem sporu v neskladju z Ustavu in o razveljavitvi skleпов Vrhovnega in Upravnega sodišča (Uradni list RS, št. 98/11 z dne 2. 12. 2011), Zakon o dopolnitvah Zakona o upravnem sporu, (ZUS-1B) (Uradni list RS, št. 109/12 z dne 31. 12. 2012), Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku, (ZPP-E) (Uradni list RS, št. 10/17 z dne 27. 2. 2017).

(2) Stranka uvijek snosi troškove koje je prouzročila svojom krivnjom te troškove nastale slučajem koji se njoj dogodio.

(3) Ako sud uvaži tužbu i pobijani upravni akt poništi ili utvrdi nezakonitost pobijanog upravnog akta, tužitelj u odnosu na provedene postupovne radnje i način rješavanja u upravnom sporu ima pravo na paušalnu naknadu troškova u skladu s propisom koji donosi ministar nadležan za pravosuđe. Utvrđeni iznos plaća tuženik.

(4) Ako sud odbaci tužbu ili postupak obustavi, svaka stranka plaća vlastite troškove, osim ako je spor obustavljen temeljem trećeg ili četvrtog stavka članka 39. ovog Zakona. (stavak 3. tužitelj proširuje tužbu na novi akt, a prijašnji spor se obustavlja, stavak 4.-nakon šutnje uprave je donesen akt, protiv kojeg je dopuštena žalba- spor se obustavlja)

(5) Ako se postupak obustavi u vezi s trećim stavkom članka 39. ovog Zakona, jer je nadležno tijelo donijelo odluku o tužiteljevim pravima, obvezama ili pravnom interesu, a tužitelj ne insistira na tužbi, sud odlučuje o troškovima postupka prema prvom stavku ovog članka. Ako se, međutim, spor obustavlja u vezi četvrtog stavka članka 39. ovoga Zakona, sud će odlučiti o troškovima postupka na temelju trećeg stavka ovog članka.

(6) Ako sud u upravnom sporu iz stavka 7. ovoga Zakona (država protiv JL(R) S), svaka stranka snosi svoje troškove.

(7) Ako, u slučaju trećeg, četvrtog i šestog stavaka ovoga članka nastanu skupni troškovi, sud će odlučiti u kojem omjeru će ih snositi pojedina stranka.

Pravilnikom<sup>13</sup> je određeno da će pri određivanju i naknadi troškova, sud razmotriti način rješavanja spora, je li predmet riješen na sjednici ili na glavnoj raspravi i je li riješen po sucu pojedincu bez glavne rasprave. U svjetlu pojedinačnih postupovnih radnji tužitelja, sud će razmotriti je li tužitelja zastupao u sporu punomoćnik koji nije odvjetnik ili je imao odvjetnika ili je tužitelj djelovao sam.

Ako je spor riješen na sjednici, a tužitelj u postupku nije imao opunomoćenika koji je odvjetnik, dobit će 15 eura za troškove, za zastupanje odvjetnika u istom slučaju troškovi se priznaju u iznosu od 285 eura. Ako je predmet riješen na glavnoj raspravi i tužitelj u postupku nije imao opunomoćenika koji je odvjetnik, dobit će trošak od 25 eura, a ako je spor riješen na glavnoj raspravi i tužitelja je zastupao odvjetnik dosudit će se trošak od 385 eura. U slučaju potrebe dodatnih obrazlaganja u sporu naknada se može povećati za 10 %.

Pravilnik se ne primjenjuje u odnosu na troškove svjedoka, vještaka ni tumača, već u tom dijelu upućuje na ZPP.

Pravilnikom se, dakle, ograničavaju troškovi po osnovi zastupanja stranke te njezini materijalni troškovi.

### 3.2. Republika Austrija

Upravne stvari od 1. siječnja 2014. u Austriji se rješavaju pred upravnim tijelima. Protiv odluka tih tijela moguće je podnijeti žalbu saveznom ili pokrajinskom upravnom sudu. Upravni sud samostalno odlučuje o predmetu te ga ne vraća tijelu koje

13 Pravilnik o povrnitvi stroškov tožniku v upravnom sporu, Uradni list RS, št. 24/2007, 107/2013.

je donijelo odluku koja se osporava. U određenim je okolnostima moguće podnijeti Visokom upravnom sudu žalbu na presudu upravnog suda.

Visoki upravni sud nadležan je za kontrolu zakonitosti svih propisa javne uprave. Od toga su izuzeti propisi koje može preispitivati i poništiti samo Ustavni sud. Visoki upravni sud ponajprije odlučuje o revizijama zbog nezakonitosti odluka upravnih sudova.<sup>14</sup>

Troškovi upravnih postupaka i sporova uglavnom su regulirani u paragrafima 74 do 79 *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz* (AVG 1991.).

Osnovna je odredba paragrafa 74. kojom je određeno da svaka strana koja sudjeluje u upravnom postupku snosi sve svoje nastale troškove te da administrativna pravila i propisi određuju u kojoj mjeri osoba koja je uključena u postupak ima pravo tražiti povrat troškova od druge uključene osobe. Iznos troškova koji će se nadoknaditi utvrdit će tijelo koje može odrediti i paušalni iznos.

Ostale odredbe V. dijela ovog Zakona koje se odnose na trošak uglavnom su posvećene naplati pokrajinskih i saveznih pristojbi i određivanju troškova vještaka, tumača i očevida, s tim da se u paragrafu 79. vezano za visinu pristojbe navodi da se pristojbe prikupljaju samo u onoj mjeri u kojoj njihovo nametanje ne ugrožava egzistenciju stranaka i osoba koje moraju uzdržavati po zakonu.

U odnosu na visinu troškova zastupanja u Austriji i Njemačkoj naknada odvjetničkih troškova koju sud dosuđuje stranci koja uspije u postupku regulirana je zakonom, za razliku od hrvatskoga prava koje sudove upućuje na primjenu tarife koju autonomno donosi Hrvatska odvjetnička komora.<sup>15</sup>

#### **4. MOGUĆA RJEŠENJA SPORNIH PITANJA, ZAKLJUČNO**

Dužnost naknade troškova protivnoj stranci u pravilu tereti stranku koja je u sporu pretrpjela neuspjeh (tzv. engl. *cost shifting rule; loser pays principle*) i to je pravilo prihvaćeno u većini država Europe i svijeta.<sup>16</sup>

Ono se može ograničiti normiranjem visine troškova koji se mogu dosuditi stranci koja je uspjela u sporu i to tako da joj se ne mogu dosuditi troškovi nerazmjerni uspjehu u sporu, odnosno normirati paušalnu naknadu kao što je to učinila Republika Slovenija.

Pritom se ključnim postavlja pitanje mjerljivosti uspjeha u sporu.

U upravnom sporu prvostupanjski sud odlučuje u korist tužitelja kada a) poništava

14 E-justice, dostupno na: <https://e-justice.europa.eu/> (4.01.2018.).

15 [www.alanuzelac.from.hr/Pdf/a-zwang.pdf](http://www.alanuzelac.from.hr/Pdf/a-zwang.pdf) cit.: U Njemačkoj: *dBRAGO*; u Austriji: *Rechtsanwaltstarifgesetz* (*öRATG*). U pogledu ugovaranja cijene (interni odnos između odvjetnika i stranke) odnos je u ove dvije zemlje različit: dok je u Njemačkoj zakonska tarifa obvezna, dotle u Austriji stranka može s odvjetnikom slobodno ugovoriti cijenu usluge, pri čemu profesionalna organizacija (komora) daje tek neobvezatne smjernice (*Autonome Honorar-Richtlinien für Rechtsanwälte - dalje: öAHR*) – vidi § 16/1 *öRAO*, § 2/1 *öRATG*, § 2 *öAHR*. Stranka koja ugovori s odvjetnikom veću naknadu od one propisane zakonom tada prihvaća da joj čak i u slučaju potpunog uspjeha u sporu jedan dio iznosa danog za zastupanje ostane nenadoknađen.

16 Iznimka su Litva i Sjedinjene Američke Države.

osporavano rješenje tuženika, a predmet vraća tuženiku (ili prvostupanjskom tijelu) na ponovni postupak (ishod konačnog rješenja upravne stvari potpuno je neizvjestan), b) kada donosi presudu kojom se tuženiku nalaže donošenje rješenja kod, tzv. šutnje uprave, odnosno propuštanja donošenja rješenja u propisanom roku (uspjeh bi se mogao smatrati potpunim) i c) kada riješi upravnu stvar u skladu sa zahtjevom tužitelja u toj upravnoj stvari (odluči da ima pravo, obvezu ili pravni interes tužitelja koje je bilo povrijeđeno osporenim upravnim aktom). Ako je tužitelj<sup>17</sup> tijelo koje je u upravnom postupku odlučivalo, sud odlučuje u korist tužitelja kada potvrdi rješidbu toga tijela (potpuni uspjeh u sporu).

Izložene pravne situacije tužitelja nisu međusobno usporedive, ali nije sporno ni to da je korištenjem pravnog lijeka - tužbe, tužitelj osigurao sudsku kontrolu zakonitosti upravnog akta i kontrolu postupanja javnopravnog tijela te da bi bez njega sudbina rješavanja njegove upravne stvari bila lišena sudske kontrole. Prema tomu, bez pokretanja upravnog spora ne bi bilo ni mogućnosti da sud svojim pravorijekom ukaže javnopravnom tijelu na učinjene propuste te ga uputi na pravilno rješavanje upravne stvari. Stoga su i kasacijske presude suda presude donesene u korist tužitelja i u javnom interesu.

Prema izloženom, tužitelj koji je u sporu uspio poništiti napadano rješenje ima pravo na naknadu nastalog, opravdanog troška spora, ali u iznosu koji je mjerljiv ovom suštinski djelomičnom uspjehu u sporu. Shodno tomu, autorica se zalaže za određivanje paušalnog iznosa troška u slučaju donošenja kasacijske presude, a u slučaju iz odredbe članka 57. stavka 2. ZUS-a, svaka bi stranka trebala snositi svoje troškove.

Nadalje, kada sud donosi presudu kojom se tuženiku nalaže donošenje rješenja kod, tzv. šutnje uprave, odnosno propuštanja donošenja rješenja u propisanom roku, iako bi se uspjeh u sporu mogao smatrati potpunim, trošak bi se trebao određivati u paušalnom iznosu.

Paušalni iznos troška trebao bi se odnositi i na sporove kolektivne pravne zaštite.

U slučaju donošenja reformacijske presude (rješava se upravna stvar) opravdani trošak u cijelosti snosi tuženik.

Nastavno se otvara i pitanje cjelovitosti upravnog spora. Sastoji li se upravni spor od raspravnog i žalbenog stadija ili se upravnim sporom smatra samo spor koji pokreću i vode upravni sudovi prvog stupnja?

Ako pojam upravnog spora obuhvaća oba stadija tada bi se o troškovima upravnog spora trebalo odlučivati u fazi žalbenog postupka, odnosno nakon donošenja odluke o žalbi i u tom bi slučaju trebalo normirati da se zahtjev za naknadu troška podnosi, npr. prvostupanjskom sudu u određenom roku nakon primitka odluke o žalbi.

Ako se, pak, upravnim sporom smatra samo postupak pred upravnim sudovima tada o zahtjevu za naknadu troška, koji treba istaknuti najkasnije na ročištu na kojem je rasprava zaključena ako je bilo rasprave, odnosno najkasnije u roku od 15 dana nakon dostave presude koja je donesena bez rasprave. Trošak žalbenog postupka određivao bi se u tom postupku ili temeljem naknadnog zahtjeva upućenog prvostupanjskom

17 Ovu mogućnost propisuje, npr. Zakon o pravu na pristup informacijama (Narodne novine, broj 25/13., 85/15.).

sudu u normiranom roku.

Dodatnu dvojbu izaziva i pitanje naknade troška zainteresiranoj osobi, koja ima status stranke u upravnom sporu. Uspjeh zainteresirane osobe slijedi uspjeh one stranke (tužitelja ili tuženika) kojoj se zainteresirana osoba priklonila u sporu te bi u smislu naprijed navedenih razmišljanja i pitanje troška zainteresirane osobe trebalo jasno normirati.

Ako je upravni spor pred upravnim sudom dovršen prije stupanja na snagu izmjene članka 79. iz 2017. godine, po mišljenju autorice, svaka bi stranka trebala snositi svoj trošak, jer je odluka u trošku u sudskim odlukama koje su donesene prije izmjene Zakona, zakonita te se sada važeća odredba članka 79. ne bi trebala primjenjivati na troškove nastale prije njenog stupanja na snagu.

Pravilo da svaka stranka snosi svoj trošak postupka trebalo bi primijeniti i u slučajevima odbacivanja tužbe (članak 30. ZUS-a) i obustave spora (članak 46. stavak 1. točka 2. ZUS-a), kao i kad tuženik prizna tužbeni zahtjev u cijelosti.

Konačno, ako se upravni spor sastoji od dva stadija postupka, tada se opravdani trošak koji je nastao u sporu u kojem je tužitelj u cijelosti uspio zaštititi svoje pravo, obvezu ili pravni interes koji mu je bio povrijeđen tužbom osporenim rješenjem, bilo da je to bilo prvostupanjsko ili drugostupanjsko rješenje, treba dosuditi kada je o njegovom pravu pravomoćno odlučeno.

Prema tom stavu tužitelj bi sukladno važećoj odredbi članka 79. stavka 4. ZUS-a mogao ostvariti naknadu opravdanog troška spora nakon pravomoćnosti upravne stvari, s time da se regulira rok u kojem se takav zahtjev može istaknuti.

Na osnovi prethodno iznesenih razmišljanja odredbu članka 79. ZUS-a moguće je precizirati, primjerice, na sljedeći način:

Članak 79.

(1) Troškove spora čine izdatci nastali tijekom spora. Svaka stranka prethodno sama podmiruje svoje troškove.

Zahtjev za naknadu troška podnosi se sudu pred kojim je pokrenut spor najkasnije na ročištu na kojem se rasprava zaključuje, a ako nije bilo rasprave najkasnije u roku od 15 dana nakon primitka sudske odluke, alternativno u roku od 15 dana po primitku pravomoćne sudske odluke.

(2) Vrijednost predmeta upravnog spora smatra se neprocjenjivom (uz uvjet da se s ovom odredbom usklade odredbe Zakona o sudovima, Zakona o sudskim pristojbama i odredbe Odvjetničke tarife o zastupanju u upravnom sporu).

(3) Trošak upravnog spora podmiruje stranka koja je pokrenula upravni spor ako je tužbeni zahtjev stranke odbijen, a u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva rješavanjem upravne stvari (reformacijska presuda) trošak spora snose javnopravna tijela protiv čijih je akata podnesena tužba solidarno.

Kada se predmet vrati na ponovno odlučivanje javnopravnom tijelu, kao i kad se javnopravnom tijelu naloži postupanje (šutnja uprave) trošak spora u iznosu od... snosi to javnopravno tijelo.

U slučaju odbačaja tužbe, kao i kod obustave postupka, trošak spora snosi tužitelj, alternativno svaka stranka snosi svoj trošak.

(4) Trošak spora obuhvaća i troškove pravnog zastupanja kad je ono bilo

nužno i opravdano. (predloženim rješenjem otklonila bi se dvojba treba li naknaditi trošak javnopravnom tijelu koje je, kao izborni opunomoćenik, zastupalo državno odvjetništvo).

(5) U sporovima radi zaštite javnog interesa trošak spora se određuje u iznosu od ... .

(6) Pri odlučivanju koji će se troškovi stranci naknaditi sud će uzeti u obzir samo troškove koji su bili potrebni radi vođenja spora.

(7) O troškovima upravnog spora sud odlučuje povodom pravodobnog zahtjeva stranke, zajedno s odlukom o glavnoj stvari ili zasebnim rješenjem najkasnije 15 dana nakon primitka pravodobnog zahtjeva.

(8) Protiv rješenja o trošku žalba je dopuštena.

(9) Na trošak zainteresirane osobe odgovarajuće se primjenjuju odredbe prethodnih stavaka.

(10) Trošak koji nastane u postupku povodom izvanrednih pravnih lijekova, predujmljuje stranka koja ulaže izvanredni pravni lijek, a na posebni zahtjev protivne stranke ga naknađuje stranka čiji je izvanredni pravni lijek odbijen ili odbačen. O naknadi troškova nastalih u povodu izvanrednog pravnog lijeka odlučuje rješenjem sud pred kojim se vodio spor, u roku od 15 dana od dana podnošenja zahtjeva za naknadu troška.



LITERATURA

1. Zakon o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10., 143/12., 152/14., 94/16., 29/17.).
2. Komentar Zakona o upravnim sporovima, Dario Đerđa, Marko Šikić, Novi informator Zagreb, 2012.
3. Komentar Zakona o upravnim sporovima s uvodnim člankom prof. dr. sc. Dragana Medvedovića, Novi sustav upravnog sudovanja, Novi informator d.o.o., Zagreb, 2012.
4. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-I-2753/2012 od 27. rujna 2016. (Narodne novine, broj 94/16.).
5. Zakon o upravnom sporu (ZUS-1) (Uradni list RS, št. 105/06 z dne 12. 10. 2006), Odlučbo o ugotovitvi, da je del četrttega odstavka 25. člena Zakona o upravnom sporu v neskladju z Ustavo ter o razveljavitvi sklepa Vrhovnega sodišča in sklepa Upravnega sodišča (Uradni list RS, št. 107/09 z dne 24. 12. 2009), Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o upravnom sporu (ZUS-1A) (Uradni list RS, št. 62/10 z dne 30. 7. 2010), Odlučbo o ugotovitvi, da je Zakon o upravnom sporu v neskladju z Ustavo in o razveljavitvi sklepov Vrhovnega in Upravnega sodišča (Uradni list RS, št. 98/11 z dne 2. 12. 2011), Zakon o dopolnitvah Zakona o upravnom sporu (ZUS-1B) (Uradni list RS, št. 109/12 z dne 31. 12. 2012), Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku (ZPP-E) (Uradni list RS, št. 10/17 z dne 27. 2. 2017).
6. Pravilnik o povrnitvi stroškov tožniku v upravnom sporu, Uradni list RS, št. 24/2007, 107/2013.

Senka Orlić-Zaninović\*

Summary

## ADMINISTRATIVE DISPUTE COSTS AFTER THE 2017 REVISION OF THE ADMINISTRATIVE DISPUTES ACT

This paper deals with problems in the application of Article 79 of the Law on Administrative Disputes (Official Gazette 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17) and Article 3 of the Amendments Act to the Administrative Disputes Act (Official Gazette No. 29/17), which appeared in the practice of the Administrative courts and the High Administrative Court of the Republic of Croatia. Different, mutually opposing interpretations of these provisions extend to the different perception of the goal and purpose of the administrative dispute in the practice of the Administrative Courts, as well as the relationship between the administrative dispute at the first instance courts and the appellate proceedings before the High Administrative Court of the Republic of Croatia. Therefore, the paper tries to answer open questions, as well as to present comparative legal solutions of neighboring countries and propose possible interpretations of disputable issues, and thus initiate necessary changes to the normative expression in force.

**Keywords:** *administrative dispute, costs of administrative dispute, success in administrative dispute.*

Zusammenfassung

## KOSTEN DER VERWALTUNGSSTREITIGKEIT NACH DER IM JAHR 2017 DURCHGEFÜHRTEN NOVELLE DES GESETZES ÜBER VERWALTUNGSSTREITIGKEITEN

Diese Arbeit bespricht die Probleme bei der Anwendung des Art. 79 des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten (Amtsblatt der Republik Kroatien Nr. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17) und des Art. 3 des Gesetzes über die Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten (Amtsblatt der Republik Kroatien Nr. 29/17), welche in den Rechtsprechungen von Verwaltungsgerichten und des Oberen Verwaltungsgerichts der Republik Kroatien auftauchten. Unterschiedliche Auslegungen dieser Bestimmungen erstrecken sich auch über die Wahrnehmung des Zwecks und Ziels der Verwaltungsstreitigkeit in den Rechtsprechungen der

\* Senka Orlić-Zaninović, Judge of the High Administrative Court of the Republic of Croatia; senka.orlic@pravosudje.hr.

Gerichte sowie auch über das Verhältnis zwischen der Verwaltungsstreitigkeit vor erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten und dem Berufungsverfahren vor dem Oberen Verwaltungsgericht der Republik Kroatien. Deshalb versucht diese Arbeit, auf die noch immer offenen Fragen zu beantworten, indem sie die Gesetzesbeschlüsse von Nachbarländern darstellt und mögliche Auslegungen für diese Dilemmas vorschlägt, alles mit dem Ziel, den Gesetzgeber auf die Änderungen dieses normativen Aktes zu veranlassen.

*Schlüsselwörter: Verwaltungsstreitigkeit, Kosten der Verwaltungsstreitigkeit, Erfolg in der Verwaltungsstreitigkeit.*

Riassunto

## **LE SPESE DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO DOPO LA RIFORMA DELLA LEGGE SUI CONTENZIOSI AMMINISTRATIVI DEL 2017**

In questo lavoro si disaminano le questioni concernenti l'applicazione dell'art. 79 della Legge sui contenziosi amministrativi ("Narodne novine", numero 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17) e dell'art. 3 della legge sulle modifiche ed integrazioni della legge sui contenziosi amministrativi ("Narodne novine", numero 29/17), sorte nella prassi dei tribunali amministrativi e della Alta corte amministrativa della Repubblica di Croazia. Diverse interpretazioni di tali disposizioni, sovente in contrasto tra loro, conducono ad una diversa concezione dello scopo e del fine del contenzioso amministrativo nella prassi delle corti, come anche ad una diversa concezione del rapporto tra il contenzioso amministrativo dinanzi alle corti di primo grado ed il procedimento d'impugnazione dinnanzi alla Altra corte amministrativa della Repubblica di Croazia. Pertanto, nel lavoro si cercherà di dare una risposta alle questioni aperte, di illustrare le soluzioni giuridiche di diritto comparato provenienti da paesi vicini e di proporre possibili interpretazioni delle questioni aperte per sollecitare gli interventi modificativi che si rendono necessari sulla normativa vigente.

*Parole chiave: contenzioso amministrativo, spese del contenzioso amministrativo, successo nel contenzioso amministrativo.*



## ZAŠTITA PRAVA VLASNIŠTVA U POSTUPCIMA PROVEDBE PROSTORNIH PLANOVA

Antun Žagar, dipl. iur.\*

UDK: 349.44:347.232.1

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.39.1.23>

Ur.: 15. siječnja 2018.

Pr.: 8. ožujka 2018.

Stručni rad

### Sažetak

*Prostorno uređenje je multidisciplinarna djelatnost koja se u pravni život uvodi donošenjem prostornih planova te potom podvođenjem konkretnog pravnog odnosa pod mjerodavnu prostornoplansku normu, odnosno izdavanjem pojedinačnih akata za provedbu prostornih planova: lokacijske odnosno građevinske dozvole, dozvole za promjenu namjene i uporabu građevine, rješenja o utvrđivanju građevne čestice i potvrde parcelacijskog elaborata. U novije su se vrijeme u postupcima provedbe prostornih planova pojavila neka pitanja na koja do tada nije bilo odgovora, odnosno nije bilo odgovora koji bi bili u skladu sa suvremenim poimanjem prava vlasništva i prava na mirno uživanje vlasništva. Predmet je ovoga rada pokušati odgovoriti na pitanje ima li u postupcima provedbe prostornih planova, ponajprije u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola radi izgradnje infrastrukturnih objekata, mjesta zaštititi prava i interesa vlasnika zemljišta ili se u tim postupcima mora prihvatiti svaki zahtjev koji je u skladu s prostornoplanskom dokumentacijom. Zaključuje se da se, uvažavajući ciljeve i načela prostornog uređenja te načelo socijalne vezanosti vlasništva, prava i interesi vlasnika štite u određenoj mjeri.*

**Ključne riječi:** zaštita prava vlasništva, prostorno uređenje, prostorni planovi, akti provedbe prostornih planova, lokacijska dozvola.

### 1. UVOD

Prostorno uređenje je ljudska djelatnost kojom čovjek ispunjava neke od svojih osnovnih životnih potreba i ostvaruje težnju da svijet koji ga okružuje prilagodi sebi. Zakon o prostornom uređenju, kao ni ranije važeći zakoni, ne definira pojam prostornog uređenja, već propisuje da se prostornim uređenjem osiguravaju uvjeti za korištenje, gospodarenje, zaštitu i upravljanje prostorom Republike Hrvatske te zaštićenim ekološko-ribolovnim pojasom i epikontinentalnim pojasom Republike Hrvatske kao osobito vrijednim i ograničenim nacionalnim dobrom, te da se time ostvaruju pretpostavke za društveni i gospodarski razvoj, zaštitu okoliša i prirode, vrsnoću gradnje i racionalno korištenje prirodnih i kulturnih dobara.<sup>1</sup>

\* Antun Žagar, dipl. iur., sudac Upravnog suda u Rijeci; antun.zagar@usri.pravosudje.hr.

1 Čl. 2. Zakona o prostornom uređenju, NN, br. 153/13., 65/17., dalje: ZPU.

Prostorno uređenje složen je proces koji započinje prostornim planiranjem, koje je već samo po sebi interdisciplinarna djelatnost,<sup>2</sup> a nastavlja se usvajanjem prostornih planova političkim odlučivanjem u predstavničkim tijelima i završava provođenjem planova pojedinačnim aktima. U pravni život se prostorno uređenje uvodi donošenjem prostornih planova, koji su po svojoj prirodi opći normativni akti, te potom podvođenjem konkretnoga pravnog odnosa pod mjerodavnu prostornoplansku normu, odnosno izdavanjem pojedinačnih akata za provedbu prostornih planova, od kojih je, barem prema dojmu autora, u nas najzastupljenija lokacijska dozvola.

Ako bi se pravo prostornog uređenja definiralo kao skup pravnih pravila kojima je uređena djelatnost prostornog uređenja, onda je to svakako dio upravnog prava, ali dio upravnog prava koje zadire i u imovinskopravne odnose subjekata.

Nesumnjivo je da se na interese vlasnika zemljišta već uvelike utječe donošenjem prostornih planova. Sigurno je da će vlasnik zemljišta u urbanom gradskom području gdje je cijena građevinskog zemljišta visoka biti itekako zainteresiran koja će namjena njegovog zemljišta biti određena prostornim planom, primjerice hoće li to biti građevinsko zemljište, koje opet može biti predviđeno za izgradnju građevina stambene, poslovne, proizvodne, zdravstvene ili neke druge namjene, ili će mu zemljište biti određeno zaštitnom zelenom površinom gdje nikakva gradnja nije dopuštena. U slučaju da se u urbanom području vrijednoga građevinskog zemljišta onemoguću svaka gradnja, vlasnik će, može se slobodno reći, u ekonomskom smislu biti pogođen kao da mu je zemljište oduzeto.

Imovinsko pravo se kao dio privatnog prava razvija kroz zakonodavstvo, pravnu znanost i praksu već više od dvije tisuće godina, od vremena klasičnog rimskog prava, velikih kodifikacija na prijelazu u dvadeseto stoljeće, pa sve do današnjih dana, gdje je i Hrvatska dugo dijelila kontinentalnoeuropsku pravnu tradiciju<sup>3</sup>, koju smo nakon razilaženja sa socijalističkim pravnim uređenjem ponovno preuzeli te do sada razvili bogatu i vrijednu pravnu znanost, stoga o vlasničkim tužbama, dosjelisti ili smetanju posjeda danas znamo mnogo. Međutim, u sferi reguliranja imovinskopravnih odnosa pravilima upravnog prava još uvijek ima područja gdje nema jasnih odgovora na mnoga pitanja, a isto tako i u području prava prostornog uređenja gdje nemamo nekakve bitne pravne tradicije koja bi i danas bila aktualna, a znanstvenih i stručnih radova je malo. Na pravo prostornog uređenja, kao i na sve druge grane prava u nas, najprije je utjecala promjena društvenog uređenja<sup>4</sup> te potom u manjem opsegu

2 Prema čl. 3. st. 1. t. 26. ZPU-a prostorno planiranje kao interdisciplinarna djelatnost je institucionalni i tehnički oblik za upravljanje prostornom dimenzijom održivosti, kojom se na temelju procjene razvojnih mogućnosti u okviru zadržavanja osobnosti prostora, zahtjeva zaštite prostora, te očuvanja kakvoće okoliša i prirode, određuje namjena prostora/površina, uvjeti za razvoj djelatnosti i infrastrukture te njihov razmjštaj u prostoru, uvjeti za urbanu preobrazbu i urbanu sanaciju izgrađenih područja te uvjeti za ostvarivanje planiranih zahvata u prostoru.

3 Više o tome: Gavella, N. i dr., *Teorijske osnove građanskog prava – Građansko pravo i pripadnost hrvatskog pravnog poretka kontinentalnoeuropskom pravnom krugu*, Zagreb, Pravni fakultet, 2005.

4 Tu su prema našem mišljenju na imovinskopravne odnose u prostornom uređenju najviše utjecale promjene u stvarnopravnom uređenju, posebno ukidanje dualizma općih uređenja pripadanja stvari i ukidanja društvenog vlasništva te ponovno uspostavljanje pravnog jedinstva

pristupanje europskim integracijama. Uz to se ubrzano mijenja i priroda oko nas, kao i svijest o njezinom očuvanju. Sve su to razlozi zbog kojih se mora prilagođavati i ovo živo pravno područje pa je stoga i česta izmjena propisa koji ga uređuju. Međutim novi propisi često stvaraju nepredvidive odnose i situacije, tako da su se s obzirom na zadiranje u vlasnička prava u području prostornog uređenja pojavila neka nova pitanja na koja u praksi do tada nije bilo odgovora, odnosno nije bilo odgovora koji bi bili u skladu sa suvremenim poimanjem prava vlasništva i prava na mirno uživanje vlasništva.

Prema ZPU-u, a isto je propisivao i raniji propis, vlasnik i nositelj drugih stvarnih prava na nekretnini za koju se izdaje lokacijska dozvola uvijek je stranka u postupku izdavanja lokacijske dozvole.<sup>5</sup> Jednako je propisano i za postupak izdavanja dozvole za promjenu namjene i uporabu građevine<sup>6</sup>, a primjenom općih pravila o svojstvu stranke u upravnom postupku,<sup>7</sup> strankom treba priznati i vlasnika nekretnine u postupcima utvrđenja građevne čestice. Međutim, u praksi se pojavilo pitanje u kojoj se mjeri i kojem opsegu u postupcima provedbe prostornih planova štite prava i interesi vlasnika nekretnine. To pitanje posebno dolazi do izražaja u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola za izgradnju infrastrukturnih objekata, jer je u njima, iz razloga koji će biti objašnjen *infra*, mogućnost odabira više rješenja u okviru važeće prostornoplanske dokumentacije veća nego u drugim slučajevima. Prema iskustvu autora, upravna tijela su u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola za izgradnju infrastrukturnih objekata u praksi svoja postupanja svodila na ispitivanje usklađenosti zahvata s prostornoplanskom dokumentacijom, a zahtjeve i prigovore vlasnika zemljišta da se u okviru prostornoplanske dokumentacije teret i zadiranje u pravo vlasništva ravnomjernije raspodijeli s drugim subjektima, bez obzira na to koliko su ti prigovori konkretni i argumentirani bili, odbijala uz obrazloženje da se u postupku izdavanja lokacijske dozvole ne rješavaju imovinskopравни odnosi već utvrđuju lokacijski uvjeti zahvata u prostoru i da će vlasnici prigovore imovinskopravne naravi moći iznositi u postupku izvlaštenja.

Predmet je ovoga rada pokušati dati odgovor na pitanje ima li u postupcima provedbe prostornih planova mjesta zaštiti prava i interesa vlasnika zemljišta<sup>8</sup> ili se u tim postupcima mora prihvatiti svaki zahtjev podnositelja koji je u skladu s prostornoplanskom dokumentacijom. Glavnina rada odnosi se na postupke izdavanja lokacijskih dozvola radi izgradnje infrastrukturnih objekata gdje se, ako bi odgovor na osnovno pitanje bio da se u postupcima provedbe prostornih planova utvrđuje isključivo usklađenost s prostornoplanskom dokumentacijom i da mjesta drugoj zaštiti vlasničkih prava nema, nameće i pitanje ima li onda u tim postupcima smisla i potrebe da se vlasnika zemljišta određuje strankom. Dio rada koji se odnosi na postupke

---

nekretnine. Više o promjenama stvarnog prava: Gavella, N. i dr., op. cit., str. 218.-233.

5 Čl. 141. ZPU-a, čl. 110. ranije važećeg Zakona o prostornom uređenju i gradnji, NN, br. 76/07., dalje: ZPUIG.

6 Čl. 154. ZPU-a.

7 Čl. 4. Zakona o općem upravnom postupku, NN br. 47/09., dalje: ZUP.

8 U radu koristimo pojam zaštita prava vlasništva pri čemu mislimo na zaštitu prava i interesa vlasnika zemljišta. Pojam se, dakle, koristi u širem smislu od pojma koji u stvarnom pravu podrazumijeva tužbe radi zaštite prava vlasništva.

promjene namjene građevine i utvrđenja građevne čestice pretežno je ograničen na pitanje ovisi li ishod tih postupaka o volji vlasnika zemljišta.

Odgovore na ova pitanja pokušat ćemo dati analizom mjerodavnih propisa, ponajprije ZPU-a, Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,<sup>9</sup> Ustava Republike Hrvatske<sup>10</sup> i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>11</sup> te mjerodavne upravnosudske prakse, prakse Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava.

## 2. PROSTORNI PLANOVI

Prostornim planovima propisuju se uvjeti za građenje građevina i provedbu drugih zahvata u prostoru. Ranije je rečeno da su to opći normativni akti koje donose predstavnička tijela, pri čemu je ZPU precizirao da prostorni planovi imaju snagu i pravnu prirodu podzakonskih propisa. Obvezno sadrže tekstualni i grafički dio, što je karakteristika koja ih čini specifičnima u odnosu na druge propise. Donose se na državnoj, područnoj (regionalnoj) i lokalnoj razini. Prostorni plan mora biti u skladu sa ZPU-om i propisima donesenim na temelju toga Zakona. Prostorni plan niže razine mora biti usklađen s prostornim planom više razine, a prostorni plan užeg područja s prostornim planom šireg područja iste razine. Prostorni planovi iste razine moraju biti međusobno usklađeni. Prostornim planom lokalne razine užega područja mogu se propisati stroži kvantitativni i kvalitativni uvjeti i mjere za provedbu zahvata u prostoru, odnosno viši prostorni standardi od onih propisanih prostornim planom lokalne razine širega područja.<sup>12</sup>

Neovisno o razini koju uređuju, prostorni planovi mogu se podijeliti na: 1. državni plan prostornog razvoja, 2. prostorne planove područja posebnih obilježja, 3. prostorne planove (uređenja) županije, grada Zagreba, grada ili općine, 4. urbanističke planove uređenja (državnog značaja, županijskog značaja, lokalne razine) i 5. generalne urbanističke planove.<sup>13</sup> Ranije važeći Zakon o prostornom uređenju i gradnji i Zakon o prostornom uređenju iz 1994.<sup>14</sup> poznavali su još i detaljni plan uređenja, koji je u odnosu na navedene planove bio plan najniže razine i najdetaljnije razrade.

Sadržaj prostornih planova propisan je ZPU-om i Pravilnikom o sadržaju, mjerilima kartografskih prikaza, obveznim prostornim pokazateljima i standardu elaborata prostornih planova.<sup>15</sup>

9 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, br. NN, 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 90/10., 143/12., 152/14., dalje: ZV.

10 Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10., 5/14., dalje: Ustav.

11 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU, br. 18/97, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17, dalje: Konvencija.

12 Čl. 53.-81. ZPU-a.

13 Ibid.

14 Zakon o prostornom uređenju, NN br. 30/94, dalje: ZPU/1994.

15 Pravilnik o sadržaju, mjerilima kartografskih prikaza, obveznim prostornim pokazateljima i standardu elaborata prostornih planova, NN br. 106/98., 39/04., 45/04., 163/04., 153/13., dalje: Pravilnik o sadržaju, mjerilima kartografskih prikaza, obveznim prostornim pokazateljima i standardu elaborata prostornih planova.



ZPU koristi pojam prostorni planovi kao opći pojam za opće normativne akte u prostornom uređenju, dok teorija prostornog planiranja<sup>16</sup> rabi pojam planovi prostornog uređenja i dijeli ih na prostorne planove i urbanističke planove, pa tako urbanistički plan definira kao plan koji se bavi unutarnjim prostornim uređenjem naselja i gradova, a prostorni plan kao plan kojega je predmet uređenje ukupnog prostora.

Stariji propisi,<sup>17</sup> a ta se podjela susreće i danas,<sup>18</sup> dijelili su prostorne planove na strateške (razvojne) i provedbene, prema tome određuju li temeljnu razdiobu prostora i smjernice za izradu prostornih planova uže razine ili uvjete za neposrednu provedbu zahvata u prostoru unutar dijela svoga obuhvata. ZPU-om, kao ni Pravilnikom o sadržaju, mjerilima kartografskih prikaza, obveznim prostornim pokazateljima i standardu elaborata prostornih planova, nije propisano koji bi to bili provedbeni prostorni planovi, odnosno planovi na temelju kojih je gradnja dopuštena neposrednom primjenom, već je u pravilu samim prostornim planovima propisano što se i pod kojim uvjetima može graditi neposrednom primjenom plana. Međutim, iz odredbi ZPU-a koje uređuju sadržaj prostornih planova i razloge obveznog donošenja prostornog plana niže razine, može se zaključiti da je gradnja neposrednom primjenom moguća na temelju prostornog plana uređenja grada ili općine, generalnog urbanističkog plana i urbanističkog plana uređenja.<sup>19</sup>

Od prostornih planova kojima je gradnja moguća neposrednom primjenom samo je za urbanistički plan uređenja propisano da sadrži prikaz građevnih čestica, a iznimno i generalni urbanistički plan može propisivati uvjete zahvata detaljnošću propisanom za urbanistički plan uređenja.<sup>20</sup> Pravilnikom o sadržaju, mjerilima kartografskih prikaza, obveznim prostornim pokazateljima i standardu elaborata prostornih planova, propisano je da se kartografski prikazi prostornih planova izrađuju za prostorni plan uređenja općine ili grada na topografskoj karti u mjerilu 1:25.000 i katastarskom planu u mjerilu 1:5.000 za građevinska područja naselja, za generalni urbanistički plan na osnovnoj državnoj karti u mjerilu 1:5.000 i/ili 1:10.000 te za urbanistički plan uređenja na osnovnoj državnoj karti u mjerilu 1:5.000 ili topografsko-katastarskom planu u mjerilu 1:1.000 ili 1:2.000.<sup>21</sup>

Kod prostornih planova na temelju kojih je gradnja moguća neposrednom primjenom, detaljnost razrade, vrsta kartografske podloge i mjerilo kartografskog prikaza određena je u širokom rasponu, samo u odnosu na kartografsko mjerilo od 1:1.000 do 1:10.000, a što je detaljnost razrade i mjerilo kartografskog prikaza

16 Marinović – Uzelac, A., *Prostorno planiranje*, Zagreb, Dom i svijet, 2001., str. 11. i 16.

17 Npr. Zakon o prostornom uređenju i korištenju građevinskog zemljišta, NN, br. 14/73. ili Zakon o prostornom planiranju i uređenju prostora, NN br. 54/80.

18 Npr. Mrak – Taritaš, A., *Analiza stanja u prostoru i normativnom uređenju kao podloga za izradu novog zakona o prostornom uređenju i gradnji*, Osamnaesti forum poslovanja nekretninama, Zagreb, Hrvatska gospodarska komora, 2012., str. 31.

19 Može se reći da su od prostornih planova propisanih ZPU-om državni plan prostornog razvoja, prostorni planovi područja posebnih obilježja, prostorni planovi županija i prostorni plan uređenja grada Zagreba strateški, odnosno razvojni prostorni planovi, urbanistički plan uređenja je provedbeni prostorni plan, a prostorni plan uređenja grada ili općine grada i generalni urbanistički plan ujedno su razvojni i provedbeni planovi.

20 Čl. 78. i 80. ZPU-a.

21 Čl. 17. Pravilnika.

manja, lakše je udovoljiti uvjetima prostornoplanske dokumentacije a sloboda je pri određivanju lokacijskih uvjeta zahvata veća.

### 3. AKTI ZA PROVEDBU PROSTORNIH PLANOVA

Prostorni planovi provode se izdavanjem: 1. lokacijske dozvole, 2. građevinske dozvole, kada se građevinska dozvola izdaje kao objedinjeni akt kojim se odobrava građenje i akt provedbe prostornih planova, 3. dozvole za promjenu namjene i uporabu građevine, 4. rješenja o utvrđivanju građevne čestice i 5. potvrde parcelacijskog elaborata.<sup>22</sup>

Lokacijskom dozvolom, najjednostavnije rečeno, utvrđuje se je li planirani zahvat u skladu s prostornoplanskom dokumentacijom te drugim mjerodavnim propisima i pod kojim uvjetima se može izvesti. Od kada je uvedena ZPU-om/1994 lokacijska dozvola zadržala se kroz sve izmjene propisa i potvrdila kao najdugovječniji, najprepoznatljiviji, a i najzastupljeniji akt provedbe prostornih planova. U početku se lokacijska dozvola izdavala za svaki zahvat u prostoru<sup>23</sup> i uslijedilo bi joj izdavanje građevinske dozvole kao akta kojim se odobrava građenje, da bi ZPUiG-om, radi ubrzanja i racionalizacije postupka,<sup>24</sup> za manje zahtjevne građevine bilo uvedeno rješenje o uvjetima građenja<sup>25</sup>, koje je objedinjavalo akt provedbe prostornih planova i akt kojim se odobrava građenje. Pozitivno iskustvo rješenja o uvjetima građenja zadržano je i prošireno zakonodavnom reformom prostornog uređenja i građenja iz kraja 2013., tako da je prema sada važećim ZPU-u i Zakonu o gradnji<sup>26</sup> građevinska dozvola osim akta kojim se odobrava građenje, u pravilu i akt provedbe prostornih planova, što znači da joj ne prethodi izdavanje lokacijske dozvole, a lokacijska dozvola se izdaje samo u taksativno navedenim slučajevima, u kojima će od nekih uslijediti i građevinska dozvola, a kod zahvata koji se ne smatraju građenjem, ne. Od zahvata koji se smatraju građenjem, što je jedino bitno za predmet ovoga rada, lokacijska dozvola se izdaje za: 1. građenje na zemljištu, odnosno građevini za koje investitor nije riješio imovinskopravne odnose ili za koje je potrebno provesti postupak izvlaštenja, 2. etapno i fazno građenje građevina, 3. određivanje novih vojnih lokacija i vojnih građevina i 4. kad stranka to sama zatraži.<sup>27</sup> Međutim, bez obzira na to provodi li se postupak izdavanja lokacijske dozvole, lokacijski uvjeti se u građenju osim u iznimnim slučajevima uvijek utvrđuju,<sup>28</sup> i u biti nema razlike utvrđuju li se u postupku građevinske ili lokacijske dozvole, pa sve što je ili će biti u ovom radu rečeno za lokacijsku dozvolu *mutatis mutandis* vrijedi i za građevinsku dozvolu.

22 Čl. 114. st. 2. ZPU-a.

23 Čl. 34. ZPU/1994.

24 Mrak – Taritaš, A., Lokacijska dozvola od prostornog plana do upravnog akta, Četrnaesti forum poslovanja nekretninama, Zagreb, Hrvatska gospodarska komora, 2009., str. 61.

25 Čl. 213. Zakona o prostornom uređenju i građenju.

26 Zakon o gradnji, NN, br. 153/13, 20/17, dalje: ZG.

27 Čl. 125.-150. ZPU-a, čl. 106.-127. ZG-a.

28 Lokacijski uvjeti neće se utvrđivati kada se gradnji može pristupiti bez građevinske dozvole, sukladno odredbama čl. 128.-130. Zakona o gradnji i Pravilnika o jednostavnim i drugim građevinama i radovima, NN, br. 112/17.

Lokacijski uvjeti koji se određuju lokacijskom dozvolom jesu lokacija i smještaj zahvata u prostoru, vrsta radova (gradnja ili rekonstrukcija građevine i sl.), namjena građevine, veličina građevine, veličina i oblik građevne čestice odnosno obuhvata zahvata u prostoru, uvjeti priključenja građevine na prometnu i infrastrukturu, mjere sprječavanja nepovoljnih uvjeta na okoliš, posebni uvjeti nadležnih javnopravnih tijela (vodopravni uvjeti, konzervatorski uvjeti i sl.) i drugo. Sastavni dio lokacijske dozvole je idejni projekt kojim se, između ostalog, određuje smještaj građevine na građevnoj čestici, odnosno obuhvata zahvata u prostoru.<sup>29</sup>

Dozvolom za promjenu namjene i uporabu građevine se na zahtjev vlasnika nekretnine ili njezinog posebnog dijela mijenja namjena postojeće građevine ili drugi lokacijski uvjet, kada za promjenu namjene nije potrebno izvođenje građevinskih radova za koje je potrebna građevinska dozvola. Na temelju dozvole za promjenu namjene i uporabu građevine, građevina se može koristiti za novu namjenu i može se izdati rješenje za obavljanje djelatnosti u skladu s novom namjenom.<sup>30</sup>

Rješenje o utvrđivanju građevne čestice donosi se: 1. ako za postojeću građevinu nije utvrđena građevna čestica, odnosno zemljište nužno za redovitu uporabu građevine, 2. kada je obveza utvrđivanja građevne čestice odnosno zemljišta nužnog za redovitu uporabu građevine propisana posebnim zakonom i 3. kada vlasnik građevine želi promijeniti oblik i veličinu građevne čestice.<sup>31</sup>

Potvrdom parcelacijskog elaborata upravno tijela nadležno za prostorno uređenje potvrđuje da je parcelacijski elaborat izrađen u skladu s prostornoplanskom dokumentacijom i aktima prostornog uređenja, odnosno lokacijskom ili građevinskom dozvolom, rješenjem za promjenu namjene i uporabu građevine te rješenjem o utvrđenju građevne čestice.<sup>32</sup> Za razliku od ostalih akata za provedbu prostornih planova, potvrda parcelacijskog elaborata ne izdaje se u obliku upravnog akta, već u formi potvrde, otiskivanjem štambilja na naslovnu stranicu elaborata ili kao zasebna potvrda koja se prilaže elaboratu.<sup>33</sup> Tek ako nisu ispunjene pretpostavke za izdavanje potvrde donosi se rješenje u formi upravnog akta kojim se zahtjev odbija. Potvrda parcelacijskog elaborata svodi se isključivo na utvrđenje je li parcelacijski elaborat izrađen u skladu s prostornoplanskom dokumentacijom i aktima prostornog uređenja, pri čemu se ne ulazi u imovinskopravne odnose subjekata pa nema ni potrebe da se obradi u ovome radu.

#### **4. ZAŠTITA PRAVA VLASNIŠTVA U POSTUPCIMA IZDAVANJA LOKACIJSKIH I GRAĐEVINSKIH DOZVOLA**

Od kada je ZPUIG prvi puta propisao tko može biti stranka u postupku izdavanja lokacijske dozvole, strankom se priznaje podnositelj zahtjeva, vlasnik i nositelj drugih

29 Čl. 128. i 140. ZPU-a.

30 Čl. 151. i 152. ZPU-a.

31 Čl. 157. ZPU-a.

32 Čl. 160. i 162. ZPU-a, čl. 9. Pravilnika o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima, NN, br. 86/07, 25/09, 148/09., dalje: Pravilnik o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima.

33 Čl. 84. Pravilnika o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima.

stvarnih prava na nekretnini za koju se izdaje lokacijska dozvola, te vlasnik i nositelj drugih stvarnih prava na nekretnini koja s nekretninom za koju se izdaje lokacijska dozvola neposredno graniči. Iznimno od navedenog, u postupcima za provedbu zahvata od interesa za Republiku Hrvatsku ili kada lokacijsku dozvolu koju izdaje Ministarstvo, od nositelja stvarnih prava stranka je samo vlasnik i nositelj drugih stvarnih prava na nekretnini za koju se izdaje lokacijska dozvola.<sup>34</sup>

Međutim, nikada nije bilo propisano radi zaštite kojih prava i interesa su navedeni stvarnopravni ovlaštenici u postupku izdavanja lokacijske dozvole određeni strankom, odnosno koja prava i interese mogu s uspjehom štiti i koje prigovore iznositi.

Iako nikada nije bilo propisano ovisi li izdavanje lokacijske dozvole o pristanku ostalih stranaka različitih od podnositelja zahtjeva, odnosno vlasnika i nositelja drugog stvarnog prava na zahvaćenoj ili susjednoj nekretnini, vrlo je rano upravnosudska praksa zauzela stav da izdavanje lokacijske dozvole ne ovisi o pristanku ostalih stranaka, uz obrazloženje da se lokacijskom dozvolom ne stječe pravo na građenje niti ne razrješuju imovinsko pravni odnosi.<sup>35</sup> Međutim, ne bi imalo smisla da lokacijsku dozvolu može ishodovati svatko, pa i nevladnik za kojeg je izvjesno da nikada neće moći dobiti građevinsku dozvolu jer mu nedostaje suglasnost vlasnika,<sup>36</sup> stoga je razvijena i upravnosudska praksa o pravnom interesu za izdavanje lokacijske dozvole,<sup>37</sup> koja je ZPUIG-om uobličena u zakonsku normu kao pretpostavka za izdavanje lokacijske dozvole<sup>38</sup> a ona u bitnom znači da pravni interes za izdavanje lokacijske dozvole ima osoba za koju je realno očekivati da će moći ishodovati građevinsku dozvolu, u prvom redu vlasnik ili nositelj prava građenja, odnosno stranka koja posjeduje drugu ispravu temeljem koje može dobiti građevinsku dozvolu, kao i svaki investitor koji učini vjerojatnim da će na temelju relevantnih propisa, izvlaštenjem ili drugim načinom steći pravo na građenje. Novim ZPU-om pravni interes za izdavanje lokacijske dozvole u biti je izjednačen s pravnim interesom za izdavanjem građevinske dozvole propisanim ZG-om i uobličena je u upravo one pretpostavke do kojih je došla i dotadašnja upravnosudska praksa, dakle pravo vlasništva ili pravo građenja, suglasnost njihovih nositelja te odredba zakona o interesu Republike Hrvatske ili tko može provoditi određeni zahvat.

Međutim, nisu svi prigovori stranaka u postupku izdavanja lokacijske odnosno građevinske dozvole ograničeni na protivljenje zahvatu. Stranke su često svjesne da svojim protivljenjem ne mogu osujetiti planirani zahvat pa pokušavaju da se zahvat izvede tako da što manje šteti njihovim pravima i interesima. Ovdje ćemo kod analize u kojoj se mjeri u postupcima izdavanja lokacijskih, odnosno građevinskih

34 Čl. 141. ZPU-a, čl. 110. ZPUIG-a.

35 Upravni sud Republike Hrvatske, Us-3696/1996 od 5. veljače 1996., Visoki upravni sud Republike Hrvatske, Zbornik odluka 1977.-2017., Zagreb, Narodne novine, 2017., str. 239.

36 Kao pretpostavka za izdavanje građevinske dozvole uvijek je bio propisan dokaz prava vlasništva ili taksativno navedenog drugog ovlaštenja; čl. 50. Zakona o gradnji, NN, br. 52/99, čl. 214. ZPUIG-a, čl. 109. ZG-a.

37 Upravni sud Republike Hrvatske, Us-575/1996 od 18. srpnja 1996., Visoki upravni sud Republike Hrvatske, op. cit., str. 237.

38 Čl. 107. ZPUIG-a.

dozvola u dijelu u kojem je to akt provedbe prostornih planova, štite prava i interesi vlasnika zemljišta podijeliti izlaganje na slučajeve kada se zahtjev za izdavanje akta provedbe plana odnosi na nekretninu koje je stranka vlasnik i kada se zahtjev odnosi na nekretninu s kojom nekretnina u vlasništvu stranke neposredno graniči.

#### ***4.1. Zaštita prava na nekretninama iz zahvata za koji se provodi postupak izdavanja lokacijske dozvole***

S obzirom na ranije rečeno o pravnom interesu za izdavanje lokacijske dozvole, vlasnik nekretnine iz zahvata za izdavanje lokacijske dozvole s različitim i pretpostavljeno suprotstavljenim interesima u odnosu na podnositelja zahtjeva, javit će se samo kod izdavanja lokacijske dozvole za izvođenje zahvata od interesa za Republiku Hrvatsku kojima će uslijediti postupak izvlaštenja. Kod provedbe zahvata koji nisu od interesa za Republiku Hrvatsku realizacija će sve do mogućnosti zabrane ovisiti isključivo o volji vlasnika, stoga nam oni nisu bitni za predmet ovoga rada. Isto tako, kao što je navedeno ranije, kada se mora provesti izvlaštenje uvijek provode odvojeni postupci izdavanja lokacijske i građevinske dozvole, stoga do pravnih pitanja o kojima će biti riječi u ovome dijelu, može doći samo u postupku izdavanja lokacijske dozvole.

U svezi sa zadiranjem u vlasnička prava i poziciju vlasnika zemljišta posebno su predmeti izdavanja lokacijskih dozvola za gradnju prometnica, komunalnih građevina, plinovoda i sličnih infrastrukturnih objekata, postavila pred nadležna tijela pitanja na koja u praksi do tada nije bilo odgovora, odnosno nije bilo odgovora koji bi bili u skladu sa suvremenim poimanjem prava vlasništva i prava na mirno uživanje vlasništva. Vlasnici zemljišta u tim su postupcima često pred upravnim tijelima iznosili konkretne i argumentirane prigovore usmjerene tomu da se položaj zahvata utvrđenog idejnim rješenjem izmjesti tako da se u okviru prostornoplane dokumentacije teret i zadiranje u pravo vlasništva ravnomjernije raspodijeli s drugim subjektima.

Možda će to pitanje najsvjetlije dočarati predmet Upravnog suda u Rijeci UsI-1400/12 u kojem je predmet spora bila lokacijska dozvola radi izgradnje državne ceste D-403 od čvora Škurinje do luke Rijeka, čija je trasa ucrtana u kartografskom dijelu Generalnog urbanističkog plana grada Rijeke<sup>39</sup>, izrađenog u mjerilu 1:10.000. Osim navedene državne ceste kako je predviđena prostornim planom, osporenom lokacijskom dozvolom bila je određena izgradnja spojne ceste koja nije bila ucrtana u kartografskom dijelu generalnog urbanističkog plana, ali su njene dimenzije i ostali uvjeti gradnje bili u skladu s odredbama za provođenje. Tužbu je podnijelo trgovačko društvo u čijem se vlasništvu nalazi mljekara zahvaćena spojnom cestom. Lokacijskom dozvolom bilo je predviđeno rušenje dijela postrojenja mljekare na mjestu gdje se nalaze separatori i parkirališta, što bi po navodima tužitelja značilo prestanak rada mljekare, jer na predmetnoj lokaciji nema mjesta na koji bi se izmjestio dio postrojenja koji se ruši. Uz to je tužitelj tvrdio da je u mljekari zaposleno preko

39 Generalni urbanistički plan grada Rijeke, SN Primorsko-goranske županije br. 7/07., 14/13., 8/14., od vremena kada se navedeni spor vodio do dana pisanja ovoga rada stupile su na snagu i izmjene i dopune br. 3/17., dalje GUP grada Rijeke.

100 radnika te da ona posluje s više od 500 obiteljskih gospodarstava, čime je za poslovanje mljekare neizravno vezano oko 2500 ljudi.

Kao što je ranije navedeno, neposrednom primjenom plana moguća je gradnja, odnosno izdavanje lokacijske dozvole na temelju prostornog plana uređenja grada ili općine, generalnog urbanističkog plana i urbanističkog plana uređenja, tako što je u pravilu samim prostornim planovima propisano što se i pod kojim uvjetima može graditi neposrednom primjenom plana, pri čemu je urbanistički plan uređenja čisto provedbeni plan, dok su prostorni plan uređenja grada ili općine grada i generalni urbanistički plan ujedno razvojni i provedbeni planovi.

Koliki je raspon detaljnosti razrade i preciznosti prikaza infrastrukturnih građevina na navedenim planovima neposredne primjene, dat ćemo sukladno navedenom primjeru iz upravnosudske prakse, na primjeru prometne infrastrukture. Rekli smo već da se kartografski prikaz za prostorni plan uređenja općine ili grada izrađuje na topografskoj karti u mjerilu 1:25.000 i katastarskom planu u mjerilu 1:5.000 za građevinska područja naselja, za generalni urbanistički plan na osnovnoj državnoj karti u mjerilu 1:5.000 i/ili 1:10.000 te za urbanistički plan uređenja na osnovnoj državnoj karti u mjerilu 1:5.000 ili topografsko-katastarskom planu u mjerilu 1:1.000 ili 1:2.000. Prostorni planovi višeg reda, između ostalog prostorni plan uređenja grada ili općine i generalni urbanistički plan uređenja određuju funkciju prometnice sagledavajući cjelovitu osnovnu prometnu mrežu uz istodobno grubo određenje u prostoru. Studijska rješenja usmjerena su na određivanje funkcije i ranga prometnice, osnovnog smjera pružanja i broja čvorišnih točaka, a manje na prostorno detaljnije određenje ili određenje drugih pratećih elemenata. Urbanističkim planom uređenja prometnice se detaljnije određuju pa je raspon slobode kod projektiranja konačnog rješenja ovdje već prilično zatvoren.<sup>40</sup>

Kod nas ni jednim propisom nije zadana jedinstvena podjela prometnica u prostornom uređenju, a najčešće se one dijele na glavne mjesne ulice ili ceste, sabirne ulice ili ceste i ostale ulice ili ceste.<sup>41</sup> Prostornim planovima grada ili općine, generalnim urbanističkim planovima i urbanističkim planovima uređenja u pravilu je propisano da je neposrednom provedbom plana dopuštena gradnja novih te rekonstrukcija postojećih glavnih mjesnih, sabirnih i ostalih ulica.<sup>42</sup> U tekstualnim odredbama za provođenje planova dane su dimenzije i ostali uvjeti gradnje odnosno rekonstrukcije za pojedine vrste ceste, dok su u kartografskom prikazima za prostorni plan uređenja grada ili općine i generalni urbanistički plan prikazane glavne mjesne

40 Krpan, Lj., Značenje prometne infrastrukture u prostornom planiranju, *Prostorno planiranje u Primorsko – goranskoj županiji: povijest-stanje-perspektive*, Rijeka, Zavod za prostorno planiranje Primorsko – goranske županije, 2011., str.160. i 161.

41 Više o podjeli prometnica u prostornom uređenju: Poropat, A., *Identifikacija parcele prometnice u naselju*, Zagreb, Glasilo Hrvatske komore arhitekata i inženjera u graditeljstvu, br. 18, 2005.

42 Npr. čl. 107.a. Prostornog plana uređenja Grada Pule, SN Grada Pule, br. 12/06, 12/12, 5/14, 7/15, 10/15- pročišćeni tekst, 5/16, 2/17, 5/17, dalje: PPU Grada Pule; čl. 135. GUP-a grada Rijeke; čl. 116. Generalnog urbanističkog plana uređenja Grada Pule, SN Grada Pule br. 5a/08, 12/12, 5/14, 10/14, 13/14, 7/15, 2/17 i 5/17, dalje: GUP Grada Pule; čl. 48. Urbanističkog plana uređenja gradskog područja Gornja Drenova, SN Primorsko–goranske županije, br. 21/10, dalje: UPU Gornja Drenova.

i sabirne ulice, a kod urbanističkog plana uređenja sve vrste.<sup>43</sup> Pri rekonstrukciji postojećih prometnica trasa nove prometnice, osim eventualno kod urbanističkog plana uređenja, u pravilu nije ucrtana u kartografskom prikazu, već su uvjeti gradnje zadani samo odredbama za provođenje, tako da ostaje otvoreno pitanje s koje strane će se prometnica proširivati.<sup>44</sup> Urbanističkim planom uređenja može biti predviđena i gradnja ostalih ulica koje nisu prikazane u kartografskom prikazu.<sup>45</sup>

Iz navedenog vidimo da sloboda i raspon unutar kojeg je u postupku izdavanja lokacijske dozvole moguće prikazati građevnu česticu prometnice i smještaj građevine, koja će biti u skladu s prostornim planom, ovisi o nekoliko čimbenika: razini i detaljnosti prostornog plana, je li prometnica prikazana u kartografskom prikazu plana te radi li se o gradnji nove ili rekonstrukciji postojeće prometnice.

Sloboda određivanja građevne čestice i smještaja građevine otvara i mogućnost zadovoljenja više interesa te nas dovodi do središnjeg pitanja u ovome radu: ima li u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola radi izdavanja infrastrukturnih objekata, mjesta zaštititi prava i interesa vlasnika i nositelja drugih stvarnih prava na nekretninama ili se u tim postupcima mora prihvatiti svaki zahtjev podnositelja koji je u skladu s prostornoplanskom dokumentacijom, bez obzira na to koliko on tegoban za nekog vlasnika bio?

Već smo rekli da su vlasnici zemljišta u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola za izgradnju infrastrukturnih objekata često pred upravnim tijelima prostornog uređenja iznosili konkretne i argumentirane prigovore usmjerene tomu da se položaj zahvata predloženog idejnim rješenjem izmjesti tako da se u okviru prostornoplanske dokumentacije teret i zadiranje u pravo vlasništva ravnomjernije raspodijeli s drugim subjektima. Takve prigovore upravna tijela u pravilu su odbijala, uz obrazloženje da se u postupku izdavanja lokacijske dozvole ne rješavaju imovinskopравни odnosi već utvrđuju lokacijski uvjeti zahvata te da je u provedenom postupku utvrđeno kako je zahvat u skladu s prostornoplanskom dokumentacijom, a da će vlasnici prigovore imovinskopravne naravi moći iznositi u postupku izvlaštenja. Prije nego što uđemo u analizu ovoga pitanja, valja istaknuti da je netočno da se prigovori u svezi s položajem trase infrastrukturne građevine mogu iznositi u postupku izvlaštenja, jer se izvlaštenje provodi za točno određenu trasu utvrđenu lokacijskom dozvolom i geodetskim elaboratom izvlaštenja, koji se uz ostalu dokumentaciju prilažu uz prijedlog za izvlaštenje, pa se u postupku izvlaštenja može raspravljati samo o visini naknade za izvlaštenje i eventualno o izvlaštenju preostalog dijela nekretnine<sup>46</sup>, a utvrđena trasa se više ne može mijenjati. Stoga, kada bi se vlasnicima zemljišta onemogućilo da o smještaju infrastrukturnih građevina raspravljaju i u postupku lokacijske dozvole, uskratila bi im se protiv takvog zadiranja u pravo vlasništva bilo kakva pravna zaštita.

ZPU je propisao da se lokacijska dozvola izdaje nakon što je u provedenom postupku utvrđeno da je uz zahtjev priložena sva propisana dokumentacija i ako su utvrđeni svi posebni uvjeti, a izmjenama i dopunama Zakona iz 2017. dodano je i

43 Npr. PPU Grada Pule, GUP grada Rijeke, GUP Grada Pule, UPU Gornja Drenova.

44 Ibid.

45 Npr. UPU Gornja Drenova.

46 Čl. 30., 46.-57. Zakona o izvlaštenju i određivanju naknade, NN br. 74/14, 69/17, čl. 20., 32-35 ranijeg Zakona o izvlaštenju, NN. br. 9/94., 35/94., 112/00., 114/01., 79/06., 45/11., 34/12.

ako je idejni projekt izrađen u skladu s prostornim planom.<sup>47</sup> Iz navedene odredbe dalo bi se zaključiti da je izmjenama i dopunama Zakona otklonjena dvojba uzimaju li se u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola u obzir prava i interesi stranaka, tako što se u tim postupcima utvrđuje isključivo usklađenost s prostornoplanskom dokumentacijom i lokacijska dozvola izdaje za svaki zahvat koji je u skladu s prostornim planom.

Međutim, navedena odredba nije jedini, a ni najviši izvor prava koji se ima primijeniti u postupcima izdavanja lokacijske dozvole.

Već je među samim načelima prostornog uređenja propisano da se prostorno uređenje temelji, između ostalog, na načelu ostvarivanja i zaštite javnog i pojedinačnog interesa te da se javni interes štiti razgraničenjem prostora za javne namjene od ostalog prostora vodeći pri tom računa da svi korisnici, koliko je to moguće, podjednako nose teret razgraničenja.<sup>48</sup>

Načelo ostvarivanja i zaštite javnog i pojedinačnog interesa uvodi nas do sljedećeg izvora prava u ovom radu: Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i njenog Prvog protokola kojim je uređeno pravo na mirno uživanje vlasništva. Podsjećamo da je Ustavom propisano da međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava.<sup>49</sup>

Člankom 1. Prvog protokola Konvencije propisano je da svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva. Nitko se ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava. Stavkom 2. navedenog članka propisano je da prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.

Europski sud za ljudska prava, odlučujući o povredi prava na mirno uživanje vlasništva, u predmetima *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske* (presuda, 23. rujna 1982., br. 7151/75 i 7152/75), *Bistrović protiv Hrvatske* (presuda, 31. svibnja 2007., br. 25774/05) i drugima,<sup>50</sup> iznio je stav da svakim miješanjem u mirno uživanje prava vlasništva pojedinca mora biti postignuta poštena ravnoteža između zahtjeva općega interesa zajednice i zahtjeva za zaštitom temeljnih prava pojedinca. Navedeno pravno shvaćanje, kao i s tim s svezi druge naznačene presude Europskog suda za ljudska prava, proizlaze iz postupaka izvlaštenja<sup>51</sup>, stoga se postavlja pitanje mogu li se primijeniti i u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola. Pretraživanjem prakse *Europskog* suda

47 Čl. 146. ZPU-a.

48 Čl. 11. ZPU-a.

49 Čl. 134. Ustava.

50 *Ouzounoglou protiv Grčke* (presuda, 24. studenog 2005., br. 32730/03), *Bivši kralj Grčke i drugi protiv Grčke* (presuda, 23. studenog 2000, br. 25701/94), *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao i dr. protiv Portugala* (presuda, 11. siječnja 2000., br. 29813/96 30229/96) i dr., <https://hudoc.echr.coe.int>, 24. veljače 2014.

51 Predmet *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske* osim na izvlaštenja odnosio se i na zabranu gradnje.



za ljudska prava nismo naišli na predmete izdavanja lokacijskih dozvola, međutim pronašli smo više predmeta u kojima je Sud odlučivao o pravu na mirno uživanje vlasništva u postupcima prostornog uređenja.<sup>52</sup> Doseg i primjenu prava na mirno uživanje vlasništva u području prostornog uređenja prema shvaćanju Europskog suda za ljudska prava po nama najbolje dočarava navod iz obrazloženja presude u predmetu *Skibinscy protiv Poljske* (presuda, 14. studenog 2006., br. 52589/99): *Sud smatra da bi u području gospodarenja zemljištem i prostornog uređenja države ugovornice trebale uživati široku slobodu prosudbe (engl: margin of appreciation)*<sup>53</sup> *kako bi provele politiku prostornog planiranja. Ipak, u izvršavanju svoje ovlasti, Sud mora utvrditi je li postignuta ravnoteža koja je u skladu s pravom vlasništva podnositelja zahtjeva.* Govoreći o slobodi prosudbe (engl: margin of appreciation) u prostornom uređenju u predmetu *Depalle protiv Francuske* (presuda, 29. ožujka 2010., br. 34044/02) Sud obrazlaže: *Sud je, štoviše, više puta ponovio da u prostornom planiranju i očuvanju okoliša, gdje je opći interes zajednice najvažniji, države ugovornice uživaju slobodu prosudbe (engl: margin of appreciation) koja je veća nego kada su u pitanju isključivo privatna prava.*

Smatramo da stoga, sukladno pravnim shvaćanjima Europskog suda za ljudska prava o pravu na mirno uživanje vlasništva, u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola radi izgradnje infrastrukturnih objekata ima mjesta zaštiti vlasničkih prava vlasnika nekretnina. Odnosno da se u postupku moraju razmotriti svi prigovori stranaka te da se smještaj i položaj građevine mora odrediti tako da se u okvirima važeće prostornoplanske dokumentacije postigne poštena ravnoteža između zahtjeva općega interesa zajednice i zahtjeva za zaštitom temeljnih prava pojedinca.<sup>54</sup> To ne znači da se zahtjevima vlasnika zemljišta mora udovoljiti, već da se mora postići ravnoteža kojom će se maksimalno koliko je moguće udovoljiti interesima svih zainteresiranih subjekata, uzimajući u obzir da se prednost uvijek mora treba dati javnom pred pojedinačnim interesom. Osim što smatramo da to proizlazi iz konvencijskog prava, uz to ne vidimo ni jedan logičan i životni razlog koji bi sprječavao da se u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola ne bi pokušalo izmiriti opći i privatni interes te naći poštena ravnoteža između njih, poštujući prednost javnog odnosno općeg nad privatnim interesom. Pravo vlasništva je u suvremenim pravnim poredcima obilježeno socijalnom vezanošću,<sup>55</sup> koja se u prostornom uređenju posebno ističe, što pokazuje i citirana praksa Europskog suda za ljudska prava, koja u prostornom

52 *Depalle protiv Francuske* (presuda, 29. ožujka 2010., br. 34044/02), *Elia S.r.l. protiv Italije* (presuda, 2. kolovoza 2001., br. 37710/97), *Skibinscy protiv Poljske* (presuda, 14. studenog 2006., br. 52589/99) i dr., <https://hudoc.echr.coe.int/>, 29. prosinca 2017.

53 Omejec, J., Ustavno i konvencijsko jamstvo prava vlasništva, *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić*, Zagreb, Novi informator, 2009., str. 144., objašnjava da područje slobode prosudbe ukazuje na "prostor za manevriranje" koji tijelima Konvencije omogućuje da nacionalnim vlastima država ugovornica ostave određeno područje slobode u postupanju. To nacionalno područje slobode rezervirano za države ugovornice Europski sud neće ispitivati i u njega neće ulaziti.

54 Taj je pravni stav izražen i u presudama Upravnog suda u Rijeci: UsI-1400/12-20 od 13. lipnja 2014., UsI-1563/12-14 od 18. srpnja 2014., UsI-41/13-17 od 13. listopada 2014., UsI-1434/14-14 od 28. travnja 2015. i UsI-1046/14-17 od 7. listopada 2016.

55 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2007., Svezak 1., str. 378.

uređenju državama ugovornicama priznaje širu slobodu prosudbe, nego u čisto privatnopravnim odnosima, tako da vlasnik nekretnine svoje privatnopravne interese ne može s uspjehom suprotstaviti interesima zajednice za gradnjom nekog objekta od općeg interesa. Međutim, to ne znači da se u postupcima provedbe dokumenata prostornog uređenja ne može zadovoljiti i privatni interes ako nije u suprotnosti s javnim. Ovdje ćemo još dodati da je prema općim pravilima stvarnoga prava vlasnik dužan postupati obzirno prema tuđim interesima koji nisu protivni njegovom pravu,<sup>56</sup> što smatramo da ne isključuje ni postupanja tijela vlasti kada su u pitanju privatni interesi, između ostalog i u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola.

Ako sudska praksa zauzme suprotno stajalište, odnosno da se u postupcima provedbe prostornih planova utvrđuje isključivo usklađenost s prostornoplanskom dokumentacijom i da mjesta drugoj zaštiti vlasničkih prava nema, postavlja se i pitanje ima li u tim postupcima smisla i potrebe da se vlasnika nekretnine a i nositelja drugih stvarnih prava određuje strankom.

Europski sud za ljudska prava odlučujući o pravu na pravično suđenje, u predmetima *Kreuz protiv Poljske* (presuda, 19. lipnja 2001., br. 28249/95) i drugima<sup>57</sup> istaknuo je da prava zajamčena Konvencijom, a u konkretnom se slučaju mislilo na procesna prava, ne smiju biti teorijska ili prividna, već moraju biti stvarna i djelotvorna. Isto je shvaćanje preuzeo i Ustavni sud Republike Hrvatske u odlukama Broj U-III - 617/2006 od 25. siječnja 2011. i Broj U-III - 3937/2011 od 14. prosinca 2011. govoreći o djelotvornom pravnom sredstvu koje strankama pred domaćim sudovima omogućuje da brane svoja prava.

Smatramo da pravo vlasnika i nositelja drugih stvarnih prava biti strankom u postupku u kojem njihovi navodi nemaju nikakvog utjecaja na zaštitu njihovih prava i ishod postupka, nije stvarno i djelotvorno, već naprotiv samo prividno i da u tom slučaju uopće nema potrebe da ih se određuje strankom.

#### **4.2. Zaštita prava na nekretninama koje neposredno graniče s nekretninama iz zahvata za koji se provodi postupak izdavanja lokacijske odnosno građevinske dozvole**

Vlasnik nekretnine koja neposredno graniči s nekretninom iz zahvata za koji se izdaje lokacijska odnosno građevinska dozvola javit će se kao stranka samo u postupcima privatnih investitora, budući da, kao što je ranije rečeno, u postupcima od interesa za Republiku Hrvatske, te posljedično tomu, u postupcima za koje se provodi izvlaštenje, vlasnik susjedne nekretnine nije stranka. Isto tako, u tim predmetima gradnje lokacijski uvjeti utvrđuju se u postupku izdavanja građevinske dozvole.<sup>58</sup>

Vlasnici zgrada na susjednim nekretninama često se protive gradnji želeći zadržati postojeće uvjete života i stanovanja pa se u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola pozivaju na svoja stečena prava, ali svjesni slabosti takvih argumenata

56 Čl. 31. ZV-a.

57 *Multiplex protiv Hrvatske* (presuda, 10. srpnja 2003., br. 58112/00) i dr., <https://hudoc.echr.coe.int>, 24. veljače 2014.

58 Vidi *supra*, str. 8. i 9.

iznose i duge prigovore usmjerene općenito na neusklađenost zahvata sa zakonom i prostornoplanskom dokumentacijom, sve kako bi osujetili provedbu zahvata. Racionalno korištenje i očuvanje kapaciteta prostora, razumno korištenje i zaštita prirodnih dobra, okoliša i prirode te organizirana raspodjela i uređenje građevinskog zemljišta, koji su između ostalog propisani među ciljevima prostornog uređenja<sup>59</sup>, utječu da se socijalna vezanost vlasništva u prostornom uređenju ispoljava snažnije nego u drugim društvenim odnosima. To je potvrdio i Europski sud za ljudska prava priznajući državama ugovornicama u prostornom uređenju po pitanju prava na mirno uživanje vlasništva širu slobodu prosudbe nego u čisto privatnopravnim odnosima.<sup>60</sup> Smatramo stoga da vlasnici susjednih nekretnina u svezi sa standardom i kvalitetom života i stanovanja kao što su pogled, privatnost, tišina, mir i slično, nemaju i ne mogu steći nikakva prava na temelju kojih bi druge mogli spriječiti da pod istim uvjetima grade u skladu s prostornoplanskom dokumentacijom i mjerodavnim propisima. Visina i katnost građevine, udaljenost građevine od međa, najveća dopuštena izgrađenost građevne čestice i drugi lokacijski uvjeti, uvijek su propisani prostornim planom, a skućenost prostora, odnosno veličina građevne čestice kojom raspolaže investitor u pravilu mu ne ostavljaju veliku slobodu u određivanju dimenzija i smještaja građevine. Smatramo da bi, kada bi se jednom investitoru omogućilo da maksimalno iskoristi zadane parametre lokacijskih uvjeta, te mu se potom dopustilo da pozivom na stečena prava u svezi s kvalitetom i standardom stanovanja onemogući kasnijem investitoru da gradi pod istim uvjetima, povrijedila prava kasnijeg investitora i narušilo načelo socijalne vezanosti vlasništva.

Međutim, prema upravnosudskoj praksi, kod utvrđenja lokacijskih uvjeta treba voditi računa o već utvrđenim uvjetima i legalno izgrađenim građevinama na susjednim česticama.<sup>61</sup> Ostvarivanje lokacijskih uvjeta za planiranu građevinu u skladu s prostornim planom tako može značiti povredu postojećih zakonito utvrđenih lokacijskih uvjeta na susjednoj građevini. Na primjer, kada se na bočnim pročeljima postojeće zgrade nalaze otvori koji bi se zatvorili ako bi se iskoristila maksimalna dopuštena visina susjedne planirane građevine. U tim slučajevima prostorni planovi znaju sadržavati odredbe kojim se nastoji riješiti kolizija prava pa je tako odredbama PUP-a Stari Grad Pula<sup>62</sup> propisano da je, u slučajevima Planom omogućene izgradnje na granici sa susjednim postojećim građevinama, a koje na kontaktnom pročelju imaju legalno izvedene otvore, potrebno u postupku izdavanja odobrenja za građenje projektnom dokumentacijom dokazati da nova izgradnja neće omesti osnovnu funkciju postojećih prostorija koje se koriste tim otvorima. Smatramo da se u slučajevima sukoba prava između legalno utvrđenih lokacijskih uvjeta i lokacijskih uvjeta propisanih prostornim planom treba naći ravnoteža između sukobljenih prava i interesa te pokušati im maksimalno koliko je moguće udovoljiti, imajući u vidu koji interes u konkretnom slučaju prevlada. Na primjer, ako se pristupni put koji je sastavni dio zakonito utvrđenih lokacijskih uvjeta nalazi na susjednoj nekretnini,

59 Čl. 6. ZPU-a.

60 Vidi *supra*, str. 16.

61 Upravni sud Republike Hrvatske, Us-11906/1998 od 2. prosinca 1999. Visoki upravni sud Republike Hrvatske, Zbornik odluka 1977.-2007., Zagreb, Narodne novine, 2007., str. 235.

62 Točka 85. PUP-a "Stari Grad Pula", SN, br. 6/92, 1/97, 11/07, 2/09.

vlasnik susjedne nekretnine na tom dijelu neće moći graditi jer bi u tom slučaju drugome u potpunosti onemogućio ostvarenje njegovih prava. Ili s druge strane, ako se na bočnom pročelju legalno izgrađene zgrade nalaze otvori na mjestu gdje je dopuštena gradnja poluugrađene građevine koja se može prisloniti uz zid postojeće građevine, nova će se građevina graditi i otvori u potpunosti ili djelomično zatvoriti a dotok svjetlosti omogućiti svjetlikom ili na drugi primjereni način.

Vlasništvo na susjednoj nekretnini često je povezano s pravom služnosti na nekretnini iz zahvata, kada je susjedna nekretnina u odnosu na nekretninu iz zahvata povlasna nekretnina, pa je nositelj prava vlasništva na susjednoj nekretnini ujedno i nositelj prava služnosti, odnosno drugog stvarnog prava na nekretnini iz zahvata. To nas dovodi do slučaja kada će investitor morati ustuknuti pred pravima vlasnika susjedne nekretnine. Naime, ako je na nekretnini iz zahvata kao poslužnoj osnovana služnost, investitor će sadržaj prava služnosti morati trpjeti te tako planirati i izgraditi svoju građevinu ili eventualno tražiti prelaganje služnosti, odnosno da se izvršenje služnosti preloži na neko drugo za ovlaštenika jednako prikladno mjesto.<sup>63</sup> Najčešće će tu biti riječ o služnosti puta, odnosno služnosti puta kao nužnog prolaza, a u obzir mogu doći i druge stvarne služnosti, u prvom redu pravo prozora ili pravo imati dio zgrade i naprave na poslužnoj nekretnini.<sup>64</sup>

## **5. ZAŠTITA PRAVA VLASNIŠTVA U POSTUPCIMA IZDAVANJA DOZVOLE ZA PROMJENU NAMJENE I UPORABU GRAĐEVINE**

Dozvolom za promjenu namjene i uporabu građevine se na zahtjev vlasnika nekretnine ili njezina posebnog dijela mijenja namjena postojeće građevine ili drugi lokacijski uvjet, kada za promjenu namjene nije potrebno izvođenje građevinskih radova za koje je potrebna građevinska dozvola. Na temelju dozvole za promjenu namjene i uporabu građevine, građevina se može koristiti za novu namjenu i može se izdati rješenje za obavljanje djelatnosti u skladu s novom namjenom.<sup>65</sup>

Stranke u postupcima izdavanja dozvole za promjenu namjene i uporabu građevine jesu podnositelj zahtjeva, vlasnik nekretnine za koju se izdaje ta dozvola i nositelj drugih stvarnih prava na toj nekretnini.<sup>66</sup>

ZPU-om je propisano da se dozvola za promjenu namjene i uporabu građevine izdaje ako je podnositelj zahtjeva uz zahtjev priložio propisanu dokumentaciju te ako se u postupku utvrdi da je nova namjena u skladu s prostornim planom i posebnim lokacijskim uvjetima.<sup>67</sup>

Međutim, osim navedenih odredbi posebne uvjete za prenamjenu posebnog dijela nekretnine u suvlasništvu (etažno vlasništvo) propisuje i ZV.<sup>68</sup> Prema odredbama ZV-a suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga

63 Čl. 174., 179. ZV-a.

64 Čl. 186.-190. ZV-a.

65 Čl. 151. i 152. ZPU-a.

66 Čl. 154. ZPU-a.

67 Čl. 153. ZPU-a.

68 Čl. 82. ZV-a.

posebnog dijela nekretnine ovlašten je, ne tražeći za to odobrenje od ostalih suvlasnika, u skladu s građevinskim propisima promijeniti namjenu svog posebnog dijela, ali promjena ne smije prouzročiti oštećenje zgrade i drugih dijelova nekretnine, a ni povredu onih interesa ostalih suvlasnika koji zaslužuju zaštitu. Osobito ne smije prouzročiti povredu vanjskoga izgleda zgrade, ni opasnost za sigurnost osoba, zgrade ili drugih stvari, a ako bi za promjenu bilo potrebno zadrijeti u zajedničke dijelove nekretnine za prenamjenu je potreban pristanak ostalih suvlasnika.

Budući da se kod vlasništva posebnog dijela nekretnina radi o suživotu više osoba i obitelji u jednoj zgradi, postupci i navike jednih intenzivnije nego kod drugih oblika stanovanja utječu na kvalitetu života ostalih stanara. Česta je pojava da se prostornim planovima u područjima stambene namjene omogućava gradnja stambeno poslovnih građevina u kojima se uz stanove na gornjim etažama, u pravilu u prizemlju, nalaze poslovni prostori.<sup>69</sup> U slučajevima prenamjene čisto stambenih u stambeno poslovne građevine ili promjene namjene djelatnosti u poslovnom prostoru stambeno poslovnih građevina zna doći do protivljenja stanara koji nisu uvijek skloni da se u zgradi u kojoj žive, obavlja djelatnost koju bi vlasnik posebnog dijela želio obavljati.

Od navedenih uvjeta za prenamjenu pripisanih Zakonom o prostornom uređenju i Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, najšire polja tumačenja ostavlja zaštitu "onih interesa ostalih suvlasnika koji zaslužuju zaštitu". Smatramo da se taj uvjet ne smije tumačiti ekstenzivno na štetu vlasnika koji traži prenamjenu, već ga se mora ostaviti više kao korektiv kada bi prenamjena znatno štetila interesima ostalih suvlasnika, na način da bi im bitno umanjila kvalitetu života. Smatramo da u prilog tog stava govori i odredba<sup>70</sup> koja propisuje mogućnost isključenja suvlasnika iz suvlasničke zajednice, ako posebni dio nekretnine rabi na način koji znatno ide na štetu ostalih suvlasnika, jer ako se suvlasnika može isključiti zbog načina korištenja posebnog dijela, ne treba mu ni dopustiti da ga prenamijeni za korištenje koje će biti razlog za isključenje. Izvan toga bi svaki suvlasnik morao biti svjestan koje je djelatnosti prema prostornom planu dozvoljeno obavljati u zgradi koje je suvlasnik i da je uvijek moguće da će netko zatražiti prenamjenu. Stoga se ne bi smio pozivati na nikakva stečena prava, čak štoviše, svakom bi trebalo priznati da ima legitimno očekivanje da će uz uvjet da ne zadire u zajedničke dijelove i znatno ne šteti interesima ostalih suvlasnika moći izvršiti prenamjenu u skladu s prostornim planom.

## **6. ZAŠTITA PRAVA VLASNIŠTVA U POSTUPCIMA UTVRĐENJA GRAĐEVNE ČESTICE**

Rješenje o utvrđivanju građevne čestice donosi se: 1. ako za postojeću građevinu nije utvrđena građevna čestica, odnosno zemljište nužno za redovitu uporabu građevine, 2. kada je obveza utvrđivanja građevne čestice odnosno zemljišta nužnog za redovnu uporabu građevine propisana posebnim zakonom i 3. kada vlasnik građevine želi promijeniti oblik i veličinu građevne čestice.<sup>71</sup> Na temelju rješenja

69 Npr. čl. 11. UPU Gornja Drenova.

70 Čl. 98. st. 3. alineja 2. ZV-a.

71 Čl. 157. ZPU-a.

utvrđenju građevne čestice u katastarskom operatu provodi se parcelacija, odnosno osnivanje nove ili novih katastarskih čestica.<sup>72</sup>

ZPU-om nisu detaljnije razrađeni uvjeti pod kojima se utvrđuje građevna čestica, osim da se građevna čestica određuje u skladu s prostornim planom. Ako to nije moguće tada u skladu s pravilima struke, vodeći računa da se građevna čestica utvrdi tako da oblikom i veličinom omogućava redovitu uporabu građevine. Od navedenog pravila propisane su još dvije iznimke: kada vlasnik građevine želi promijeniti oblik i veličinu građevne čestice na kojoj je postojeća zgrada u skladu s prostornim planom, građevna čestica se određuje u skladu s prostornim planom, te da se građevna čestica zgrade koja ima više samostalnih uporabnih cjelina, a s više svojih strana graniči s površinom javne namjene, određuje se kao zemljište koje je ispod te zgrade.<sup>73</sup>

Isto tako, ZPU-om je propisano da se rješenje o utvrđenju građevne čestice donosi na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti, ali nije propisano tko sve može biti strankom u postupku. Tu treba primijeniti opća pravila ZUP-a i strankom uz podnositelja zahtjeva priznati svakog u čija se prava i interese u postupku može dirati,<sup>74</sup> a pritom i uvijek vlasnika zemljišta koje bi građevna čestica mogla obuhvatiti.

Analizu zaštite prava vlasništva u postupcima utvrđenja građevne čestice ograničit ćemo na pitanje može li se građevna čestica utvrditi neovisno pa i suprotno od volje vlasnika zemljišta koje je obuhvaćeno građevnom česticom. Smatramo da ne može, iako u praksi ima i suprotnih stajališta.

Građevna čestica je u pravilu katastarska čestica čiji je oblik, smještaj u prostoru i veličina u skladu s prostornim planom.<sup>75</sup> Podsjećamo da je katastarska čestica dio zemljine površine koja je u katastru zemljišta označena posebnim brojem i omeđena granicama koje određuju pravni odnosi, a sastoji se od zemljišta i svega što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje<sup>76</sup>, a rekli smo i da je rješenje o utvrđenju građevne čestice temelj za provedbu parcelacije u katastarskom operatu. Budući da je perspektiva i smisao građevne čestice da u katastru zemljišta bude formirana kao jedna katastarska čestica ili više katastarskih čestica koje čine jedno zemljišnoknjižno tijelo i da kao takva bude označena jednim nositeljem prava vlasništva, odnosno eventualno s više njih prema pravilima stvarnog prava o vlasništvu više osoba na istoj stvari, smatramo da utvrđenje građevne čestice apsolutno mora ovisiti o volji vlasnika zemljišta, odnosno je li vlasnik suglasan da dio njegovog zemljišta postane dijelom katastarske čestice u vlasništvu druge osobe i da na nju prenese vlasništvo tog dijela zemljišta. Ako vlasnik nije voljan prenijeti dio zemljišta na drugu osobu radi formiranja katastarske čestice, nema smisla niti da se dopusti formiranje građevine čestice, jer se ona u perspektivi neće moći provesti u katastru zemljišta i zemljišnim knjigama. Smatramo da bi u postupcima utvrđenja građevne čestice trebalo analogno primijeniti pravila o pravnom interesu za izdavanje

72 Čl. 160. ZPU-a, čl. 53. Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina, NN br. 16/07., 152/08., 124/10., 56/13., 121/16., 9/17., dalje: ZDIKN.

73 Čl. 159. ZPU-a.

74 Čl. 4. ZUP-a.

75 Čl. 3. st. 1. t. 3. ZPU-a.

76 Čl. 20. ZDIKN-a, čl. 2. Zakona o zemljišnim knjigama, NN br. 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04., 107/07., 152/08., 126/10., 55/13., 60/13., 108/17., čl. 9. ZV-a.

lokacijske dozvole, koje se kao što smo ranije naveli, u upravnosudskoj praksi rodilo i prije nego je propisano zakonom<sup>77</sup>, tako da bi pravni interes za utvrđenje građevne čestice imala osoba za koju je realno očekivati da će građevnu česticu moći formirati u katastru zemljišta i zemljišnim knjigama.

## 7. ZAKLJUČAK

Pitanje u kojoj mjeri i kojem opsegu se u postupcima provedbe prostornih planova štite prava i interesi vlasnika zemljišta posebno dolazi do izražaja u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola za gradnju prometnica, komunalnih građevina, plinovoda i sličnih infrastrukturnih objekata, zbog velike slobode i raspona unutar kojeg je u skladu s prostornoplanskom dokumentacijom u postupku izdavanja lokacijske dozvole moguće prikazati građevnu česticu i smještaj građevine. Primjenom pravnih shvaćanja Europskog suda za ljudska prava o pravu na mirno uživanje vlasništva, dolazi se do zaključka da se u postupcima izdavanja lokacijskih dozvola radi izgradnje infrastrukturnih objekata moraju razmotriti svi prigovori stranaka te da se smještaj i položaj građevine mora odrediti tako da se u okvirima važeće prostornoplanske dokumentacije postigne poštena ravnoteža između zahtjeva općega interesa zajednice i zahtjeva za zaštitom temeljnih prava pojedinca. To ne znači da se zahtjevima vlasnika zemljišta mora udovoljiti, već da se mora postići ravnoteža kojom će se maksimalno koliko je moguće udovoljiti interesima svih zainteresiranih subjekata, uzimajući u obzir da se prednost uvijek mora treba dati javnom pred pojedinačnim interesom. Ako sudska praksa zauzme suprotno stajalište, odnosno da se u postupcima provedbe prostornih planova utvrđuje isključivo usklađenost s prostornoplanskom dokumentacijom i da mjesta drugoj zaštiti vlasničkih prava nema, nema smisla ni potrebe niti da se u tim postupcima vlasnika nekretnine, a i nositelja drugih stvarnih prava, određuje strankom.

Prava i interesi vlasnika nekretnine koja graniči s nekretninom iz zahvata štite se i priznaju najsnažnije ako je vlasništvo na susjednoj nekretnini povezano s pravom služnosti na nekretnini iz zahvata, odnosno ako je susjedna nekretnina u odnosu na nekretninu iz zahvata povlasna nekretnina, u kojem slučaju će investitor morati ustuknuti pred pravima vlasnika susjedne nekretnine. U određenoj mjeri se prava i interesi vlasnika susjedne nekretnine štite i kada ostvarivanje lokacijskih uvjeta za planiranu građevinu u skladu s prostornim planom može značiti povredu postojećih zakonito utvrđenih lokacijskih uvjeta na susjednoj građevini, gdje se treba naći ravnoteža sukobljenih prava i interesa i pokušati im maksimalno koliko je moguće udovoljiti, imajući u vidu koji interes u konkretnom slučaju prevladava. Izvan toga, vlasnici susjednih nekretnina u svezi s uvjetima stanovanja, kao što su pogled, privatnost, tišina, mir i slično, nemaju i ne mogu steći nikakva prava na temelju kojih bi druge mogli spriječiti da pod istim uvjetima grade u skladu s prostornoplanskom dokumentacijom i mjerodavnim propisima.

Promjenu namjene građevine treba dopustiti ako je u skladu s prostornim planom i lokacijskim uvjetima. Ako je riječ o posebnom dijelu nekretnine i pod

<sup>77</sup> Vidi *supra*, str. 10.

uvjetom da se bez pristanka ostalih suvlasnika ne zadire u zajedničke dijelove i ne šteti onim interesima ostalih suvlasnika koji zaslužuju zaštitu. Posljednji uvjet ne smije se tumačiti ekstenzivno na štetu vlasnika koji traži prenamjenu, već ga se mora ostaviti više kao korektiv kada bi prenamjena u znatnoj mjeri štetila interesima ostalih suvlasnika, na način da bi im bitno umanjila kvalitetu života.

Budući da je perspektiva i smisao građevne čestice da u katastru zemljišta bude formirana kao jedna katastarska čestica i da je kao takva označena jednim nositeljem prava vlasništva, utvrđenje građevne čestice mora biti uvjetovano suglasnošću vlasnika. Ako vlasnik nije voljan prenijeti dio zemljišta na drugu osobu radi formiranja katastarske čestice, nema smisla niti da se dopusti formiranje građevine čestice, jer se ona neće moći provesti u katastru zemljišta i zemljišnim knjigama.



## LITERATURA

### Radovi

1. Berlenji Fellner, Ana, *Zaštita prava stranaka u postupcima prema propisima o gradnji, Gradnja i prostorno uređenje, legalizacija, koncesije i izvlaštenje*, Zagreb, Novi informator, 2017.
2. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2002.
3. Brežanski, Jasna, *Zaštita prava vlasništva*, Rijeka, ZPFR, vol. 23, br. 1, 2002.
4. Gavella, Nikola, Josipović, Tatjana, Gliha, Igor, Belaj, Vlado, Stipković, Zlatan, *Stvarno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2007.
5. Gavella, Nikola, Alinčić, Mira, Klarić, Petar, Sajko, Krešimir, Tumbri, Tanja, Stipković, Zlatan, Josipović, Tatjana, Gliha, Igor, Matanovac, Romana, Ernst, Hano, *Teorijske osnove građanskog prava – Građansko pravo i pripadnost hrvatskog pravnog poretka kontinentalnoeuropskom pravnom krugu*, Zagreb, Pravni fakultet, 2005.
6. Gavella, Nikola, *Ograničenja prava vlasništva*, Rijeka, ZPFR, vol. 19, br. 2, 1998.
7. Jelčić, Olga, *Tužbe radi zaštite prava vlasništva*, www.vsrh.hr, 2001., 29. prosinca 2017.
8. Klarić, Petar, Vedriš Martin, *Građansko pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2006.
9. Krpan, Ljudevit, *Značenje prometne infrastrukture u prostornom planiranju, Prostorno planiranje u Primorsko-goranskoj županiji: povijest-stanje-perspektive*, Rijeka, Zavod za prostorno planiranje Primorsko-goranske županije, 2011.
10. Marinović–Uzelac, Ante, *Prostorno planiranje*, Zagreb, Dom i svijet, 2001.
11. Mrak–Taritaš, Ana, *Analiza stanja u prostoru i normativnom uređenju kao podloga za izradu novog zakona o prostornom uređenju i gradnji, Osamnaesti forum poslovanja nekretninama*, Zagreb, Hrvatska gospodarska komora, 2012.
12. Mrak–Taritaš Ana, *Lokacijska dozvola od prostornog plana do upravnog akta, Četrnaesti forum poslovanja nekretninama*, Zagreb, Hrvatska gospodarska komora, 2009.
13. Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi europskog suda za ljudska prava – Strasbourški acquis*, Zagreb, Novi informator, 2013.
14. Omejec, Jasna, *Ustavno i konvencijsko jamstvo prava vlasništva, Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić*, Zagreb, Novi informator, 2009.
15. Poropat, Amorino, *Identifikacija parcele prometnice u naselju*, Zagreb, Glasilo Hrvatske komore arhitekata i inženjera u graditeljstvu br. 18, 2005.
16. Žagar, Antun, *Prostorno uređenje i gradnja u upravnosudskoj praksi, Aktualnosti upravne prakse i upravnog sudovanja – 2017.*, Zagreb, Inženjerski biro, 2017.

### Zbornici sudske prakse

1. *Upravni sud Republike Hrvatske, Zbornik odluka 1977.-2007.*, Zagreb, Narodne novine, 2007.
2. *Visoki upravni sud Republike Hrvatske, Zbornik odluka 1977.-2017.*, Zagreb, Narodne novine, 2017.

### Propisi

1. *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, NN MU, br. 18/97, 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10., 13/17.
2. *Ustav Republike Hrvatske*, NN, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10., 5/14.
3. *Zakon o prostornom uređenju*, NN, br. 153/13., 65/17.
4. *Zakon o prostornom uređenju*, NN, br. 30/94.
5. *Zakon o prostornom uređenju i gradnji*, NN, br. 76/07.

6. Zakon o prostornom uređenju i korištenju građevinskog zemljišta, NN, br. 14/73.
7. Zakon o prostornom planiranju i uređenju prostora, NN, br. 54/80.
8. Zakon o gradnji, NN, br. 153/13., 20/17.
9. Zakon o općem upravnom postupku, NN, br. 47/09.
10. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 90/10., 143/12., 152/14.
11. Zakon o zemljišnim knjigama, NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04., 107/07., 152/08., 126/10., 55/13., 60/13., 108/17.
12. Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina, NN, br. 16/07., 152/08., 124/10., 56/13., 121/16., 9/17.
13. Zakon o izvlaštenju i određivanju naknade, NN br. 74/14., 69/17.
14. Zakon o izvlaštenju, NN, br. 9/94., 35/94., 112/00., 114/01., 79/06., 45/11., 34/12.
15. Pravilnik o sadržaju, mjerilima kartografskih prikaza, obveznim prostornim pokazateljima i standardu elaborata prostornih planova, NN, br. 106/98., 39/04., 45/04., 163/04., 153/13.,
16. Pravilnik o jednostavnim i drugim građevinama i radovima, NN, br. 112/17.
17. Pravilnik o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima, NN, br. 86/07, 25/09, 148/09.

#### Prostorni planovi

1. Prostorni plan uređenja Grada Pule, SN Grada Pule br. 12/06., 12/12., 5/14., 7/15., 10/15- pročišćeni tekst, 5/16., 2/17., 5/17.
2. Generalni urbanistički plan grada Rijeke, SN Primorsko–goranske županije br. 7/07., 14/13., 8/14., 3/17.
3. Generalni urbanistički plan uređenja Grada Pule, SN Grada Pule br. 5a/08., 12/12., 5/14., 10/14., 13/14., 7/15., 2/17. i 5/17.
4. Urbanistički plan uređenja gradskog područja Gornja Drenova, SN Primorsko-goranske županije br. 21/10.
5. PUP-a “Stari Grad Pula”, SN, br. 6/92., 1/97., 11/07., 2/09.

Antun Žagar\*

Summary

## PROTECTION OF OWNERSHIP IN THE PROCEDURES FOR THE IMPLEMENTATION OF SPATIAL PLANS

Spatial planning is introduced into legal life through the adoption of spatial plans and then by the issuance of individual acts for the implementation of spatial plans: location or building permits, permits for change of purpose of building and acts for determination of building particle. Recently there have been some questions in the spatial plans implementation process, which did not have any response until then that would be in line with the contemporary understanding of the right of ownership and the right to peaceful enjoyment of ownership. The aim of this paper is to try to answer the question of whether the rights and interests of land owners should be protected in the procedures for the implementation of spatial plans, in the first place in the procedures for issuing location permits for the construction of infrastructure facilities, or any request of the applicant consistent with spatial document documentation must be accepted. It is concluded that, while respecting the goals and principles of spatial planning and the principle of social ownership of the property, the rights and interests of the owner are to a certain extent protected.

**Keywords:** *protection of ownership, spatial planning, spatial plans, acts for the implementation of spatial plans, location permit.*

Zusammenfassung

## SCHUTZ DES EIGENTUMS BEIM VOLLZUG DER RAUMORDNUNGSPLÄNE

Die Raumordnung wird in die Rechtssphäre durch die Erlassung von Raumordnungsplänen eingeführt. Danach folgt die Einholung der für den Vollzug der Raumordnungspläne notwendigen Dokumente: Baureiferklärung, Baugenehmigung, Nutzungsänderungsgenehmigung, Baulandbeschluss und Vermessungselaborat. Neulich sind beim Vollzug der Raumordnungspläne manche Fragen aufgetaucht, auf die es bisher keine Antworten gab, beziehungsweise, es gab keine für die moderne Wahrnehmung des Eigentumsrechts und der friedlichen Nutznießung des Eigentums angemessenen Antworten. Diese Arbeit versucht die Antwort auf die Frage zu geben, ob man beim Vollzug der Raumordnungspläne, vor allem bei der Einholung von

\* Antun Žagar, Judge of the Administrative Court in Rijeka; antun.zagar@usri.pravosudje.hr.

Baugenehmigungen, die Rechte und Interessen der Eigentümer schützen kann, oder ob man jeden Antrag, der im Einklang mit der Raumordnungsdokumentation ist, annehmen muss. Abschließend wird betont, dass man durch die Berücksichtigung der Ziele und Grundsätze der Raumordnung sowie auch des Grundsatzes, dass Eigentum ein soziales Phänomen ist, die Rechte und Interessen der Eigentümer gewissermaßen schützen kann.

**Schlüsselwörter:** *Schutz der Eigentumsrechte, Raumordnung, Raumordnungspläne, die für den Vollzug der Raumordnungspläne notwendigen Dokumente, Baugenehmigung.*

Riassunto

## **LA TUTELA DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ NEI PROCEDIMENTI DI REALIZZAZIONE DEI PIANI TERRITORIALI**

La pianificazione del territorio è un'attività multidisciplinare che entra nella vita giuridica mediante l'emanazione dei piani territoriali ed in seguito mediante assoggettamento di un concreto rapporto giuridico alla norma definita nel piano territoriale, ossia mediante il rilascio di singoli atti per la realizzazione del piano territoriale: licenze edilizie, licenze per il cambiamento d'uso dell'edificio, provvedimenti di accertamento catastale e certificati di elaborati delle particelle. In tempi recenti nei procedimenti di realizzazione dei piani territoriali sono emerse alcune questioni che fino ad ora sono rimaste irrisolte; in quanto non si rinvenivano risposte che fossero conformi alla concezione contemporanea del diritto di proprietà ed il diritto al pacifico godimento del bene che ne deriva. L'oggetto del presente lavoro è quello di cercare di dare una risposta all'interrogativo se nei procedimenti di realizzazione dei piani territoriali, anzi tutto nei procedimenti di rilascio delle licenze per la costruzione delle infrastrutture, vi sia spazio per la tutela dei diritti e degli interessi del proprietario del fondo oppure si debba in tali procedimenti accogliere qualsiasi richiesta che sia conforme alla documentazione prevista nel piano. Si giunge alla conclusione che, rispettando i fini ed i principi della pianificazione del territorio ed anche il principio della funzione sociale della proprietà, i diritti e gli interessi del proprietario sono in una determinata misura tutelati.

**Parole chiave:** *tutela del diritto di proprietà, pianificazione del territorio, piani territoriali, atti di attuazione dei piani territoriali, licenza edilizia.*

## *Prikazi*

*(Surveyes, Beschprechungen, Presentazioni)*



**Prof. dr. sc. Marijan Ćurković**

## ***Ugovor o osiguranju – Komentar odredaba Zakona o obveznim odnosima***

**Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2017., str. X + 284.**

U mjesecu prosincu 2017. godine, objavljena je nova knjiga prof. dr. sc. Marijana Ćurkovića koja nosi naslov „Ugovor o osiguranju – Komentar odredaba Zakona o obveznim odnosima“, nakladnika Inženjerski biro d.d. iz Zagreba.

Odredbe ugovora o osiguranju koje se nalaze u Zakonu o obveznim odnosima već su gotovo su neizmijenjene već 40 godina računajući od donošenja starog jugoslavenskog Zakona o obveznim odnosima. U međuvremenu, pravo općenito, pa tako i pravo osiguranja doživjelo je enormnu evoluciju, te su postojeće norme Zakona o obveznim odnosima, kako je to sam autor naveo u predgovoru, postale okoštale, konzervativne i previše klasične, ne uzimajući u obzir suvremene trendove u razvoju prava osiguranja. Upravo ovdje ova knjiga nalazi svoju posebnu vrijednost što prilikom komentara odgovarajućih članaka Zakona, pored sustavne obrade klasičnih instituta i pitanja iz prava osiguranja ulazi u analizu aktualnih problema modernog osiguranja kao što je to npr: zaštita potrošača (ugovaratelja osiguranja i osiguranika), obveza informiranja potrošača, podrobnije i šire reguliranje osiguranja od odgovornosti, nove podvrste osiguranja života, osiguranja kojima je osigurateljeva obveza prestacija u naravi, europsko pravo osiguranja, i sl. Pri tom se autor ne zadržava samo na komentaru Zakona

o obveznim odnosima, nego povlači paralelu za odgovarajućim odredbama Zakona o osiguranju budući da su upravo u potonjem sadržane implementirane odredbe europskog prava osiguranja kojima se utjecalo i na modernizaciju hrvatskog prava osiguranja.

U cilju da se odredbe Zakona o obveznim odnosima povežu s najnovijim dostignućima u pravu osiguranja, u Komentaru autor često prikazuje i analizira odgovarajuća rješenja u poredbenom i europskom pravu, pozivajući se pritom na odgovarajuću aktualnu domaću i inozemnu sudsku praksu, presude Europskog suda, ali i na nezaobilaznu analizu adekvatnih odredaba uvjeta osiguranja domaćih i inozemnih osiguratelja, čime knjiga ne ispušta iz vida stvarni život i praksu osiguranja.

Struktura Komentara podijeljena je u četiri dijela. Prvi dio koji nosi naslov „Uvodna razmatranja“ obrađuje pitanja koja nisu nužno vezana uz komentar zakonskih odredbi, a to su: osnovna načela osiguranja; značaj i povijesni razvoj osiguranja do danas; reguliranje djelatnosti osiguranja; struktura Zakona o obveznim odnosima u pogledu ugovora o osiguranju, kao i njegov odnos prema Zakonu o osiguranju; posebni zakoni za pojedine vrste osiguranja, pravo osiguranja Europske unije; dualistička koncepcija ugovora o osiguranju prema Zakonu o obveznim odnosima; vrste

osiguranja prema Zakonu o osiguranju. Drugi dio Komentara započinje sa izlaganjem o odredbama o zastari u ugovoru o osiguranju (čl. 234 ZOO), te potom se nastavlja sa komentarom zajedničkih odredbi za osiguranje imovine i osiguranje osoba (čl. 921-947 ZOO). Treći dio Komentara odnosi se na odredbe o osiguranju imovine (čl. 948-965 ZOO), dok se posljednji četvrti dio Komentara odnosi na osiguranje osoba (čl. 966-989 ZOO). Tekst komentara uz svaki članak Zakona je dodatno strukturiran prema pojedinim naslovima i podnaslovima što omogućuje čitatelju da bude izravno usmjeren na pitanje koje ga konkretno zanima.

Komentar je na svom kraju opremljen bogatom bibliografijom i stvarnim kazalom, a na svom početku, odmah iza sadržaja, popisom kratica. Stvarno kazalo omogućuje pregled i lakše snalaženje u bogatom i heterogenom sadržaju Komentara (uz odgovarajući pojam označene su odgovarajuće stranice u Komentaru). U bibliografiji su metodom znanstvenog pisanja rada navedeni autori knjiga i članaka na hrvatskom, njemačkom, francuskom, talijanskom, engleskom i slovenskom jeziku.

Jezik i stil pisanja knjige je jednostavan. Tekst se brzo čita, a njegov smisao se lako uočava i razumije. Za pohvalu je i korištenje podebljanih slova za ključne riječi u tekstu, kao i kurziva za navođenje pojedinih zakonskih ili ugovornih odredbi što pridonosi samoj dinamici teksta.

Pravo osiguranja predstavlja kompleksu materiju, prožetu stalnim promjenama i novim propisima, za čije je razumijevanje potrebno imati između ostalog i kvalitetnu literaturu. Ovaj

Komentar (knjiga) profesora Ćurkovića predstavlja temeljnu i nezaobilaznu literaturu za svakoga tko se bavi osiguranjem ili su mu potrebna znanja iz prava osiguranja na bilo kojoj razini: u osiguravateljskoj struci, odvjetništvu, sudstvu, ali i na fakultetima i visokim učilištima.

Na kraju preostaje da autoru, ali i izdavaču koji je prepoznao vrijednost ove knjige, čestitamo, te knjigu toplo preporučamo stručnoj i znanstvenoj javnosti.

*Doc. dr. sc. Loris Belanić*  
*Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci*



## UPUTE SURADNICIMA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci objavljuje radove iz područja pravnih i društvenih znanosti. Uredništvo prima rukopise na hrvatskom, engleskom, talijanskom i njemačkom jeziku, a odlukom uredništva prihvaća za objavljivanje rukopis i na nekom drugom stranom jeziku. Radovi se uredništvu dostavljaju u elektroničkom obliku (e-mail). Uredništvo prima isključivo neobjavljene rukopise. Uz naslov rada nužno je navesti ime, prezime i titulu autora, naziv i adresu ustanove ili kućnu adresu te e-mail adresu.

Preporučeni opseg rada u pravilu je do dva autorska arka. Radu trebaju biti priloženi popis literature te sažeci i ključne riječi na hrvatskom i engleskom jeziku. Sažetak ne smije prelaziti 200 riječi i mora upućivati na svrhu rada, metodologiju, najvažnije rezultate i zaključak. Prilaže se na posebnoj stranici s navedenim imenom i prezimenom autora, nazivom institucije, naslovom rada, do pet ključnih riječi i s oznakom “Sažetak” / “Summary”.

Rad koji se predaje za objavljivanje u Zborniku Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci treba biti pisan i opremljen u skladu s Uputama za oblikovanje teksta koje su objavljene na mrežnoj stranici:

<http://pravri.uniri.hr/files/zbornik/upute%20autorima%20za%20oblikovanje%20teksta%20rada.pdf>.

Detaljne upute autorima i recenzentima glede razvrstavanja radova dostupne su na mrežnoj stranici:

<http://pravri.uniri.hr/files/zbornik/upute%20autorima%20i%20recenzentima%20glede%20razvrstavanja%20radova.pdf>.

Svi radovi podliježu anonimnom recenzentskom postupku. Radi anonimizacije rada, koja se obavlja uklaňanjem imena autora, neprihvatljivo je da autor u radu piše na način da je identitet autora moguće otkriti iz načina na koji upućuje na vlastite radove.

Uredništvo pridržava pravo redakcijski prilagoditi rad propozicijama časopisa i radove predane na hrvatskom jeziku lektorirati sukladno standardima hrvatskog književnog jezika.

Prikazi knjiga, osvrti i ocjene ne podliježu recenziji, ne smiju biti dulji od osam kartica i potpisuju se na kraju.

Radovi se šalju na adresu: [zbornik@pravri.hr](mailto:zbornik@pravri.hr).

## INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka publish scientific papers in the field of legal and social sciences. The editorial board accepts scientific papers written in Croatian, English, Italian and German language, nevertheless, the board may, according to its internal decision, accept for publishing scientific papers in some other foreign language. Papers should be submitted in the electronic form (e-mail). The editorial board strictly accepts unpublished manuscripts. Together with the title of the paper, authors should submit their name, family name and title, name and address of the institution or home address, as well as their e-mail address.

It is recommended to submit papers which should not exceed more than 32 type-written double-spaced pages (about 10000 words). The summary and keywords in Croatian and English language should be attached to the paper. The summary will be translated in to German and Italian language. It should encompass no more than 200 words and should inform about the purpose of the paper, methodology, the most important results and conclusions. The summary should be enclosed on a separate page stating the name and family name of the author, name of the institution, title of the article, no more than five key words and a denotation "Summary".

Manuscript submitted for publishing in the Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka should be written and formatted according to the Instructions for Text Formatting which can be downloaded at: <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/format.pdf>.

Detailed instructions for authors and reviewers regarding the classification of papers can be downloaded at: <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/category.pdf>.

All papers will be subject to anonymous review procedure. Due to paper anonymity which is ensured by removing the author's name, it is unacceptable to submit a paper written in a way revealing the author's identity by citations of his own previously written works.

The editorial board holds the right to editorially adjust the paper to journal's propositions and to language-edit written works in Croatian language, according to standards of Croatian standard language.

Book reviews, comments and surveys are not subject to review. They should not exceed eight typed double-space pages (about 2400 words). The authors are expected to sign them before submitting.

Manuscripts should be sent to the following address: [zbornik@pravri.hr](mailto:zbornik@pravri.hr).

# ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

## AKCIJSKA PRODAJA ZBORNIKA!

Naručujem/o ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

- po jedinstvenoj cijeni od **26,25 kn**
- Vol. 20 br. 2 (1999.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 21 br. 1 (2000.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 21 br. 2 (2000.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 22 br. 1 (2001.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 22 br. 2 (2001.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement br. 1 (2001.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 23 br. 1 (2002.): **rasprodan**
- Vol. 23 br. 2 (2002.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement br. 2 (2002.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 24 br. 1 (2003.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 24 br. 2 (2003.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement br. 3 (2003.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 25 br. 1 (2004.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 25 br. 2 (2004.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 26 br. 1 (2005.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 26 br. 2 (2005.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 27 br. 1 (2006.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 27 br. 2 (2006.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 28 br. 1 (2007.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 28 br. 2 (2007.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 29 br. 1 (2008.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 29 br. 2 (2008.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 30 br. 1 (2009.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 30 br. 2 (2009.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 31 br. 1 (2010.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 31 br. 2 (2010.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement, Vol. 31 br. 1. (2010.): **rasprodan**
- Vol. 32 br. 1 (2011.): **rasprodan**
- Vol. 32 br. 2 (2011.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 33 br. 1 (2012.): **rasprodan**
- Vol. 33 br. 2 (2012.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 34 br. 1 (2013.): **rasprodan**
- Vol. 34 br. 2 (2013.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 35 br. 1 (2014.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 35 br. 2 (2014.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 36 br. 1 (2015.): **rasprodan**
- Vol. 36 br. 2 (2015.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 37 br. 1 (2016.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 37 br. 2 (2016.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- po cijeni od **50,00 kn**
- Vol. 37 br. 3 (2016.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- po cijeni od **150,00 kn**
- Vol. 38 br. 1 (2017.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- po cijeni od **90,00 kn**
- Vol. 38 br. 2 (2017.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 38 br. 3 (2017.): \_\_\_\_\_ primjeraka

\* **Napomena: u cijenu nije uračunt porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

Ime i prezime/Poduzeće/Ustanova:

\_\_\_\_\_

Sjedište, adresa, telefon, fax:

\_\_\_\_\_

OIB: \_\_\_\_\_

U \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ godine

MP

Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci  
IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005  
Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka  
Tel.: 051/359-516, fax 051/675-113, e-mail: [skriptarnica@pravri.hr](mailto:skriptarnica@pravri.hr)



# BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

UREDNIK: PROF. DR. SC. MIOMIR MATULOVIĆ

Biblioteka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena je 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose. Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici. U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

## UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, Kriminalistika, 1. Uvod, 1997. **(rasprodano)**
- Vinko Hlača, Hrvatsko pomorsko pravo, Izabrani radovi, 2001. **(rasprodano)**
- V. Đ. Degan, Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. **(unutarnja cijena: 165,00 kn; vanjska cijena: 200,00 kn)**
- Matthias Herdegen, Europsko pravo, 2003. **(rasprodano)**
- Milovan Jovanović, POLIS-OIKOS-NOMOS, Ekonomski zakoni, 2004. **(rasprodano)**
- Vladimir Đ. Degan, Međunarodno pravo, II. osuvremenjeno izdanje, 2006. **(rasprodano)**
- Zvonimir Slakoper, Bankovni i financijski ugovori, 2007. **(rasprodano)**
- Robert Blažević, Upravna znanost, 2007. **(rasprodano)**
- Berislav Pavišić, Kazneno postupovno pravo – autorizirana predavanja – 2. izdanje, 2008. **(rasprodano)**
- Dorotea Ćorić, Onečišćenje mora s brodova – Međunarodna i nacionalna pravna regulativa, 2009. **(cijena: 577,50 kn)**
- Berislav Pavišić, Kazneno postupovno pravo, 3. izdanje, 2010. **(rasprodano)**
- Anamari Petranović, Obligationes iuris romani: (breviarum), 2010. **(cijena 157,50 kn)**
- Milovan Jovanović i Ivo Eškinja, Osnove ekonomske politike, 2012. **(cijena 157,50 kn)**
- Dario Đerđa, Osnove upravnog prava Europske unije, 2012. **(cijena 115,00 kn)**
- Berislav Pavišić i Tadija Bubalo, Međunarodno kazneno pravo, 2013. **(cijena 94,50 kn)**
- Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić i Igor Martinović, Kazneno pravo – opći dio, 2013. **(cijena 68,25 kn)**
- Edita Čulinović-Herc, Dionis Jurić, Mihaela Braut Filipović i Nikolina Grković: Pravno uređenje UCITS fondova na tržištu kapitala, 2013. **(cijena 300,00 kn)**
- Teodor Antić, Ustrojstvo i djelokrug javnog sektora, 2014. **(cijena 150,00 kn)**

- Berislav Pavišić i suradnici, Kazneno postupovno pravo, 6. izdanje, 2014. **(cijena 140,00 kn)**
- Željko Bartulović, Povijest prava i države (I. dio – Opća povijest prava i države, 2014. **(cijena 50,00 kn)**
- Robert Blažević, Upravna znanost, 2015. **(rasprodano)**
- Ivan Padjen, Metodologija pravne znanosti, 2015. **(cijena 120,00 kn)**
- Robert Blažević, Upravna znanost, V. izdanje, 2016. **(cijena 120,00 kuna)**
- Milovan Jovanović, Osnove ekonomike javnog sektora, 2016. **(cijena 60,00 kuna)**
- Milovan Jovanović, Ekonomska politika, 2017. **(cijena 80,00 kuna)**
- Dario Đerđa, Upravni spor, 2017. **(cijena 120,00 kuna)**

#### **MONOGRAFIJE:**

- Robert Blažević, Politički poretci i legitimitet, 1995. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. **(rasprodano)**
- Marinko Đ. Učur, Pomorsko radno pravo, 1997. **(rasprodano)**
- Vesna Tomljenović, Pomorsko međunarodno privatno pravo, Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998. **(rasprodano)**
- Edita Čulinović-Herc, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. **(cijena: 73,50 kn)**
- Lujo Margetić, Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999. **(rasprodano)**
- Milovan Jovanović, Kapitalizam iznutra, 1999. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, 2000. **(cijena: 105,00 kn)**
- Vesna Crnić-Grotić, Pravo međunarodnih ugovora, 2002. **(cijena: 126,00 kn)**
- Eduard Kunštek, Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. **(cijena: 136,50 kn)**
- Petar Simonetti, Denacionalizacija, 2004. **(rasprodano)**
- Petar Šarčević, Essays in Private International Law and Comparative Law, 2004. **(cijena: 294,00 kn)**
- Robert Blažević, Karizma, Politička vlast i karizmatičke ličnosti, 2006. **(rasprodano)**
- Mirela Župan, Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu, 2006. **(cijena: 103,95 kn)**
- Ivana Kunda, Internationally Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation, 2007. **(cijena: 114,45 kn)**
- Petar Simonetti, Prava na građevinskom zemljištu, 2008. **(rasprodano)**
- Petar Simonetti, Prava na nekretninama, 2009. **(rasprodano)**

- Sanja Barić, Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim Europskim državama, 2009. (suizdavač: Organizator, Zagreb) **(rasprodano)**
- Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, uz suradnju Maje Bukovac Puvače, Obvezno pravo - opći dio - sklapanje, promjene i prestanak ugovora, 2009. (suizdavač: Novi informator, Zagreb) **(cijena: 556,50 kn)**
- Maša Marochini, SOCIO-ECONOMIC DIMENSION OF THE ECHR - Should there be limits to the European Court of Human Rights reading significant socio-economic elements into Convention rights?, 2013. **(cijena 73,50 kn)**
- Marija Pospišil Miler, Novi sustav odgovornosti za smrt i tjelesne ozljede putnika u pomorskom prijevozu, 2014. **(cijena 299,00 kn)**
- Sanja Grbić, Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6. stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost – razumna duljina trajanja postupka – nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca – pristup sudu – jednakost oružja), 2014. **(cijena 120,00 kn)**
- Dalida Rittossa, Zablude u kaznenom pravu, 2014. **(cijena 110,00 kn)**
- Igor Martinović, Institut namjere u kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi, 2014., **(cijena 80,00 kn)**
- Tadija Bubalo, Pravni lijekovi u kaznenom postupovnom pravu, 2015. **(cijena 180,00 kn)**
- Velinka Grozdanić (urednica), Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, 2015. **(cijena 100,00 kn)**
- Robert Blažević, Stigma i karizma, 2017. **(cijena 80,00 kuna)**
- Budislav Vukas, Hrvatska državnost – pravnopovijesne prosude - u povodu 25. obljetnice prijama RH u Ujedinjene narode, 2017. **(cijena 70,00 kuna)**

#### **ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:**

- Velinka Grozdanić, Alenka Šelih, Žene i kazna zatvora, 2001. **(rasprodano)**
- Velinka Grozdanić i dr., Kad žena ubije, 2011. **(cijena: 105,00 kn)**
- Susan Šarčević, Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union, 2001. **(rasprodano)**
- Nada Bodiřoga Vukobrat, Sanja Barić, Prekogranična i regionalna suradnja, 2007. (Zbornik radova s međunarodnog znanstvenog skupa održanog na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 6. i 7. listopada 2006. godine), **(cijena: 126,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu, Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala, 2005. **(rasprodano)**
- Nada Bodiřoga-Vukobrat, Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje - europski zahtjevi i nacionalna rješenja, 2008. **(cijena: 147,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović-Herc, Vlatka Butorac Malnar, Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području, 2009. **(cijena: 189,00 kn)**

- Vesna Tomljenović i Ivana Kunda: Uredba Bruxelles I. – izazovi u hrvatskom pravosuđu, 2013. **(cijena 150,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Silvija Petrić i Emilia Mišćenić, Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba, 2013. **(cijena: 150,00 kn)**
- Zbornik radova povodom 70. godine života Berislava Pavišića, Kazneno pravo i kazneno postupovno pravo i kriminalistika, 2014. **(cijena 190,00 kn)**
- Zbornik radova, Obitelj i djeca: europska očekivanja i nacionalna stvarnost, urednica: Ivana Kunda, 2015, **(cijena 157,50 kn)**
- Zbornika radova, Povijest i sadašnjost građanskih kodifikacija Baltazar Bogišić 1908-2008., urednik: Nenad Hlača, 2015. **(cijena: 115,50 kn)**

#### **PRIJEVODI:**

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi, 1998. (besplatno izdanje)*
- R. L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje, 1999. (besplatno izdanje)*
- T. C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice, 2004. (cijena: 315,00 kn - meki uvez)*
- Buergenthal, Thomas, *Međunarodna ljudska prava, 2011. (rasprodano)*

#### **PRIRUČNICI:**

- Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe, 2001. (cijena: 157,50 kn)*

\* Napomena: u cijenu nije uračunt porez na dodanu vrijednost u visini 5%.



Nakladnik  
**PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600 fax.: 051/675-113

Skriptarnica tel.: 051/359-516

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

**NARUDŽBA**

Tvrtka (ustanova) \_\_\_\_\_

Ime i prezime \_\_\_\_\_

Ulica i kućni broj \_\_\_\_\_

Mjesto i poštanski br. \_\_\_\_\_

OIB: \_\_\_\_\_

Tel./Fax \_\_\_\_\_

Datum \_\_\_\_\_

Potpis i pečat \_\_\_\_\_

Ovime neopozivo naručujem \_\_\_\_ primjerak(a) knjige

1. \_\_\_\_\_

2. \_\_\_\_\_

3. \_\_\_\_\_

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka



BIBLIOTEKA  
ZAVODA ZA KAZNENE ZNANOSTI MOŠĆENICE

www.pravri.hr/zavodi/zkzm

e-mail: zkzm@pravri.hr

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi.

- Berislav Pavišić, Gaetano Insolera, *Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava*, Rijeka, 1997. **(rasprodano)**
- *Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra, Rijeka, 2002. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić, *Transition of criminal procedure systems, Vol. II., 2004. (cijena: 236,25 kn)*
- Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta, 2005. (cijena: 189,00 kn)*
- *Codigo procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, poredbeni pregled: Vanina Ferreccio, 2005. (rasprodano)*
- Lujo Margetić, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru – Mošćenički zakon i statuti, Knjiga prva, 2006. (rasprodano)*
- Marinko Đ. Učur, *Radni odnosi u privatnoj zaštiti, 2006. (rasprodano)*
- Dejana Golenko, *Hrvatska kriminalistička bibliografija, Svezak 1 / Bibliography of Croatian Criminalistics, Volume 1, 2009. (cijena: 136,50 kn)*
- Berislav Pavišić, *Hrvatska kaznena jurisdikcija za kaznena djela na moru/ Croatian criminal jurisdiction over the crime at sea, 2013. (cijena 105,00 kn)*
- *Zakonik o kaznenom postupku Ruske Federacije, urednik: prof. em. dr. sc. Berislav Pavišić, prijevod Iva Parenta, 2015., (cijena: 460,00 kn)*

\* Napomena: u cijenu nije uračunt porez na dodanu vrijednost u visini 5%.

Nakladnik  
**PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600 fax.: 051/675-113

Skriptarnica tel.: 051/359-516

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

**NARUDŽBA**

Tvrtka (ustanova) \_\_\_\_\_

Ime i prezime \_\_\_\_\_

Ulica i kućni broj \_\_\_\_\_

Mjesto i poštanski br. \_\_\_\_\_

OIB: \_\_\_\_\_

Tel./Fax \_\_\_\_\_

Datum \_\_\_\_\_

Potpis i pečat \_\_\_\_\_

Ovime neopozivo naručujem \_\_\_\_ primjerak(a) knjige

1. \_\_\_\_\_

2. \_\_\_\_\_

3. \_\_\_\_\_

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

**IBAN: HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka















**Vol. 39 br. 1, (2018)**

**I. Prilozi za XXIV. Savjetovanje pravnika:  
“Petar Simonetti (Vlasništvo - Obveze - Postupak)”  
(Poreč, 11., 12. i 13. travnja 2018.)**

*Mihajlo Dika*, Određivanje mjesne nadležnosti od strane viših sudova u parničnom postupku u pojedinim predmetima • *Edita Čulinović-Herc, Sonja Marinac Rumora, Mihaela Braut Filipović*, Pravno uređenje odnosa članova u zatvorenim (*closely held*) društvima na primjeru hrvatskog društva s ograničenom odgovornošću • *Dario Derđa, David Kryska*, Neka rješenja upravnog spora u usporednom pravu: kako unaprijediti hrvatski upravni spor? • *Dionis Jurić*, Neovisnost zakonskog revizora u odnosu na subjekte revizije prema Zakonu o reviziji iz 2017. godine • *Miodrag Mićović, Maja Bukovac Puvača*, Odgovornost za štetu prouzročenu trećim osobama obavljanjem zakonske revizije • *Ivana Kunda*, Pravo mjerodavno za povrede prava tržišnog natjecanja • *Vesna Lazić-Smoljanić*, Presude u predmetima Yukos i Pemex: imaju li sudovi u Nizozemskoj i Sjedinjenim Američkim Državama isti pristup glede ovrhe poništenih arbitražnih pravorijeka? • *Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini Zrinski*, Suživot negatorijske zaštite od imisija i prava na život u zdravoj životnoj sredini • *Lana Ofak*, Usklađivanje hrvatskoga zakonodavstva s pravom EU-a u području zaštite voda s posebnim osvrtom na sudjelovanje javnosti i pristup pravosuđu • *Saša Prelič, Antonija Zubović*, Pravno uređenje kupnje dionica ciljnog društva zaduživanjem (LBO transakcije) • *Aldo Radolović, Oliver Radolović*, Neke nove refleksije o građansko-trgovačkim specifičnostima novčanih obveza • *Nada Bodiroga-Vukobrat, Loris Belanić*, Osigurani rizik u zdravstvenom osiguranju u svjetlu novih otkrića genetike • *Jozo Čizmić, Marija Boban*, Učinak nove EU Uredbe 2016/679 (GDPR) na zaštitu osobnih podataka u Republici Hrvatskoj • *Darja Senčur Peček, Sandra Laleta*, Ugovor o radu i ugovor o djelu: područje primjene radnoga zakonodavstva • *Nataša Žunić Kovačević*, Prethodni sporazum o transfernim cijenama: stari izazovi ili nova era u poreznoj praksi • *Sanja Grbić, Dejan Bodul, Jelena Čuveljak*, Neka pitanja problematike razumnog roka u stečajnom postupku • *Katarina Knol Radoja*, Naknada štete prouzročene cijepjenjem • *Paula Poretti*, Sudska zaštita prava potrošača – (naj)bolji put? • *Dinka Šago*, Uređivanje zemljišnoknjižnog stanja pojedinačnim ispravnim postupkom • *Jadranko Jug*, Odgovornost za štetu i naknada štete počinjene ratnim zločinom • *Sanja Trgovac, Sidonija Grbavac, Sandra Marković*, Ustavnosudski pogled na izvršenje presuda Europskog suda za ljudska prava • *Senka Orlić-Zaninović*, Troškovi upravnog spora nakon Novele Zakona o upravnim sporovima 2017. • *Antun Žagar*, Zaštita prava vlasništva u postupcima provedbe prostornih planova

**II. Prikaz knjige**

*Marijan Čurković*, Ugovor o osiguranju – Komentar odredaba Zakona o obveznim odnosima (Loris Belanić)

ISSN 1330-349X



9 771330 349008